

ARMANDO DELGADO SANCHEZ
ABOGADO TITULADO
UNIVERSIDAD CATOLICA DE COLOMBIA
Carrera 10 No 14-56 oficina 805 Bogotá D.C.
Teléfonos: 2833780 – 3105406521
Dirección electrónica: armando21062011@gmail.com

HONORABLES MAGISTRADOS
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA - SALA CIVIL
MAGISTRADA SUSTANCAIDORA
DRA. ADRIANA AYALA PULGARIN
secsctribsupbta2@cen DOJ.ramajudicial.gov.co
E. S. D.

REF. DECLARATIVO DE LUZ HELENA TORRES MONTAÑO CONTRA MIGUEL ANGEL RIOS DIAZ. No 110013103 003 2018 00025 01.

ARMANDO DELGADO SANCHEZ, mayor de edad, domiciliado y residente de esta ciudad, identificado como aparece al pie de mi firma y actuando en mi calidad de apoderado de la parte actora, por medio del presente escrito **procedo a SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACION INTERPUESTO CONTRA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA PROFERIDA POR EL JUZGADO 03 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA D.C., en fecha 06 de mayo de 2021**, de la siguiente manera:

DECISION OBJETO DE REPARO

El A quo, mediante sentencia de fecha Mayo 06 de 2021, RESOLVIO:

PRIMERO. Denegar las pretensiones de la demanda...

SEGUNDO. Declarar la terminación del presente proceso...

TERCERO. No existe

CUARTO. Condenar en costas a la demandante...

LOS FUNDAMENTOS DEL A QUO PARA DICTAR LA SENTENCIA QUE HOY SE CENSURA FUERON:

Pretende la demandante LUZ HELENA TORRES MONTAÑO se declare que entre ella y el demandado MIGUEL ANGEL RIOS DIAZ existió una sociedad de hecho entre el 03 de octubre del año 1994 y el 20 de octubre del año 2014 y como consecuencia se disponga su disolución y liquidación pagándose a cada uno la participación correspondiente, así pues, el artículo 98 del Código del Comercio establece que el contrato de sociedad es aquel en que dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero o en otros bienes apreciables en dinero con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social, y continua este despacho, si la sociedad se conforma para la ejecución de actos o de empresas mercantiles es de carácter comercial, artículo 100 Código del comercio, aunque debe precisarse que en virtud de la reforma introducida por la ley 222 de 1995 las sociedades tanto civiles como comerciales se regulan por la ley mercantil, ahora, no siempre las personas que quieren conformar una sociedad acuden a su constitución legal, vale decir, no concurren a ese acto con el cumplimiento de las formalidades que la ley

prescribe para ello, y sin embargo, la sociedad existe, siendo esta la conocida como la sociedad de hecho, a la cual se refiere el título noveno del libro segundo del estatuto de comercio, de estas normas precisa el artículo 498 que no se constituye por escritura pública, siendo que su existencia puede demostrarse por cualquiera de los medios probatorios establecidos en la ley. Las sociedades de hecho, bien se forman, por el consentimiento expreso de dos o más personas para que se explote económicamente una actividad que realizan en común, o por que las personas convienen en la conformación legal de la sociedad, pero por ausencia de uno o de varios de los requisitos establecidos por la ley para ella, no alcanza la categoría de la de derecho, sin embargo, en cualquiera de las anteriores el carácter es contractual, pues es la manifestación de voluntad de las partes que concurre para generar obligaciones entre ellas, así lo reconoció la corte suprema de justicia al expresar que: se abren comillas “la sociedad sea de hecho o de derecho, es un contrato, esto es, un acuerdo de voluntades entre dos o más personas destinado a producir obligaciones” se cierran comillas, y agrego esa misma corporación respecto del segundo tipo de entes que no se confunde con una comunidad de bienes sino que, comillas “hay un verdadero contrato o convención relativo a la cosa o cosas que los socios ponen en común, existe en ella lo que se llama afectivo societatis elemento que falta en la comunidad” se cierran comillas, casación Civil 18 de abril de 1977, MP. Ricardo Uribe Olguín. Tratándose de un contrato desde luego que para que pueda tenerse como existente una sociedad de hecho deben concurrir los elementos que para la eficacia de tal acto establece la ley, referidos a que las personas que por medio suyo adquieran obligaciones sean legalmente capaces, que consientan en el acto y ese consentimiento no tenga vicio alguno, que recaiga sobre un objeto lícito y que tenga una causa igualmente lícito. Sobre los requisitos que estructuran la sociedad de hecho, la jurisprudencia ha referido lo siguiente, abro comillas “el animus contraendi societatis o afectivo societatis, los aportes que pueden ser en capital o industria y así mismo el reparto de utilidades. Sala de Casación Civil, Corte suprema de Justicia, Sentencia del 22 de junio del año 2016 MP. LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA. Siendo el primero de ellos, la voluntad de los socios de participar activa e interesadamente en la empresa social, en un plano de igualdad al desarrollo del objeto social y por virtud del ánimo de lucro que los alienta, y en tratándose de sociedades surgidas entre compañeros permanentes ha señalado la referida corporación que, abro comillas “cuando a la par con esa vivencia sentimental ellos deciden aunar esfuerzos encaminados a formar un capital a través de los correspondientes aportes, con el propósito de repartirse entre sí las ganancias o las pérdidas derivadas de la especulación, entonces ahí, si hay lugar a afirmar que aparece estructurada una verdadera sociedad de bienes formada por los hechos” se cierran comillas, y que, comillas “por supuesto le corresponde al interesado acreditar fehacientemente todos los elementos esenciales que estructuran una sociedad” se cierran comillas, Sala de casación Civil, Corte Suprema de justicia, sentencia del 28 de octubre del año 2003, MP. CESAR JULIO VALENCIA COPETE.

Señalado lo anterior, delantamente advierte el despacho que las pretensiones elevadas no tendrán vocación de prosperidad, a juzgar porque no se hallaron estructurados los presupuestos básicos que componen a la sociedad de hecho, y se releva por sustracción de materia de dilucidar sobre los medios exceptivos propuestos por el demandado, tal como se procede a explicar a partir del análisis de los elementos de prueba recaudados.

De las documentales acopiadas, valga decir de los registros civiles de nacimiento de Camilo Andrés y paula Valentina Ríos Torres, la escritura pública No 3153 del 23 de noviembre de la notaria 61 del círculo de Bogotá, las certificaciones de afiliación a la eps de los extremos, las fotografías de las reuniones sociales, el certificado de tradición del inmueble distinguido con la matrícula 50C-1538239 y su impuesto predial, el certificado de tradición de vehículo taxi de placas TSO-127 y el fallo emitido por la comisaria 8 de familia de Bogotá, se desprende relativamente que: uno, que durante su relación demandante y demandado procrearon a Camilo Andrés y a paula valentina. Dos, el 23 de noviembre del año 2017 se protocolizó la cesación de efectos civiles de matrimonio católico y la liquidación de la sociedad conyugal entre la aquí demandante y el señor Jhon Edward Amaya González. Tres, para el 18 de abril del año 2017 los extremos se hallaban afiliados en calidad de cotizantes a la eps Famisanar. Cuarto, los contendientes compartían en reuniones sociales y familiares. Quinto. El demandado Miguel Angel Ríos Díaz, adquirió mediante escritura pública No 7549 del 28 de noviembre de 2002 el inmueble ubicado en la calle 6ª No 100ª – 51 Interior 74 tintala 2 lote 3b 1 sub etapa 1 propiedad horizontal de Bogotá, distinguido con el folio de matrícula inmobiliaria No 50c -1538239 por compra que hiciera a continental sas y cancelo el impuesto predial del correspondiente año 2017. Sexto, la referida persona el 12 de octubre de 2012 compro a vehicolda limitada el vehículo taxi de placas TSO 127. Séptimo, el 29 de octubre del año 2014, la comisaria 8 de familia de Bogotá impuso contra el aquí demandado una medida preventiva por violencia intrafamiliar.

Sin embargo resulta evidente para el despacho, la orfandad probatoria documental en lo que hace al objeto de este asunto, es decir la presunta formación de una comillas “sociedad económica con el ánimo de incrementar su patrimonio común” se cierran comillas. Hecho sexto de la demanda, y por virtud de la cual, según manifiesta la actora se compró un inmueble y un vehículo taxi.

Frente al tema de las pruebas obrantes al expediente no resulta posible determinar que existieron entre Luz Helena Torres Montaña y Miguel Angel Ríos Díaz, una real y clara intención de asocio distinta de la relación sentimental que sostuvieron de la que no existe duda, con el propósito de generar unas utilidades comunes, y menos aún que conjuntamente hubieran aportado capital para la obtención de los bienes antes referidos y que ello fuera con el designio de producir unas ganancias,

al contrario, lo que acreditan esos elementos de convicción adosados, es que tanto el inmueble como el vehículo fueron obtenidos por parte del

demandado, tal y como se corrobora con los respectivos certificados de tradición, circunstancia que descarta la concurrencia del animus societario indispensable en esta clase de controversias, y en lo referente a las documentales anexadas por el demandado, las mismas dadas su extemporaneidad y por adolecer de injerencia en el debate no pueden considerarse más allá de su integración en el expediente,

igual situación ocurre con los interrogatorios recibidos a los extremos, debido a que la demandante frente a la pregunta formulada por el despacho relativa en si para el momento en que se decidió convivir con el demandado acordaron o conversaron algo sobre el patrimonio, activos y bienes, respondió, comillas “se acordó que íbamos a adquirir una vivienda, queríamos un vehículo para poder transportarnos como familia, nuestros planes siempre fueron esos, tener estabilidad en vivienda, en recreación, poder disfrutar en familia teniendo las comodidades como la casa, un vehículo” se cierran comillas, minuto 54.34 e la audiencia del 2 de septiembre del año 2019, manifestación que no obstante pone la evidencia la intención de comprar un vehículo y un inmueble, muestra que el deseo era básicamente obtener bienestar derivado del uso de esos bienes para ellos y sus hijos, no así una utilidad esencialmente económica como se expone en la demanda.

así mismo, no resulto concluyente su declaración frente a los aportes que presuntamente hicieron y más bien derivo una confusa y contradictoria, en primer lugar porque a la pregunta que hiciera el despacho concerniente a quien pagaba los créditos de los vehículos adquiridos durante la relación, incluido el taxi objeto de la controversia, señaló, comillas “el, miguel Angel ríos Díaz pago esos créditos el cubría esas deudas” cierro comillas, minuto 22.04 de ese misma audiencia, y seguidamente asevero “nosotros pagábamos entre los dos todas las obligaciones, minuto 22.45, y en segunda medida lo que respecta al inmueble afirmo, comillas “se discute que él, miguel Angel Ríos Díaz cancela las deudas de la casa porque se hacia el retiro directamente por nómina y yo cubría las necesidades básicas que eran comida, el colegio de los muchachos, los gastos que requería la casa”, se cierran comillas, hora 1 minuto 2708. Imprecisiones e incongruencias que refiera que el animus societario que presuntamente emano de los compañeros permanentes, en puridad no existió.

Por su parte, en desarrollo del interrogatorio adelantado al demandado Miguel Angel Ríos Díaz, este afirmo “desde que yo perdí mi trabajo en colmotores me compre un taxi, yo tenía un carro y una moto y la vendí porque no conseguía trabajo y solicite un crédito, con ese crédito compre un taxi en credivalores y empecé a trabajar como taxista, después ya el vehículo lo termine de pagar, quise volver a comprar otro taxi pero no tenía el suficiente apoyo como para comprar otro, entonces lo que hice fue cambiarlo de modelo, fui a otra entidad bancaria para que me prestara la plata, me prestaron la plata y compre otro taxi ya un poco más grande” se cierran comillas, hora 1 minuto 52.41. igualmente, frente a la pregunta del despacho de durante qué tiempo hubo esa convivencia y el trabajo en común con la señora Luz Helena Torres Montaña esta misma persona

respondió, comillas “pues convivencia y trabajo en común no lo hubo, porque algo en común es para el beneficio de los dos y eso nunca lo hubo, las acciones económicas que yo tuve, las decisiones que yo hice siempre fueron de mi actuar yo las tome solo, no tuve consideración, ella cumplía con sus obligaciones en casa” se cierran comillas, hora 2.00.37, expresiones que si bien no constituyen inmodificable verdad si permiten concluir que aquí en realidad jamás se concretó un acuerdo tendiente a obtener beneficio económico común y menos la constitución de una sociedad.

Tocante con los testimonios recibidos, los declarantes Francisco Antonio Romero Bustos, cuñado de la demandante, Jhon Erik Amaya Torres, hijo y Nilce torres Montaña, hermana, coinciden en que entre demandante y demandado hubo una relación sentimental por varios años, que durante la misma hubo diferentes conflictos de índole familiar que desembocaron en la ruptura y que además se adquirieron varios bienes entre los que se encuentra el vehículo y el inmueble relacionados en la demanda y que presuntamente estos fueron comprados por ambos ex compañeros. No obstante lo anterior, los testigos Leonor Díaz de Ríos, madre del demandado, Yolima Ríos, su hermana y Jhon Jairo Hernández, amigo concuerdan en que tanto el taxi como la casa los adquirió exclusivamente Miguel Angel Ríos Díaz como producto de su trabajo, aunado a la venta de un vehículo previamente comprado en subsidio otorgado por el gobierno nacional y crédito con entidades financieras y su empleador.

Por último, la deponente María Gilma Niño Bravo, si bien declaro haber sido vecina de las partes y tener conocimiento sobre algunos aspectos del vínculo afectivo, no pudo ilustrar al despacho a cerca de los bienes eje del desconcierto y menos del presunto acuerdo de asociación, pues bien, del análisis de las declaraciones presentadas ante este despacho para esta juzgadora es irrefutable que aunque los testigos tienen en gran medida conocimiento sobre lo ocurrido al interior de la relación afectiva que sostuvieron los aquí extremos, sus expresiones resultan infructuosas para el tema del debate y por ende no tienen la virtualidad de influir en la decisión de mérito,

pues no se puede perder de vista que la base de este litigio no es determinar si los bienes a que se ha hecho mención fueron o no adquiridos en desarrollo de la convivencia entre Miguel Angel Ríos Díaz y Luz Helena Torres Montaña , o la forma particular en que los negocios de estos se llevaron a cabo, sino a establecer si en realidad hubo un animo de asociarse, la entrega de unos aportes, verbigracia en dinero, y la distribución de utilidades o perdidas, elementos propios de la figura invocada en el escrito fundamental, esto es la sociedad de hecho.

Respecto de ese elemento de convicción lo único que se observa es que los deponentes traídos por la demandante la apoyan en afirmar que el vehículo y el inmueble fueron conseguidos a causa del trabajo mancomunado, en tanto, los allegados por el demandado aseguran que fue este individualmente quien los obtuvo, dichos opuestos que no instruyen al despacho frente a lo que en realidad ocurrió y que de todas maneras

como se señaló nada dicen de lo perseguido en esta acción, y es que, aunque pueda considerarse que la imparcialidad de los testigos dada su familiaridad o cercanía con las partes afecta precisamente esa imparcialidad y que por ello mismo en la audiencia anterior se plateara su tacha bajo los apremios del artículo 211 del C.G.P., la realidad es que ese nexa no descarta en lo absoluto la integridad de su dicho, en primer lugar porque las declaraciones se realizaron bajo la gravedad del juramento obviamente con las consecuencias propias de faltar a la verdad y en segunda medida porque justamente ese acercamiento es el que permite al operador de justicia aproximarse a la verdad de los hechos, aunque ahí se reitera sus intervenciones no fueran de provecho.

Ahora, en lo que atañe propiamente a la acción adelantada, es importante mencionar, que aun cuando la demandante da a entender que los aportes propios de una sociedad consistían en. A) los gastos que ella asumía del hogar, alimentación y educación de los hijos y b) el pago de vehículo y de la casa a cargo del demandado, el despacho no comparte dicho criterio, pues admitirlo sería como concluir que en todas las relaciones de convivencia y cohabitación estaría implícito el interés de constituir una sociedad, discernimiento que escapa a cualquier consideración razonable,

así mismo, porque la convivencia propiamente dicha sobre la que se edificó este asunto y en la que el extremo demandante insiste en que hubo confesión por parte del citado, resulta abiertamente ajena al tema por decidir, pues esta situación especialmente concretada en el tiempo transcurrido y sus efectos resulta propia de la especialidad de familia en la que naturalmente la atención debe centrarse en la cohabitación de los extremos y resolver si a ello hubiere lugar sobre la presencia de una unión marital y/o patrimonial de hecho, aquí en cambio, como lo que se planteó fue la aparición de una sociedad de hecho en la que según la actora se establecieron unos convenios para la compra de bienes, la reflexión no podía, ni puede ser otra, que la relativa a determinar si existió esa intención de asociarse, como se observó en realidad, no ocurrió,

Finalmente y como en la demanda se cita la sentencia del 22 de junio del año 2016, proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, como fundamento jurídico, este despacho debe agregar que si bien es cierto no existe duda que la convivencia entre dos personas puede llegar a cristalizar una sociedad de hecho, no lo es menos que el reconocimiento de la misma está supeditado a la demostración de los elementos propios de esa figura, es decir que no opera por la simple prueba de la relación.

Por las reflexiones que antecede estima esta autoridad que las manifestaciones de la demandante se quedaron en el simple escenario de lo meramente especulativo, alejándose así de la carga que le imponía el artículo 167 del C.G.P., según el cual incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Continúa este despacho, toda vez que los elementos de prueba obrantes a folios, no permiten avizorar, siquiera, el ánimo de los hoy litigantes de asociarse, ni los aportes, ni el objeto de esa asociación, ni el reparto de utilidades sociales, elementos esenciales de la sociedad al tenor del artículo 98 del código de comercio. Ciertamente, la parte actora, no alego, ni menos probo la existencia de un hecho que permitiera tener por acreditada la ocurrencia de los elementos indispensables para la estructuración de la sociedad de hecho, cuya declaración, disolución y liquidación se exoro en el libelo demandatorio.

Esta conclusión como se anticipó, las pretensiones serán denegadas en su totalidad, se reitera, por ausencia demostrativa, porque como tiene sentado la doctrina nacional, abro comillas “ la sociedad de hecho cualquiera que sea su categoría, exige para serlo que se reúnan los elementos esenciales de las sociedades regulares” se cierran comillas, Reyes Villamizar francisco, Derecho Societario, tomo 1, editorial Temis Bogotá, 2009, página 35, sin que haya necesidad si quiera de estudiar las excepciones propuestas por el demandado, que al no hallarse viabilidad a las aspiraciones propuestas por el demanda, desembocan superfluo el estudio de esas defensas. Bajo estas consideraciones entonces, en mérito de lo expuesto, el Juzgado 3 civil del Circuito.....

SUSTENTACION DE LA APELACION

En primer lugar y para poner en contexto el problema jurídico planteado, se debe tener en consideración los siguientes hechos.

En fecha 7 de octubre de 1989, la señora LUZ HELENA TORRES MONTAÑO contrajo matrimonio con el señor JHON EDWAR AMAYA TORRES. (porque estaba embarazada), con el que convivió un par de meses y luego se separó de hecho, haciendo cada uno vida aparte. En el año 1996 la señora LUZ HELENA TORRES MONTAÑO se va a vivir con el señor MIGUEL ANGEL RIOS DIAZ, con quien procrea dos hijos, y durante la convivencia se adquieren un inmueble y un vehículo. Ambos trabajaban, (uno en Covinoc y otro en Colmotores, quien posteriormente deriva sus ingresos del trabajo con un taxi) y aportaban al hogar cada uno desde su rol como padres. En el año 2014 la pareja se separa por violencia intrafamiliar. Por acuerdo de las partes, la señora LUZ HELENA TORRES MONTAÑO se queda en la casa con sus hijos, y el señor MIGUEL ANGEL RIOS DIAZ se va de la casa y continúa trabajando el taxi. En el año 2018 el señor MIGUEL ANGEL RIOS DIAZ aparece diciendo a la señora LUZ HELENA TORRES MONTAÑO que debe desocupar la casa porque es suya, por lo que ésta inicia la demanda que ocupa nuestra atención.

Habiendo expuesto lo anterior, se procede a sustentar la apelación de la siguiente manera:

Afirmar el A quo que

“no se hallaron estructurados los presupuestos básicos que componen a la sociedad de hecho”, ya que la base del litigio se centraba en “establecer si en realidad hubo un ánimo de asociarse, la entrega de unos aportes, verbigracia en dinero, y la distribución de utilidades o pérdidas, elementos propios de la figura invocada en el escrito fundamental, esto es la sociedad de hecho”. Pero que “resulta evidente para el despacho, la orfandad probatoria documental en lo que hace al objeto de este asunto, es decir la presunta formación de una sociedad económica con el ánimo de incrementar su patrimonio común” y que “las manifestaciones de la demandante se quedaron en el simple escenario de lo meramente especulativo, alejándose así de la carga que le imponía el artículo 167 del C.G.P., toda vez que los elementos de prueba obrantes a folios, no permiten avizorar, siquiera, el ánimo de los hoy litigantes de asociarse, ni los aportes, ni el objeto de esa asociación, ni el reparto de utilidades sociales, elementos esenciales de la sociedad al tenor del artículo 98 del código de comercio”.

Para fundar mi inconformidad con los argumentos del A quo se tomaran citas de la sentencia SC 8225-2016, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente, Dr. Luis Armando Tolosa Villabona. Radicación 68755-31-03-002-2008-00129-01, del 22 de junio de 2016, en la cual se estudió un caso de similares características al objeto de este proceso, pues se trató de una relación en concubinato, donde se procrearon unos hijos y se adquirieron unos bienes durante la convivencia, en la cual cada uno de los compañeros realizo aportes en trabajo y/o dinero, que redundaron en la adquisición de los bienes adquiridos y en la conformación de una verdadera sociedad de hecho como la aquí reclamada.

Afirma el A quo que

los **“elementos de prueba obrantes a folios, no permiten avizorar, siquiera, el ánimo de los hoy litigantes de asociarse”**

En la sentencia ya referida (SC 8225-2016) se dijo que: **“La convivencia o la vida común de una pareja no puede permitir edificar fatalmente una sociedad de hecho, pero si está debidamente demostrada, será indicio del affectio societatis o del animus contrahendi societatis, puntal constitutivo de uno de sus elementos axiológicos. Sin embargo, ese comportamiento no puede aparecer como relación jurídica de dependencia civil o laboral ni como simple indivisión, de tenencia, de guarda, de vigilancia, sino como un trato que ubique a los convivientes en un plano de igualdad¹ o de simetría. De modo que si a esa relación, se suman la participación en las pérdidas y utilidades y la realización de aportes conjuntos de industria o capital, junto con la affectio societatis, refulge una auténtica sociedad de hecho; y como consecuencia, la legitimación vendrá edificada no propiamente como una acción in rem verso, sino como una actio pro socio con linaje eminentemente patrimonial, más allá de la simple relación personal concubinaria”.**(negrillas y subrayas mías)

En la misma sentencia afirma la Corte que: **“Para ser más exactos, a juicio de la Corte, el trabajo doméstico y afectivo de uno de los compañeros libres, su dedicación a las**

¹ CSJ. Civil: G. J. XLII, p. 476.

*labores del hogar, cooperación y ayuda a las actividades del otro, constituyen per se un valioso e importante aporte susceptible de valoración, **la demostración inequívoca del ánimas societatis y de la comunidad singular de bienes, salvo prueba en contrario**².(negrillas y subraya mías)*

Para el caso objeto de estudio, contrario a lo afirmado por el A quo, se demostró, la existencia de la affectio societatis, derivada de la convivencia y vida en común entre los señores LUZ HELENA TORRES MONTAÑO Y MIGUEL ANGEL RIOS DIAZ, desde el pasado noviembre de 1996 hasta el pasado 7 de septiembre de 2014, donde al demandante LUZ HELENA TORRES MONTAÑO, además de su aporte económico en el hogar, cumplía con las labores del hogar, en su rol de madre y de compañera, hechos demostrados con los siguientes medios de prueba:

- Confesión por apoderado (artículo 193 C.G.P.), realizada en la contestación de la demanda al hecho 4., donde se confesó sobre el inicio de la convivencia entre LUZ HELENA TORRES MONTAÑO Y MIGUEL ANGEL RIOS DIAZ desde noviembre de 1996.

En contestación al hecho 4 de la demanda, se afirmó que la convivencia se inició en noviembre de 1996 pero que termino en abril de 1997. Conforme lo anterior se tiene que existió confesión (artículo 191 y 193 del C.G.P.) respecto de la fecha de iniciación de la convivencia; y existió declaración de parte respecto de la afirmación de la terminación de la relación en abril de 1997 (artículo 191 inciso final), la cual se debe valorar conforme las reglas generales de apreciación de pruebas.

- Confesión por apoderado (artículo 193 C.G.P.), realizada en la contestación de la demanda al hecho 14., Donde se confesó sobre la terminación de la relación en fecha 7 de septiembre de 2014.
- Presunción de hecho cierto (artículo 96 Núm.2 del C.G.P.). La cual se configuro con la contestación de la demanda al hecho 10. En la cual se contestó: “no se entiende a que se refiere la parte demandante”. Contestación que no se realizó conforme las previsiones del artículo antes citado, por lo que se debe presumir cierto que: Entre LUZ HELENA TORRES MONTAÑO Y MIGUEL ANGEL RIOS DIAZ existió una unión afectiva que fue permanente y singular; y también que, paralelo a la unión afectiva surgió la sociedad de hecho que se reclama mediante este proceso.
- Con la prueba testimonial, declaraciones de los testigos Francisco Antonio Romero Bustos, Jhon Erick Amaya Torres, Nilce torres Montaña y María Gilma niño Bravo, se demostró la convivencia y vida en común de la pareja desde el año 1996 hasta el año 2014, tiempo durante el cual procrearon dos hijos. También se demostró con dichos testimonios el trabajo en las labores del hogar realizadas por LUZ HELENA TORRES MONTAÑO, la dedicación a su hogar y

² CSJ., Civil, Sent. de 24 de febrero de 2011, expediente C-25899-3103-002-2002-00084-01.

su familia, la cooperación y ayuda económica en el hogar, ya que también trabajaba como empleada en Covinoc, y con el producto de su trabajo cubría los gastos de alimentación de la familia, educación de los hijos y demás gastos del hogar, mientras el compañero MIGUEL ANGEL RIOS DIAZ asumía el pago de las cuotas de la casa y posteriormente del taxi con el que derivaba su sustento y el de su familia. **En palabras de la Corte, hechos que** “constituyen per se un valioso e importante aporte susceptible de valoración, la demostración inequívoca del ánimas societatis y de la comunidad singular de bienes, salvo prueba en contrario”

- En la declaración de los testigos arriba referidos, también se demostró que en el momento en que se fue a comprar el inmueble que quedo a nombre del señor MIGUEL ANGEL RIOS DIAZ, se acordó que se pusiera al menor JHON ERICK AMAYA TORRES (hijo solo de la demandante) como beneficiario de patrimonio de familia, de alguna manera en garantía porque la demandante no podía figurar como titular ya que era casada con el señor JHON EDWAR AMAYA TORRES y este podía aparecer en algún momento a reclamar algún derecho. Hecho que denota que su relación no era eminentemente emocional, sino que tenía intereses económicos también.

- El mismo A quo afirma en la sentencia que puso fin a la instancia, que: “frente a la pregunta del despacho de durante qué tiempo hubo esa convivencia y el trabajo en común con la señora Luz Helena Torres Montaña esta misma persona respondió, comillas “pues convivencia y trabajo en común no lo hubo, porque algo en común es para el beneficio de los dos y eso nunca lo hubo, las acciones económicas que yo tuve, las decisiones que yo hice siempre fueron de mi actuar yo las tome solo, no tuve consideración, **ella cumplía con sus obligaciones en casa**” hecho adicional que demuestra el aporte que en el hogar realizaba LUZ HELENA TORRES MONTAÑO.

Conforme lo anterior, se puede colegir que **“la realidad fáctica del proceso y con la materialidad y objetividad de las pruebas que la reflejan. En concreto, que la socia ejecutó con ahínco labores domésticas propias de la casa, colaboró económicamente en el hogar, desarrolló esfuerzos conjuntos y coordinados... con carácter económico, hechos de los cuales se deriva un ánimo societario al estructurar junto a su socio un proyecto económico..” (Extracto Sentencia SC 8225-2016)**

Así las cosas los yerros del A quo “se estructuraron cuando el juzgador pasó por alto observar en la misma evidencia establecida, los requisitos que, respecto de la sociedad reclamada, echó de menos, pues la prueba de los propósitos económicos aparecía inmersa en la propia comunidad de vida” **(Extracto Sentencia SC 8225-2016)**

Afirma el A quo que los elementos de prueba obrantes a foliatura, no permiten avizorar, los aportes realizados por la señora LUZ HELENA TORRES MONTAÑO a la sociedad de hecho que reclama

En la sentencia ya referida (SC 8225-2016) se dijo que: *“El trabajo no remunerado de la mujer o del compañero o compañera en el hogar es actividad económica que contribuye al ingreso familiar, pero también al nacional y su desconocimiento vulnera el principio de igualdad previsto en la regla 13 de la Carta, y de ninguna manera puede calificarse como trabajo improductivo e ineficaz porque según se viene demostrando constituye un auténtico aporte societario.*

Así sea invisible, silencioso, sin contraprestación económica directa, contribuye al desarrollo de la economía de la pareja o de la familia en forma activa, y por contera a la economía nacional, pues permite acumular riqueza y dentro de la estructura de la división del trabajo, facilita optimizar recursos y al otro integrante desarrollar otras actividades productivas dirigidas a la obtención de recursos para la satisfacción de las necesidades de los convivientes, de los hijos y de la propia sociedad.

Por consiguiente, es equivocado creer que el trabajo remunerado es únicamente el productivo, calificando de improductivo el doméstico del compañero o compañera por carecer de retribución en el estadio actual de la cultura. En esta perspectiva, cuando una familia o una persona contrata a una empleada del servicio doméstico también desarrollaría un trabajo improductivo quien ejecute esta labor, y por consiguiente, tampoco debería remunerarse, todo lo cual significaría la estandarización del esclavismo y de la segregación para quienes tal labor desempeñan. Una concepción de este talante repugna del todo a los principios, valores y derechos del Estado Constitucional”.

En esta misma sentencia se afirmó que *“Así mismo, no se soslaya que el trabajo doméstico, con independencia de quién lo realiza, constituye un valioso apoyo para la familia, a tal punto que debe ser tenido en cuenta como aporte social. ‘En esa medida, dado que existen otras formas de colaboración en el hogar, la ausencia de un ingreso económico fijo para una persona no puede ser utilizada por su pareja para reclamar la condición de cabeza de familia”³*

Afirma el A quo que no resulto concluyente el interrogatorio de la demandante LUZ HELENA TORRES, respecto de los aportes a la sociedad por cuanto fue contradictoria, *“porque a la pregunta que hiciera el despacho concerniente a quien pagaba los créditos de los vehículos adquiridos durante la relación, incluido el taxi objeto de la controversia, señaló, comillas “el, miguel Angel ríos Díaz pago esos créditos el cubría esas deudas” cierro comillas, minuto 22.04 de ese misma audiencia, y seguidamente asevero “nosotros pagábamos entre los dos todas las obligaciones, minuto 22.45, y en segunda medida lo que respecta al inmueble afirmo, comillas “se discute que él, miguel Angel Ríos Díaz cancela las deudas de la casa porque se hacia el retiro directamente por nómina y yo cubría las necesidades básicas que eran comida, el colegio de los muchachos, los gastos que requería la casa”, se cierran comillas, hora 1 minuto 2708. Imprecisiones e incongruencias que refiera que el animus societario que presuntamente emano de los compañeros permanentes, en puridad no existió.*

Erra el A quo en la apreciación probatoria por cuanto tergiverso la declaración de la demandante ya que vio contradicciones donde no existen. Esto por cuanto ante la pregunta de quién pagaba las cuotas del taxi, ella respondió que el demandado. luego afirmo la declarante que entre los dos pagaban todas las obligaciones, a lo que el despacho entendió que pagar todo entre los dos es pagar cada uno el cincuenta por ciento de todo; y no como el testigo lo afirmo “pagamos todo entre los dos” es, nos dividimos las obligaciones para pagarlas entre los dos.

Luego afirma el A quo que *“lo que respecta al inmueble afirmo, comillas “se discute que él, miguel Angel Ríos Díaz cancela las deudas de la casa porque se hacia el retiro directamente por nómina y yo cubría las necesidades básicas que eran comida, el colegio*

³ Corte Constitucional. Sentencia T-835 de 23 de octubre de 2012.

ARMANDO DELGADO SANCHEZ
ABOGADO TITULADO
UNIVERSIDAD CATOLICA DE COLOMBIA
Carrera 10 No 14-56 oficina 805 Bogotá D.C.
Teléfonos: 2833780 – 3105406521
Dirección electrónica: armando21062011@gmail.com

de los muchachos, los gastos que requería la casa”, se cierran comillas, hora 1 minuto 2708. Imprecisiones e incongruencias que refiera que el animus societario que presuntamente emana de los compañeros permanentes, en puridad no existió.

Acá lo que afirma la testigo es que el demandante pagaba las cuotas de la casa mediante descuento por nomina, mientras ella pagaba o “cubría las necesidades básicas que eran comida, el colegio de los muchachos, los gastos que requería la casa”.

Declaración que contrario a lo afirmado por el A quo, de que es imprecisa e incongruente, se desprende de la misma, los aportes económicos que se realizaban a la sociedad, donde el pagaba las cuotas de la casa y el taxi, mientras ella pagaba o cubría los gastos de alimentación de la familia, el estudio de los hijos y todos los demás gastos del hogar.

De manera adicional, se debe tener en consideración que contrario a lo afirmado por el A quo, si se realizó un aporte social por parte de LUZ HELENA TORRES MONTAÑO, consistente en la realización de las labores del hogar, de estar pendiente de todas las cosas del hogar, de los hijos en común y de su compañero sentimental; y de manera adicional a las labores propias del hogar, su aporte social se realizó en aportación económica, como fue el dinero, por cuanto la demandante LUZ HELENA TORRES MONTAÑO también trabajo durante aproximadamente 17 años en COVINOC, y con el producto de sus ingresos pagaba los gastos de su hogar, de los hijos, del estudio de estos, y demás necesidades requeridas en la familia.

El aporte social realizado por la señora LUZ HELENA TORRES MONTAÑO se demostró con las declaraciones de los testigos Francisco Antonio Romero Bustos, Jhon Erick Amaya Torres y Nilce torres Montaña. Quienes son claros en afirmar que la señora LUZ HELENA TORRES MONTAÑO, era quien estaba pendiente de todas las cosas de la familia, que era quien veía por los hijos en común de la pareja y veía de su compañero; pero adicionalmente que siempre apporto económicamente para cubrir los gastos que tenía la familia con el ingreso que recibía por su trabajo en COVINOC (por aproximadamente 17 años), con el que se encargaba del pago de los gastos del hogar, la alimentación de la familia, el estudio de los hijos y hasta el apoyo a su compañero en sus obligaciones en el hogar en los momentos en que lo requirió como cuando enfermo gravemente y no tenía ingreso alguno, y tuvo la señora LUZ HELENA TORRES MONTAÑO que asumir el cien por ciento de los gastos del hogar y el pago de las cuotas por pagar que tenía a cargo el demandado MIGUEL ANGEL RIOS DIAZ.

Es decir que el aporte social de la demandante LUZ HELENA TORRES MONTAÑO, como elemento vital para la consolidación de cualquier tipo societario se concretó no solo con la fuerza de su trabajo en las labores de su hogar, sino también con el aporte económico directo producto de su empleo en COVINOC.

ARMANDO DELGADO SANCHEZ
ABOGADO TITULADO
UNIVERSIDAD CATOLICA DE COLOMBIA
Carrera 10 No 14-56 oficina 805 Bogotá D.C.
Teléfonos: 2833780 – 3105406521
Dirección electrónica: armando21062011@gmail.com

Afirma el A quo que los elementos de prueba obrantes a foliatura, no permiten avizorar, el ánimo de repartirse utilidades o pérdidas, por la señora LUZ HELENA TORRES MONTAÑO a la sociedad de hecho que reclama

En la sentencia de la Corte tantas veces citada, también se afirmó que “El reparto o participación en la distribución de **utilidades**, y por supuesto en las eventuales pérdidas, es signo distintivo esencial de la sociedad, porque el propósito de los entes de este linaje es perseguir un lucro social pero también para los propios asociados. Un socio, axiomático es, al hacer aportes espera derivar beneficios económicos”.

Para el caso concreto, el ánimo de repartirse utilidades comenzó a evidenciarse desde el mismo momento en que la pareja acordó como invertirían las sumas de dinero producto de su trabajo, cuando se acordó que ella pagaría los gastos de la casa, estudio de los hijos y demás gastos del hogar y el demandado por su parte pagaría las cuotas de la casa y vehículo.

También se evidencia dicho animo de repartirse utilidades cuando la pareja decidió irse a vivir juntos en el año 1996, a sabiendas de que LUZ HELENA TORRES MONTAÑO era casada con el señor JHON EDWARD AMAYA TORRES, y por ello se acordó que para la compra del inmueble en el que figuraría únicamente como titular el demandado MIGUEL ANGEL RIOS DIAZ, por cuanto la demandante LUZ HELENA TORRES MONTAÑO era casada y el esposo podía venir a reclamar algún derecho, se acordó que se incluyera al hijo de la demandante como beneficiario del patrimonio de familia del inmueble, a pesar de que no era hijo del demandado, como una especie de garantía a favor de la demandante LUZ HELENA TORRES MONTAÑO.

Adicionalmente, el ánimo de repartirse utilidades se evidencio cuando para el año 2014, la pareja decidió romper su relación sentimental, el señor MIGUEL ANGEL RIOS DIAZ se va de la casa y le informa al testigo FRANCISCO ANTONIO ROMERO BUSTOS, que le dijera a la demandante que se quera con la casa, que él se quedaría con el taxi, acuerdo de distribución que se respetó hasta el año 2018, cuando el hoy demandado le pidió a la demandante que le desocupara la casa porque era de él. Razón por la que la demandante decidió iniciar la demanda que ocupa nuestra atención.

Respecto de la prueba testimonial practicada Afirma el A quo que:

aunque pueda considerarse que la imparcialidad de los testigos dada su familiaridad o cercanía con las partes afecta precisamente esa imparcialidad y que por ello mismo en la audiencia anterior se plateara su tacha bajo los apremios del artículo 211 del C.G.P., la realidad es que ese nexo no descarta en lo absoluto la integridad de su dicho, en primer lugar porque las declaraciones se realizaron bajo la gravedad del juramento obviamente con las consecuencias propias de faltar a la verdad y en segunda medida porque justamente ese acercamiento es el que permite al operador de justicia aproximarse a la verdad de los hechos, aunque se reitera sus intervenciones no fueran de provecho”

Los reparos que tiene el suscrito frente a la decisión del A quo, en este punto, se circunscribe a que, para la apreciación del testimonio, no solo se debe tener en consideración la cercanía y/o la familiaridad o no del testigo con las parte, y que su declaración se realiza bajo la gravedad de juramento, sino que también se debe observar la conducta procesal asumida por los testigos durante su declaración.

Para el caso concreto, el suscrito solicito la tacha de los testigos LEONOR DIAZ (madre del demandado) y YOLIMA RIOS DIAZ (hermana del demandado), conforme lo previsto en el artículo 211 del C.G.P. Durante la declaración que realizaron los testigos, se puede evidenciar diferentes conductas que afectan su credibilidad. Tales conductas son las siguientes:

Respecto de la testigo LEONOR DIAZ

A Record. 1:48:40. El suscrito pregunta a la testigo si sabe porque rompió la relación demandante y demandado. A lo que la testigo responde: Es por lo que escuche también antes, que camilo era gay. Antes había declarado el testigo de la parte demandante FRANCISCO ANTONIO ROMERO BUSTOS. La pregunta acá es ¿la testigo estaba escuchando la declaración del testigo anterior a ella?

Si se observa el video de la grabación, se puede evidenciar que aunque la testigo y el abogado de la parte demandada, afirmaron estar en lugares diferentes, las rejas que aparecen a sus espaldas son muy parecidas.

Pero si sumado a lo anterior, escuchamos el audio a record 2:02:30, donde que registrado en audio cuando el abogado de la parte demandada, poniendo su mano en la boca dice “están tratando de identificar si esas rejas son las mismas que tengo a mis espaldas”.

Si sumamos estos hechos, al hecho de que la testigo es la mama del demandado, se puede colegir que su testimonio no es imparcial. Hecho que no tuvo en cuenta el A quo al momento de calificar la tacha propuesta por el suscrito.

Respecto de la testigo YOLIMA RIOS DIAZ.

A record 6:16., el abogado de la parte demandada dice: baje el volumen

A record 7:04., de nuevo el abogado de la parte demandada dice, bájele, con la mano puesta en la boca.

De inmediato el despacho requiere al testigo para que informe donde esta y si hay otro equipo cerca por que hay demasiada interferencia y eco. A lo que la testigo afirma que esta en una oficina con una compañera de trabajo.

ARMANDO DELGADO SANCHEZ
ABOGADO TITULADO
UNIVERSIDAD CATOLICA DE COLOMBIA
Carrera 10 No 14-56 oficina 805 Bogotá D.C.
Teléfonos: 2833780 – 3105406521
Dirección electrónica: armando21062011@gmail.com

Durante la declaración, esta testigo fue requerida en varias oportunidades por el despacho para que respondiera lo que se le preguntaba y para que aclarara las contradicciones respecto de sus respuestas anteriores.

A record 20:00 la testigo intenta leer un documento, por lo que el despacho se da cuenta y la requiere.

Luego, durante la diligencia tanto a la testigo como al abogado de la parte demandada se les cógela la imagen y segundos después se pierde la señal de los dos al mismo tiempo.

A record 47:20 el demandado Miguel Angel Ríos Díaz afirma que tanto a la testigo como al abogado demandado se les fue la luz. Por lo que el despacho lo requiere para que informe si a los dos se les fue la luz, porque supuestamente estaban en lugares diferentes.

También debe observarse que en la parte de atrás de la testigo se evidencia que se puso una cortina negra, pero si se ve bien en la parte de la pantalla abajo lado izquierdo, se puede ver una reja muy similar a la reja que aparece en la parte de atrás de la imagen del abogado de la parte demandada. ¿será que estaban los dos en el mismo lugar? ¿será que esta testigo escucho las declaraciones de los testigos anteriores?

Si sumamos estos hechos, al hecho de que la testigo es la hermana del demandado, se puede colegir que su testimonio no es imparcial. Hecho que no tuvo en cuenta el A quo al momento de calificar la tacha propuesta por el suscrito.

Si el despacho hubiese tenido en consideración al momento de decidir la tacha propuesta, de manera adicional a la familiaridad de los testigos, la conducta asumida por estos durante la audiencia, la conclusión a la que hubiese arribado sería diferente a la adoptada en la decisión objeto de censura.

En los anteriores términos, sustento la apelación interpuesta, gracias.

Se remite copia de la sustentación a la dirección electrónica rva91@hotmail.com que aparece reportada por el abogado de la parte demandada RODRIGO ERNESTO VARGAS y el demandado MIGUEL ANGEL RIOS DIAZ.

Atentamente,



ARMANDO DELGADO SANCHEZ
C.C. No 91.110.644 de Socorro (S.S.)
T. P. No 201.451 del C. S. de la J.

Señores:

Tribunal Superior de Bogotá D.C. – Sala Civil

Magistrado Marco Antonio Álvarez Gómez

E. S. D.

Proceso: Acción de Protección al Consumidor Financiero
Demandante: Jairo Herrera Arango
Demandado: Axa Colpatría Seguros S.A.
Expediente: 110013199003_2020_00303_01
Asunto: Sustentación del recurso de apelación

Rafael Alberto Ariza Vesga, mayor de edad y vecino de esta ciudad, identificado con la cédula de ciudadanía N° 79.952.462 expedida en Bogotá D.C., y portador de la T.P. No. 112.914 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando como apoderado especial de **Axa Colpatría Seguros S.A.**, según poder debidamente otorgado, acreditado dentro del expediente, por medio del presente escrito me permito **sustentar el recurso de apelación** interpuesto contra de todos los aspectos adversos a mi representada contenidos en la sentencia de primera instancia proferida por el Despacho el pasado 14 de mayo de 2021, en los siguientes términos:

I. Sustentación del recurso - motivos de inconformidad con el fallo apelado

Sea lo primero decir que la Delegatura para funciones jurisdiccionales incurrió en errores tanto jurídicos como probatorios, que lo indujeron a proferir una sentencia que, desde nuestra respetuosa consideración, no se ajusta a las disposiciones legales, al material probatorio y a los criterios jurisprudenciales vigentes y aplicables al caso, al declarar contractualmente responsable e imponer una condena a cargo de Axa Colpatría Seguros S.A., sin fundamento para ello.

Lo anterior, debido a que, como se expondrá a lo largo de la presente ampliación de la sustentación del recurso, el Despacho de instancia:

- 1.1. Desconoció, desde el punto de vista jurídico las condiciones del contrato de seguro pese a reconocer su validez y eficacia entre los contratantes, en cuanto a los amparos, exclusiones y demás cláusulas aplicables.
- 1.2. Desconoció las disposiciones legales vigentes sobre interpretación contractual y que el contrato es Ley para las partes.
- 1.3. Desconoció el material probatorio aportado con el pleno de todas las formas previstas en la Ley y las garantías constitucionales, que demostró **INEQUIVOCAMENTE**, que el supuesto “evento” o “accidente” narrado por la parte demandante en modo alguno fue la fuente o causa de los daños que presentó el vehículo asegurado. Para ello dejó de apreciar correctamente y cercenó el material probatorio obrante en el proceso, incluso ante medios probatorios decretados por la propia Delegatura y que había incorporado válidamente en

Página 1 de 16

actuaciones de ella misma, así como supuso hechos no acreditados. La sentencia tuvo por probado el siniestro sin estarlo.

- 1.4. De igual forma, subsidiariamente, desconoció el concepto de Culpa Grave y su inasegurabilidad por disposición legal expresa en materia de seguros, contenida en el artículo 1055 del C.Co., dejando de apreciar evidentes medios probatorios que daban cuenta de la existencia de tal tipo de conducta en cabeza de la parte demandante – asegurada.

A continuación, pasamos a desarrollar de forma breve, estos aspectos, que deben dar lugar a la revocatoria de los aspectos adversos de la decisión frente a mi representada.

1.1. Desconocimiento de las condiciones del contrato de seguro válidamente aportadas al proceso y que no fueron desconocidas ni discutidas en cuanto a su validez y eficacia por las partes:

La sentencia atacada señala claramente, que las “Partes no debaten el contrato”, encontrando que, efectivamente, no hay discusión sobre la aplicabilidad al presente asunto de la póliza de seguro con sus condiciones generales. Sin embargo, pese a reconocer tal circunstancia, decide DESCONOCER los términos del contrato de seguro y sus condiciones como se pasa a demostrar. En efecto, la Sentencia de Primera instancia encuentra que el numeral 1.1.2. describe el amparo de pérdida total del vehículo por daños, pero cercena dicha definición y la aplica incorrectamente.

En efecto, el numeral 1.1.2. del condicionado general del seguro que la sentencia de primera instancia, encuentra acreditado aplica a este asunto, establece lo siguiente por acuerdo entre las partes:

“1.1.2. Pérdida Total del Vehículo por Daños:

Es la destrucción total del vehículo **como consecuencia de un accidente** o por actos mal intencionados de terceros y/o de movimientos subversivos. La destrucción total se configura si, los repuestos, la mano de obra necesaria para las reparaciones y su impuesto a las ventas, tienen un valor igual o superior al 75% del valor comercial del vehículo, conforme al valor comercial estimado en los listados emitidos por Fasecolda para la fecha de ocurrencia del siniestro. No se amparan los daños que sufra el vehículo asegurado a causa de hurto, hurto calificado o sus tentativas cuando no haya sido contratada la cobertura de pérdida total o pérdida parcial por hurto o hurto calificado”.

Es así, como el referido numeral establece con toda claridad que se trata de:

- Un amparo por DAÑOS sufridos por el vehículo asegurado.
- Pero no por cualquier tipo o modalidad de daños, sino aquellos descritos en las condiciones del seguro, que no sean excluidos, y que, de manera relevante para este caso, sean **CONSECUENCIA** de un accidente. Es decir, **debe haber una relación de causa a efecto** entre un accidente entendido a la luz de lo pactado entre las partes en el CONTRATO DE SEGURO y a la naturaleza de este negocio jurídico, pues ese es el entendimiento al cual debe acudir.
- El entendimiento del amparo NO puede excluirse o aislarse de todo el ámbito y estipulaciones del contrato de seguro acordado, pues de lo contrario, como se hizo en este

caso, se traiciona la intención de los contratantes y la propia configuración técnico – económica y jurídica del seguro, como lo ha hizo en este caso la decisión de instancia.

En las condiciones del seguro que nos ocupa, se observan diferentes estipulaciones que ilustran muy claramente el concepto de ACCIDENTE contenido en la definición del amparo que nos ocupa, que fueron clara y abiertamente desconocidas y omitidas en la sentencia de primera instancia:

- Desde su definición, se trata de un seguro destinado a un “automóvil liviano”, lo cual está descrito desde el propio título de la póliza. Justamente los riesgos a los que está expuesto el automóvil por la naturaleza de este seguro y su utilización en la práctica, están asociados a su tránsito o circulación.
- El amparo del numeral 1.1.7 de “Protección Patrimonial”, se precisa claramente que el contrato se está refiriendo a ACCIDENTE DE TRÁNSITO y no a otro concepto de ACCIDENTE para efectos de cobertura, como el que quiso traer a este caso la sentencia de instancia, como si las partes no lo hubieran así dispuesto revisando el contrato como un todo. En efecto, haciendo referencia expresa a los amparos de “daños sufridos por el vehículo asegurado” y al de Responsabilidad Civil, en este amparo de protección patrimonial se precisa entre las partes que el concepto de ACCIDENTE es inequívocamente el de ACCIDENTE DE TRÁNSITO. Ello de manera sorpresiva, no es objeto de ninguna consideración por la decisión de instancia, siendo una estipulación que claramente precisa que lo que acordaron las partes fue cobertura frente a ACCIDENTE DE TRÁNSITO del vehículo asegurado. La decisión de instancia no busca en el contrato a qué se refirieron las partes, sino que quiere traer una definición de la RAE, que claramente no aplica. La definición del amparo en el numeral 1.1.7 que tiene clara referencia al amparo de pérdida total indica expresamente:

“1.1.7. Amparo de Protección Patrimonial

Bajo este amparo se cubren los daños sufridos por el vehículo asegurado y la Responsabilidad Civil Extracontractual en que se incurra de acuerdo con la ley, **provenientes de un accidente de tránsito** cuando el asegurado o conductor autorizado desatienda las señales reglamentarias de tránsito, o haya consumido bebidas embriagantes, drogas tóxicas o sustancias alucinógenas” (negrilla fuera de texto).

Como se sabe, este amparo sencillamente COMPLEMENTA el amparo de pérdida total o parcial por daños en ese aspecto, pero se refiere expresamente a los mismos, dejando claro que el concepto es el de “ACCIDENTE DE TRÁNSITO”.

- Los numerales 1.2.2. y 1.2.3. de los amparos complementarios susceptibles de contratación en este negocio jurídico, refiere justamente el concepto “accidente de tránsito”, aclarando el ámbito de la póliza y que, por referencia, deben ser tenidos en cuenta para desentrañar el entendimiento de la cobertura.
- En la exclusión 1.3.2. (que se indica e incluye desde la primera página de la póliza que aplica a los diferentes amparos – ver numeral 1.1.1. del seguro) señala expresamente lo siguiente:

“1.3.2. Aplicables al Amparo de Pérdida Total o Parcial por Daños
(...)

b) Los daños eléctricos, mecánicos o fallas debidos al uso o al desgaste natural del vehículo, o a las deficiencias del servicio y lubricación o de mantenimiento o uso del vehículo contrario a lo recomendado por el fabricante. **Sin embargo, las pérdidas o daños que sufra el vehículo y la responsabilidad civil consecuenciales de dichas causas estarán amparadas por la presente póliza, siempre y cuando haya volcamiento, choque o incendio.** (Negrilla fuera de texto).

Tal como se aprecia con la lectura de dicha exclusión, acordada entre las partes y que las mismas NO HAN DISCUTIDO en su aplicabilidad, como lo admite la decisión de instancia, hace claridad que lo cubierto en el amparo de pérdida total por Daños, **NO incluye aspectos internos del vehículo por su uso, deficiencias de servicio o lubricación, fallas mecánicas o eléctricas, entre otras**, sino que requiere eventos típicos de ACCIDENTE DE TRÁNSITO y, por ello, **se refiere diáfamanamente al VOLCAMIENTO, CHOQUE O INCENDIO del automóvil**. Esto fue abiertamente omitido en el análisis de la sentencia de primera instancia en forma inexplicable e incorrecta.

- En adición a lo anterior, la sentencia de instancia determinó AISLAR de la aplicación del contrato de seguro, la definición de ACCIDENTE AUTOMOVILÍSTICO expresamente contenido en las condiciones, so pretexto de señalar que ello aplicaba para un ANEXO, pero no para el seguro, como si se tratara de un contrato distinto o aparte, lo cual no es cierto. Incluso, se desconoció inexplicablemente la declaración EXPRESA que bajo la gravedad del juramento realizó la representante legal de AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. dentro del interrogatorio de parte rendido ante la Delegatura para funciones jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera, la que en audiencia celebrada el 12 de febrero de 2021, expresamente le indicó al Despacho:

“Sobre aplicabilidad del anexo de asistencia al Sr. Herrera, aplica? **Si aplica, cumpliendo las condiciones del producto**”. (...)

Sobre la definición de accidente allí contenida, **aplica a todo el condicionado? Si, aclarando que accidente requiere ser súbito, ajeno al asegurado**. (...)” (Negrilla fuera de texto)

Que las asistencias son un amparo más de la póliza (no algo aislado o aparte como se plantea en la decisión, para no tenerlo en cuenta en la interpretación del contrato), lo ha dicho y entendido así incluso la propia Superintendencia Financiera, en su Delegatura para Seguros, solo que el asegurador indemniza reparando como lo permite el artículo 1110 del C.Co.

Esa definición que trae la póliza y que debió tener en cuenta el fallador de instancia POR ESTAR EN EL CONTRATO, en lugar de acudir a la RAE, es la siguiente:

“Accidente Automovilístico: Todo acontecimiento que provoque daños materiales al Vehículo asegurado, **ocurrido única y directamente por una causa externa, fortuita y evidente**, que ocurra en el Período de vigencia y dentro del Ámbito de territorialidad definido para el Programa de asistencia” (Negrilla fuera de texto).

Como se puede observar, el amparo de pérdida total del vehículo por daño hace referencia única y exclusivamente a la destrucción del vehículo, derivada de accidentes de tránsito o actos mal intencionados de terceros, y en el presente caso, el demandante alega la pérdida total del automotor producida por una supuesta frenada que él realizó, que no derivó en un accidente de tránsito o automovilístico en el entendimiento y aplicación de las cláusulas del contrato, en el que no hubo VOLCAMIENTO, CHOQUE E INCENDIO, y que, según el dicho del asegurado (que es la única prueba que tiene de ello) le implicó el movimiento de su palanca de cambios por causa de sus mascotas, circunstancia que no se corresponde con un accidente de tránsito o automovilístico objeto de cobertura en la póliza, como lo acordaron las partes.

Sin ningún análisis sobre estos aspectos en la sentencia objeto de apelación, decidió afirmar que los elementos del proceso “Permiten concluir existencia de daño presentado por el vehículo” y que debía aplicarse la definición de accidente de la RAE, pero partiendo de un entendimiento errado del concepto ACCIDENTE de la cobertura, alejado de la lectura y revisión adecuada del contrato de seguro como un todo, con desconocimiento de las normas imperativas sobre interpretación contractual, cercenando apartes de la redacción de los propios amparos y las exclusiones, con desconocimiento o inadecuada apreciación del material probatorio obrante en el proceso que EL PROPIO JUZGADOR trajo al proceso para apoyarlo en un tema técnico, sin análisis de la existencia o no de una relación causa – efecto entre lo narrado por el asegurado y los daños que presenta el motor pese a todos los elementos técnicos que obtuvo para ello.

1.2. Desconoció las disposiciones legales vigentes sobre interpretación contractual y que el contrato es Ley para las partes.

En línea con lo anterior, resulta claro en el presente caso que el ejercicio realizado por el fallador de primera instancia para buscar el sentido y alcance de la expresión “ACCIDENTE” del amparo de pérdida total daños en el marco del contrato de seguro base de este proceso judicial, fue errado y completamente alejado de las disposiciones que RIGEN IMPERATIVAMENTE en nuestro ordenamiento jurídico la interpretación contractual.

En efecto, el ejercicio de interpretación contractual, cuando presuntamente exista una expresión que no resulte clara, está regulado conforme las siguientes disposiciones legales aplicables por extensión en materia mercantil:

- a) El artículo 1618 del Código Civil establece: **PREVALENCIA DE LA INTENCIÓN. Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”**.

En el presente caso, lo cual no se tuvo en cuenta en la decisión, el propio Despacho preguntó durante las audiencias de interrogatorio sobre la intención de los contratantes sobre ese concepto de ACCIDENTE, sumado a que del propio texto contractual se desprende la misma como ya se demostró. Sin embargo, se decidió en la sentencia atacada NO analizar ese aspecto o por lo menos, no aparece ninguna mención a ello y a esta norma. No tuvo en cuenta la declaración rendida bajo juramento por la representante legal de AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. ante preguntas de la propia Delegatura para funciones jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera. No tuvo en cuenta los demás aspectos del texto de las condiciones contractuales que dan plena cuenta de esa intención y concepto. En contravía de la disposición, se optó por atender lo “literal” de las palabras, en contravía DIRECTA de esta norma, acudiendo a la RAE.

- b) El artículo 1.619 del Código Civil, contempla otra regla en materia de interpretación contractual que se desatendió claramente en este caso, así:

“ARTICULO 1619. LIMITACIONES DEL CONTRATO A SU MATERIA. Por generales que sean los términos de un contrato, solo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado”.

En contravía de la referida disposición, la decisión de instancia decidió aplicar una definición GENERAL – de diccionario del concepto de ACCIDENTE, sin tener en cuenta la materia en la que nos encontramos, esto es, un contrato de seguro de automóviles, donde el concepto RIESGO ASEGURABLE y las demás definiciones y aspectos del condicionado general, tenían una incidencia fundamental, para desentrañar la expresión contenida en la definición del amparo.

- c) En armonía con lo anterior, desconoció o dejó de aplicar el artículo 1621 del Código de Comercio que establece:

“ARTICULO 1621. INTERPRETACIÓN POR LA NATURALEZA DEL CONTRATO. En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato. Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen”.

Bajo dicha disposición, de imperativa aplicación en un caso de interpretación contractual como el que se plantea por el fallador de instancia, nuevamente encontramos que la decisión de instancia desconoció o dejó de aplicar correctamente esta norma, que le imponía UBICARSE en el contexto y naturaleza específica del seguro de automóviles que nos ocupa (no de otro tipo de contrato o de una visión de un contrato general), encontrando con claridad la referencia permanente al interior del contrato, acorde con su naturaleza de SEGURO DE AUTOMÓVILES, la referencia a ACCIDENTE DE TRÁNSITO o AUTOMOVILÍSTICO o de ACCIDENTE de un AUTOMÓVIL. En lugar, de ubicar una definición de ACCIDENTE PARA UN AUTOMÓVIL y en el marco de un seguro, busca una definición general en la RAE totalmente alejada de la naturaleza del negocio jurídico que conocieron las partes que estaban celebrando y cuyas cláusulas se reconocieron como plenamente válidas y pactadas con el Sr. Jairo Herrera.

La decisión de instancia, no consulta un diccionario acorde con la naturaleza de este tipo de contrato (un diccionario de Seguros), sino que acude al diccionario de las palabras en general, lo cual resulta completamente desacertado y alejado de las disposiciones legales sobre interpretación de contrato. Además de desconocer las DEFINICIONES que estaban en el mismo contrato (indicando supuestamente que son de un anexo, como si fuera un contrato distinto) que son de uso COMÚN en el mismo, no acude, por ejemplo, a definiciones como la del Diccionario MAPFRE de Seguros (de uso común en esta materia) (<https://www.fundacionmapfre.org/publicaciones/diccionario-mapfre-seguros/accidente/>) que expresa:

“accidente (accident)

En términos generales, suceso eventual o acción de que resulta daño involuntario para las personas o las cosas.

A los efectos del seguro, acto o hecho que deriva de una causa violenta, súbita, externa e involuntaria que produce daños en las personas o en las cosas. Es también sinónimo de siniestro o avería.” (negrilla fuera de texto)

- d) En adición a lo señalado, la sentencia apelada, muy claramente, dejó de aplicar lo previsto en el artículo 1622 del C.Co, sobre interpretación sistemática de las cláusulas del contrato así:

“ARTICULO 1622. INTERPRETACIONES SISTEMATICA, POR COMPARACION Y POR APLICACION PRACTICA. Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.

Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia”.

O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte”.

En el presente caso, es claro que la decisión de instancia, NO aplicó de ninguna manera esta regla de interpretación contractual, como todas las anteriormente referidas, pues de haberlo hecho, habría encontrado los aspectos que señalamos en el argumento 1.1. de este recurso de apelación. En efecto, habría encontrado la mención reiterada en el condicionado del contrato de seguro del concepto ACCIDENTE DE TRÁNSITO o ACCIDENTE AUTOMOVILISTICO, y la propia definición que las partes incluyeron en un anexo del mismo contrato, como ya se demostró. Nótese que la norma admite incluso la utilización de OTRO CONTRATO entre las mismas partes, con mayor razón la definición de un ANEXO del mismo contrato celebrado entre las partes.

- e) Así mismo, consideramos claro que se dejó de aplicar o hipotéticamente, si se hizo, ello fue realizado incorrectamente, el artículo 1623 del Código Civil que establece como regla de interpretación contractual lo siguiente:

“ARTICULO 1623. INTERPRETACIÓN DE LA INCLUSIÓN DE CASOS DENTRO DEL CONTRATO. Cuando en un contrato se ha expresado un caso para explicar la obligación, no se entenderá por solo eso haberse querido restringir la convención a ese caso, excluyendo los otros a que naturalmente se extienda”.

En el presente caso, a través de la exclusión 1.3.2. del condicionado general aplicable al caso, conocido al Sr. Herrera al punto que lo aportó con su demanda y confesó en los hechos de la demanda que lo “PACTÓ”, se establecieron una serie de casos para explicar el alcance de la obligación del asegurador en el amparo de Pérdida Total Daños. Allí claramente se indicó que la operancia del seguro no estaba para fallas internas del vehículo y se ejemplificó que estaba dedicada para casos de VOLCAMIENTO, CHOQUES o INCENDIO, lo cual ilustra con gran claridad, que la cobertura está vinculada a situaciones EXTERNAS donde el automóvil sufre ese tipo de situación, lo cual, en este caso, DE NINGUNA MANERA OCURRIÓ. Ello no fue objeto de valoración alguna por parte del fallador de instancia.

- f) Tal como lo señala el artículo 1624 del Código Civil, solo en caso que NO pudieran aplicarse TODAS las reglas de interpretación contractual antes señaladas, es que se

podría recurrir a otro esquema, lo cual en este caso NO ACONTECE por las razones expuestas.

Todos estos aspectos, resultan DETERMINANTES de una decisión errada, alejada del contrato que concluyó en forma injustificada la cobertura para una situación para la cual NO está dedicada el seguro, para la cual no se cobró la prima y que constituye una violación flagrante a todo el texto contractual. De haberse aplicado correctamente estos métodos de interpretación contractual, se habría llegado a la conclusión de que la expresión ACCIDENTE que refiere el amparo, corresponde al concepto definido en el propio contrato como de ACCIDENTE DE TRÁNSITO o AUTOMOVILÍSTICO. A la luz de ello y del material probatorio obrante en el proceso de tipo técnico y jurídico, se habría concluido que el supuesto evento en que el Sr. Herrera presuntamente frenó y sus dos perros se fueron hacia la palanca de cambios NO fue un ACCIDENTE cubierto, se trata adicionalmente, de una circunstancia EXPRESAMENTE EXCLUIDA pues no hubo VOLCAMIENTO, CHOQUE O INCENDIO, sumado a que, en todo caso, **esa no es la causa que genera como consecuencia el daño interno del motor en un momento POSTERIOR como se probó ampliamente en el proceso** en forma técnica, pese al desconocimiento que de ello se hace en la sentencia.

1.3. Desconoció el material probatorio aportado con el pleno de todas las formas previstas en la Ley y las garantías constitucionales, que demostró INEQUIVOCAMENTE, que el supuesto “evento” narrado por la parte demandante en modo alguno fue la fuente o causa de los daños que presentó el vehículo asegurado. Para ello dejó de apreciar correctamente y cercenó, el material probatorio obrante en el proceso, incluso ante medios probatorios decretados por la propia Delegatura y que había incorporado válidamente en actuaciones de ella misma, así como supuso hechos no acreditados. La sentencia tuvo por probado el siniestro sin estarlo.

Consideramos respetuosamente, que la sentencia de instancia decide no darle el valor y alcance correcto a los diferentes medios probatorios obrantes en el proceso, así como deja de aplicar las normas legales del caso.

En primer lugar, considera acreditado el SINIESTRO por parte del extremo demandante, como si esa parte hubiera acreditado en el proceso que el supuesto evento de caída de los perros sobre la palanca de cambios fue la causa del daño posterior a nivel interno del motor. El Despacho de Segunda instancia al revisar el expediente, PODRÁ ENCONTRAR CON TODA CLARIDAD que ello NUNCA fue probado por el extremo actor en este asunto. En ese sentido, la sentencia hace una SUPOSICIÓN de ese aspecto.

En ningún dictamen, concepto o documento, el Sr. Jairo Herrera demostró en este expediente que la supuesta caída de los perros sobre la palanca de cambios automática del vehículo asegurado fue la CAUSA de los daños internos que en MOMENTO POSTERIOR y tras emprender imprudentemente el Sr. Herrera la subida de una montaña, generaron esa afectación. En ese sentido, la sentencia incluso viola en forma directa el artículo 1077 del C.Co, pues acreditar el siniestro en este caso, no supone demostrar que hubo un DAÑO en el motor, sino que el mismo es CONSECUENCIA del accidente, lo cual en modo alguno cumplió la parte demandante en este caso. Ningún análisis realizó la sentencia de instancia sobre esa relación de causa – efecto (CONSECUENCIA) entre una cosa y la otra. Presume o supone esa circunstancia, e incluso incurre en contradicción, porque en apartes de su decisión sostiene que NO fue clara la causa del evento,

pero no aplica con esa afirmación lo que debió determinar: que la parte demandante – asegurada, NO probó que los daños que pretende se le indemniza sean CONSECUENCIA del supuesto accidente que afirma tuvo lugar únicamente con su dicho (como si pudiera crear su propia prueba).

Por el contrario, en el expediente, como lo podrá verificar el Despacho de Segunda Instancia, se encuentra con claridad lo siguiente:

- Documento técnico y testimonio técnico de PROASCOL, rendido ante el Despacho por DISPOSICIÓN DE OFICIO DE LA DELEGATURA, donde a través del Ingeniero Mecánico Sr. Darwing Santamaría, con amplia experiencia y trayectoria en el tema, se probó CON TODA CLARIDAD que el supuesto evento de los perros narrado por la parte activa que habrían movido el cambio de la caja automática, EN MODO ALGUNO es la causa de los daños internos del motor (Al respecto todo el audio de la audiencia del 2 de marzo de 2021 a las 2:30 p.m.), donde el referido testigo técnico indicó hasta la saciedad, entre otros lo siguiente:

“Es posible que por un golpe de algún perro o de otro tipo de elemento se presente movimiento en la palanca de cambios que hubiese podido generar ruptura bloque motor? La verdad, pues primero que todo el seguro que viene alojado en la parte frontal de la palanca, ... el perro viene de la parte posterior, el perro tendría que venir sentado en parte central atrás para dar hacia el frente. Los inconvenientes con esa versión son:

1. El perro como tal, tendría que pasar por intermedio de las 2 sillas, para llegar al frente. Para poder pasar debería ser un perro pequeño, 10 – 12 kilos y a pesar de la frenada no se movería la palanca.
2. Tendría que oprimir el botón para accionar trinquete.
3. En estas camioneta las sillas están muy pegadas, tendría que deshabilitar este seguro para accionar la palanca.

La camioneta se iba desplazando hacia el frente iba en drive para llegar a hacer desplazamiento, perro si frena camioneta pasaría por encima de la palanca, **no veo posible esa situación.**

(...)

Golpeando la masa corporal del perro, en donde hubiere ubicado la posición de la palanca de cambios? La información es un poco vaga referente en qué velocidad se desplazaba, iba en drive, podía pasar a neutro o reversa o llegar a parking. Suposiciones porque no es clara la versión de los hechos para saber hasta dónde lo desplazó, hasta qué posición. Esa parte no se especifica. La versión no es clara no se sabe hasta donde lo pudo haber desplazado.

Si lo desplaza a neutral se hubiera dañado motor, por conducirlo 2 cuadras? **No. hay que ser claro si se hubiera producido evento, inicialmente los daños se quedan en transmisión, no pasan al motor. Compartidor, lleno de fluido que pasa a transmisión, los daños del motor están relacionados con otra cosa.**

Según su experiencia, en este caso, a qué se deben daños del motor?

Desde el punto de vista mecánico y lo recolectado en peritaciones, los daños vienen de parte interior a exterior del motor, no hubo elemento extraño de una piedra o cosa del camino, el motor está roto porque la biela, pieza interna se fracturó salió de su ciclo normal de movimiento rompiendo el motor.

Porqué se pueden dar los daños en las bielas? Se pueden producir por excesos de revolución, producir porque en alguna intervención quedaron mal ajustadas, intervención anterior, cuando el motor tiene problemas de lubricación internos, lo que hace como tal se empiece a incrementar temperatura de la biela hasta llegar a una fractura. Es daño mecánico no relacionado con operación con daño de transmisión.

No se hubiere presentado el evento de frenar el vehículo y perro que golpea, el vehículo hubiere presentado el daño igualmente? Muy posiblemente, **porque en los peritajes se encontró que cuando se desarmó, habían falencias de lubricación, conectadas en el cilindro No. 3. Hay un antecedente con problemas de lubricación, no se hacían oportunamente cambios de aceite, algún error de elemento filtrante, todo viene siendo una cadena de errores hasta punto catastrófico ruptura bloque motor.**”

En momento posterior de la declaración, el Ing. Santamaría también le indicó con toda claridad al Despacho:

“De acuerdo con su revisión y conocimiento del caso, (a qué obedece) el daño que encontró del motor? Proviene de un hecho accidental o no? están más relacionados con una falencia de mantenimiento principalmente, como un hecho accidental no. (...) hay Piezas con marca de golpe, algo internamente dentro del motor hubiera fallado. La biela causante está quemada distinta, eso no se presenta de un momento para otro. Les puedo aseverar que no estamos frente a un hecho de un momento para otro, hay una traza anterior en la máquina que la llevó a la falla. Que haya relación con mala manipulación de la transmisión, no estaría relacionado.” También le señaló al Despacho ante preguntas del Ministerio Público:

“Le parecería importante para verificar esos hechos, haber conocido estado de la caja de transmisión? Descartar lo que les he comentado. La verdad, créame que no sería tan importante ver la transmisión porque los daños están en el motor. Mas de curiosidad técnica.”

- Aparece igualmente, dictamen pericial rendido por la firma CESVI COLOMBIA, que el Despacho de la Delegatura para funciones jurisdiccionales en audiencias de febrero y marzo de 2021 INCORPORÓ DE OFICIO AL EXPEDIENTE quedando en FIRME, con plena validez, FRENTE A LAS CUALES EL EXTREMO ACTIVO NO HIZO CONTRADICCIÓN VÁLIDA ALGUNA (presentó una supuesta objeción por error grave que ya no existe en nuestro ordenamiento procesal), pero que en la sentencia contradictoriamente se quieren desconocer, donde tal entidad de la máxima experiencia y conocimiento en el tema conceptúa que DE NINGUNA MANERA LOS DAÑOS INTERNOS DEL MOTOR tienen que ver con los supuestos hechos de los perros narrados por el extremo activo. Vale decir, igualmente, que esa prueba fue objeto de la más amplia contradicción en el proceso y el propio Ministerio Público en audiencia de marzo de 2021, señaló que NO HABÍA NULIDAD alguna en el proceso.

Es menester precisar que dicho dictamen fue decretado por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia para que fuera realizado

por **una entidad especializada de reconocida trayectoria e idoneidad**, con el objeto de abordar los siguientes temas:

- Determinar la causa de los daños en la caja de los cambios, con ocasión de los hechos del 5 de marzo de 2019.
- Determinar cuales son los daños, las piezas afectadas y la causa del daño que sufra dicha caja de cambios.
- Determinar un valor del daño que sufre el vehículo.
- Determinar el origen del mismo, si fue con ocasión o no de un accidente de tránsito o si lo fue por desgaste natural, por ausencia o falta de mantenimiento.
- Verificar si conforme a las condiciones de la caja de cambios, las mismas se encuentran conforme las condiciones de mantenimiento del fabricante Renault.

En este sentido, el dictamen aportado por Cesvi Colombia cumple las condiciones de especialidad, trayectoria e idoneidad, misma que ha sido acreditada ampliamente en el proceso y sobre lo que se debe destacar lo siguiente:

“El Centro de Experimentación y Seguridad Vial, Cesvi Colombia S.A. es una compañía con más **20 años de presencia en Colombia** que, mediante la investigación y la experimentación en el área automotriz, desarrolla productos y servicios enfocados en las necesidades de la industria automotriz de Colombia y Latinoamérica.

Cesvi ha sido reconocido como Centro de Investigación y Experimentación por parte de Colciencias, en el ámbito internacional hace parte del RCAR, un organismo cuyo objetivo es reducir los costos humanos y económicos de las pérdidas de vehículos de motor, además de ser miembro activo del Programa de Evaluación de Vehículos Nuevos para América Latina y el Caribe (Latin NCAP).”¹

Ahora bien, es innegable que los conceptos y dictámenes periciales de Cesvi son de amplia aplicación en el sistema judicial colombiano para la resolución de múltiples controversias que involucran vehículos automotores. Adicionalmente, el dictamen atendió todos los temas solicitados por la Delegatura y cumplió con todas las exigencias del artículo 226 del CGP, frente a lo cual las partes o el *a quo* no presentaron oposición alguna, de este modo, el Tribunal podrá constatar que el dictamen cuenta con:

- La identidad de quien rindió el dictamen.
- Los demás datos de identificación, contacto y localización del perito, quien acudió a la audiencia pública.
- La profesión ejercida por quien rindió el dictamen, junto con los documentos idóneos que lo habilitan para su ejercicio, los títulos académicos y los documentos que certifiquen la respectiva experiencia profesional.
- La lista de publicaciones, relacionadas con la materia del peritaje.
- La lista de casos en los que fue designado como perito o en los que haya participado en la elaboración de un dictamen pericial en los últimos cuatro (4) años.
- La indicación sobre su designación por las partes en procesos anteriores o en curso.
- Referencia sobre la incursión o no en causales contenidas en el artículo 50.
- Declaración sobre los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuados en otros casos y en el practicado en el proceso.

¹ <https://www.cesvicolombia.com/quienes-somos/>

- o La relación de los documentos e información utilizados para la elaboración del dictamen.

En armonía con lo anterior, en dicho dictamen pericial y en las declaraciones del Ing. Luis Carlos Padrón que acudió a soportarlo para la contradicción respectiva (no debió permitirse tal contradicción si se consideraba que no era un dictamen válido pues eso es una contradicción en sí mismo y una deslealtad procesal), se encuentra lo siguiente:

- Como primera medida, se aclararon todos los aspectos formales del dictamen, pues el Ing. Padrón indicó claramente su capacitación en la materia como Ingeniero Mecánico, su experiencia, aclaró la metodología que sigue CESVI para este tipo de dictámenes periciales que es el mismo siempre, conforme protocolos internos de esa entidad. Igualmente, aclaró que había hecho múltiples dictámenes periciales sobre este tipo de vehículos, aclaró las visitas y pruebas que se realizaron al vehículo. Es decir, desde el punto de vista formal, el dictamen quedó aclarado y complementado en todos esos aspectos. Con la sola firma del dictamen, está claro que no tiene incompatibilidades o inhabilidades para estos efectos.
- En adición a ello, le declaró de manera transparente e imparcial al Despacho todos los siguientes aspectos dentro de la audiencia del 14 de mayo:

Que sí se valoró la caja de cambios, la cual NO presentaba ningún golpe, afectación o falla mecánica. Aclaró igualmente, en armonía con el dictamen que, en todo caso, la narración de los hechos por el asegurado – demandante, habría determinado una afectación primero en el toma fuerza que conecta la caja de velocidades con el motor o en las correas del motor, pero de ninguna manera en un pistón como se dio en este caso. Ello guarda plena armonía con lo que expuso el Ingeniero Automotriz de PROASCOL.

En este sentido, como le rogamos al Despacho que resuelva esta segunda instancia, el Ing. Padrón en nombre de CESVI COLOMBIA, le manifestó muy claramente al Despacho de instancia lo siguiente en la audiencia del 14 de mayo:

“Cuál era el funcionamiento de la palanca de cambios (en este vehículo)?

se verificó para ver si tenía golpe o afectación y que cambios pasaran caja automática que pudiera circular drive, reversa y manual. Rodar la palanca y la ubicamos en cada una de las posiciones y la caja se pudo colocar, cambios entraban bien. Y también a la palanca de cambio no se le evidenció golpe o deformación, estaba en buen estado.” (Negrilla fuera de texto).

(...)

“Que pasó? **En este motor hubo falla mecánica interna** en la cual, las chumaceras donde va sujeta biela al cigüeñal, casquete **por falla mecánica se giró, orificio quedó tapado, no había lubricación en ese punto**, ello produce recalentamiento y fractura de la biela. Brazo que une al pistón con el cigüeñal, quedó brazo mocho y giró sin ningún control, punta de la biela empezó a partir el bloque”.

Y de manera MUY CLARA, CONCRETA Y CONCLUSIVA le expresó al Despacho en la diligencia:

“Es muy difícil, en el caso que eso haya sucedido, **la primera pieza que sufre sería la caja, la palanca de cambios gobierna la caja de velocidades, si eso hubiese pasado, se hubiera afectado internamente la caja, por sobre revolución, (pero) la caja está bien, primero se**

hubiese generado daños a la caja y luego se hubiera transmitido al motor mediante eje toma fuerza, se evidenció la caja en buen estado, sin falla.” (Negrilla fuera de texto)

- El Despacho de instancia desconoció, igualmente, que existe clara evidencia en el interrogatorio de parte surtido por el Sr. Jairo Herrera y en las pruebas técnicas aportadas por Renault, que **el vehículo TUVO un accidente anterior grave y que en el historial del vehículo están reportados claros problemas de lubricación del motor, así como la ausencia de mantenimientos de rigor durante casi 2 años**, lo cual es concordante con las declaraciones técnicas y el peritaje, que endilgan a problemas de mantenimiento y lubricación el daño que presentó el motor DIESEL, que se sabe bajo las reglas de la experiencia de público conocimiento, requiere un mayor cuidado.

Todo lo anterior fue omitido en la valoración de la prueba por parte del Despacho de Instancia, quien decidió CERCENAR el medio probatorio y acudir a una valoración FORMALISTA, en contravía de su propia decisión de haber ordenado este medio probatorio y de haberlo incorporado al proceso válidamente y en firme. Es notoria la contradicción existente, además, al haber hecho entonces todo el escenario de contradicción de la prueba, y haber requerido esta por reconocer que el tema es técnico, para luego quitarle el valor a todo lo que INGENIEROS MECÁNICOS expertos en el tema automotriz dijeron sobre esta materia.

La correcta apreciación de todo el material probatorio habría dado determinado la plena acreditación de:

- a) Que no se configuró ni estuvo probado el siniestro pues los hechos narrados por el asegurado NO son la causa de los daños del motor. Consecuentemente, ese presunto “accidente” que no tiene prueba distinta al dicho del asegurado, NO son la consecuencia de los daños del automotor. Incluso, se presentaron temporalmente en momento posterior en una subida a una montaña por parte del asegurado donde claramente hay mayor exigencia del motor.
- b) Que se acreditaron plenamente los supuestos de exclusión del riesgo contemplados en la póliza de seguro que nos ocupa.

En armonía con lo anterior, consideramos claro que debe revocarse la sentencia de instancia en cuando la condena a mí mandante.

1.4. De igual forma, subsidiariamente, desconoció el concepto de “culpa grave” y su inasegurabilidad por disposición legal expresa en materia de seguros, contenida en el artículo 1055 del C.Co., dejando de apreciar evidentes medios probatorios que daban cuenta de la existencia de tal tipo de conducta en cabeza de la parte demandante – asegurada.

En adición a lo expuesto, consideramos claro que en el presente caso, el Despacho no valoró apropiadamente el medio exceptivo relacionado con la CULPA GRAVE del asegurado en estos hechos, pues de haber valorado correctamente y de manera completa el material probatorio habría encontrado que:

- 1.4.1. De manera subsidiaria, es decir, de ratificarse por el Tribunal que los daños del vehículo se produjeron como resultado de un movimiento en la palanca de cambios

generada por la fuerza de los caninos transportados al interior de la cabina, de manera diáfana se encontraría configura la exclusión señalada en la cláusula 1.3.2. de las condiciones generales aplicables a la póliza, en concordancia con el artículo 1055 del Código de Comercio, que establece la inasegurabilidad de la **culpa grave**, debido a que los presuntos daños causados al vehículo son derivados de una conducta del demandante que se puede catalogar como tal.

Lo anterior por cuanto, Jairo Herrera Arango confiesa en los hechos primero y segundo del escrito de demanda que transportaba **tres caninos** sin aparente restricción a su desplazamiento al interior del vehículo, y cada uno pesaba aproximadamente entre **30 y 40 kg.** De estos dos hechos, resulta claro las mascotas se encontraban bajo custodia del demandante, sus actos u omisiones son imputables exclusivamente a él, y la responsabilidad por no haberlas transportado en guacales, sujetas por un collar a alguna parte fija del vehículo u otras similares que garantizaran una conducción segura, y que dejaran libre el tablero y los mandos del vehículo, recaen únicamente en él.

Dado que los animales no cuentan con la comprensión del riesgo en la actividad de conducción, y siendo el demandante quien ostenta la guarda de los perros y quien comanda la conducción, debió prever que era absolutamente inconveniente dar suficiente libertad a tres animales de peso considerable al interior de la camioneta, de tal modo que **pudieran interferir con la palanca de cambios, y con su actividad de manejo.**

En torno al transporte de mascotas, es importante recordar que como seres sintientes que son y para garantizar su protección, así como la de los demás pasajeros del vehículo, los mismos deben ser transportados en compañía de una persona distinta al conductor, y deben ser movilizados en guacales o con medidas que garanticen la seguridad vial.

Desde el punto de vista legal, podemos observar que el Código Nacional de Tránsito Terrestre establece como **sanciones por incumplimiento de las normas de tránsito**, las siguientes, en las que claramente incurrió el Sr. Herrera Arango:

ARTÍCULO 131. MULTAS. Los infractores de las normas de tránsito serán sancionados con la imposición de multas, de acuerdo con el tipo de infracción así:

- A.3. **Transportar personas o cosas que disminuyan su visibilidad e incomoden la conducción.**
- C.27 **Conducir un vehículo cuya carga o pasajeros obstruyan la visibilidad del conductor hacia el frente, atrás o costados, o impidan el control sobre el sistema de dirección, frenos o seguridad.** Además el vehículo será inmovilizado.
- C.36 Transportar carga en contenedores **sin los dispositivos especiales de sujeción.** El vehículo será inmovilizado.

En el caso concreto, de manera subsidiaria a los argumentos expuestos en los acápite anteriores, de aceptarse la versión narrada por el actor en la demanda, pese

a que la misma NO coincide con la informada por teléfono al momento de solicitar la asistencia de grúa, tendríamos que el Sr. Herrera Arango se encontraba transportando tres perros de gran tamaño y peso que incomodaban la conducción del vehículo asegurado, afectaban su visibilidad trasera, e impidieron el control efectivo del funcionamiento del vehículo, específicamente de la palanca de cambios, pues el propio demandante imputa a dicha imprudencia los daños del vehículo.

En punto a lo señalado, la Corte Constitucional ha señalado que los propietarios de animales domésticos debe observar las reglas que imponen las normas, entre ellas, la de utilizar instrumentos adecuados como guacales o contenedores para su transporte:

“No obstante, la misma prohibición no se encuentra necesaria respecto de los animales “domésticos”, especialmente aquellos que tienen la condición de mascotas, no sólo porque esta Corporación ha reconocido que su tenencia supone para el propietario el ejercicio de derechos fundamentales tales como la autonomía, el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad individual y familiar, sino porque, al acudir a las reflexiones efectuadas por la Corte Constitucional a propósito de la sentencia T-035 de 1997, **en la medida en que el propietario del animal doméstico observe las reglas que en rigor imponen las normas vigentes, esto es, que las mascotas sean trasladadas utilizando instrumentos adecuados como traíllas, bozales y guacales o contenedores debidamente destinados a su movilización (...)**”²

En consecuencia, en el proceso se demostró por confesión del propio demandante un actuar contrario a las normas de tránsito, negligente frente a la seguridad de las mascotas transportadas y del propio demandante, así como abiertamente imprudente, y que encaja en el parámetro de culpa grave reseñado por el artículo 63 del Código Civil, motivo por el cual se acredita la exclusión consignada en el literal a del artículo 1.3.2.

- 1.4.2. Es claro que el Sr. Jairo Herrera, pese a que confiesa que tuvo conocimiento de una falla en el funcionamiento del vehículo cuando sufrió el supuesto incidente con los perros, decidió de manera GRAVEMENTE NEGLIGENTE E IMPRUDENTE continuar con el uso del vehículo. El uso que continuó, además, se dio en un lugar con ALTA PENDIENTE – montaña como es un hecho notorio, con mayor exigencia para el motor. Ello configura, evidentemente CULPA GRAVE.
- 1.4.3. En adición a lo anterior, se demostró en el expediente con las certificaciones de los concesionarios MARCALI y RENAULT, así como la certificación que aportó el propio actor con la demanda, que el vehículo que nos ocupa:
 - Ya había tenido un choque importante en 2015, mayor al que él declaró con su interrogatorio, denotando declaración incompleta o inexacta de la verdad en el escenario judicial.

² Corte Constitucional, MP. Juan Carlos Henao Pérez, Sentencia C-439/11

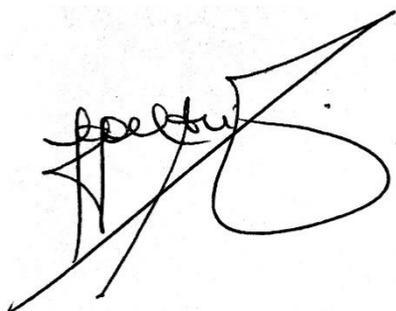
- Que el vehículo ya había tenido fugas de refrigerante y recalentamiento en el motor desde 2015.
- Que el vehículo NO tuvo mantenimientos ante taller alguno entre el año 2015 y septiembre de 2017, es decir, por espacio de prácticamente 2 años, lo cual es absolutamente relevante para este caso, pues denota CULPA GRAVE en tal aspecto o, por lo menos, un INDICIO CLARO en contra del demandante correlacionado con las causas mencionadas en todas las pruebas técnicas recaudadas en el proceso por falta de mantenimiento y lubricación del vehículo.

Todo lo anterior fue desconocido en la sentencia de instancia, entre otros yerros jurídicos y fácticos, pues tuvo por acreditado, sin estarlo, la cuantía del supuesto daño que nos ocupa, sin valorar apropiadamente las pruebas al respecto.

II. Petición

Por las razones expuestas, solicitamos respetuosamente al Honorable Tribunal Superior del Circuito de Bogotá D.C. – Sala Civil, en sede de segunda instancia, declare la prosperidad del presente recurso y, en consecuencia, **REVOQUE** todos los aspectos desfavorables a mí representada, contenidos en la sentencia de fecha 14 de enero de 2021 proferida por la Delegatura para funciones jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera y en su lugar declare probadas las excepciones de mérito propuestas en la contestación de la demanda por parte de **Axa Colpatria Seguros S.A.**, teniendo en cuenta los argumentos esgrimidos en el presente recurso.

Con todo respeto,



Rafael Alberto Ariza Vesga
C.C. N°. 79.952.462 de Bogotá
T.P. N° 112.914 del C. S. de la J

La sentencia proferida es claramente violatoria de la normativa comunitaria, toda vez que desconoce el derecho exclusivo y excluyente que les corresponde a los signos distintivos de mi representada por el solo hecho de estar registradas. Con una interpretación completamente equivocada sobre el alcance del derecho de las marcas de mi representada, el Juez decide que no se presenta ninguna violación, siendo palmario el hecho de que la Demandada sin autorización está usando el elemento distintivo de los signos de mi representada, como lo es la expresión **CAMBRIDGE**.

Vemos con preocupación que el Juez carece de la técnica para determinar si una expresión es genérica, aplica un concepto errado de marca débil y desfigura la facultad prohibitiva que surge de los registros existentes, al punto que deja a mi representada desprotegida, en una situación de facto que la afecta y le causa grandes perjuicios. Es de notar que fue el Estado Colombiano por medio de la Oficina Nacional Competente el que otorgó las marcas y hoy un Juez de la República sin fundamento, sin técnica y desconociendo una realidad del mercado, el que deja sin fuerza los efectos de los actos administrativos de concesión de las marcas.

El juez de primera instancia indica que el signo **COLEGIO NUEVO CAMBRIDGE** mixto es débil en la medida que al menos uno de los elementos que conforman la marca tiene en carácter de uso común, a saber, las expresiones “COLEGIO” (establecimiento educativo) y “CAMBRIDGE” que es genérica al corresponder a un Distrito de Inglaterra donde se ubica una de las Universidades más antiguas. Explicaremos en detalle el sentido de una expresión genérica para concluir que la expresión CAMBRIDGE no puede serlo aplicando los conceptos técnicos propios de esta materia. Es claro y evidente que la expresión CAMBRIDGE no es un servicio educativo comprendido en la clase 41 de Niza.

La conclusión errada sobre el carácter genérico de la expresión CAMBRIDGE llevó a que el Tribunal considerara que el cotejo marcario debía hacerse sin incluir la expresión CAMBRIDGE, esta ficticia forma de comparar los signos lo llevó a concluir que no hay semejanzas. Pero le preguntamos al Tribunal si tiene sentido el que la comparación de los signos **COLEGIO NUEVO CAMBRIDGE** y **CAMBRIDGE SCHOOL PAMPLONA**, se lleve a cabo excluyendo las expresiones COLEGIO, NUEVO, SCHOOL y CAMBRIDGE, es decir, el Juez se imagina que el consumidor cuando acude al mercado borra de su mente las expresiones que componen las marcas para luego compararlas. Le adelantamos al Tribunal que una de las marcas registradas por mi representada es la marca nominativa **COLEGIO NUEVO CAMBRIDGE** así que frente a esta marca no hay justificación para asumir que hay elementos distintivos que la diferencien del signo usado por el colegio infractor **CAMBRIDGE SCHOOL PAMPLONA**.

El juez se equivoca en concluir que lo distintivo en el signo demandado es la expresión PAMPLONA y una fachada, cuando lo cierto es que el consumidor al percibir estos signos inmediatamente reconocerá que tienen en común la expresión CAMBRIDGE, y que, por esa situación, puede haber una vinculación al mismo origen empresarial o una confusión al tratarse de dos sedes pertenecientes al mismo colegio. En este análisis la expresión

Pamplona no es distintiva pues se trata del nombre de un municipio colombiano que alude a una ubicación geográfica y en ese contexto lo que indica es que el colegio está ubicado en ese lugar. Es evidente que el signo demandado infringe los derechos de mi representada, por una absoluta reproducción del elemento central y distintivo CAMBRIDGE.

El Juez al comparar las marcas fracciona los signos cercenándolos y prácticamente quedándose sin elementos a comparar, excluye los elementos genéricos, según su criterio todas las denominaciones que conforman los signos de mi representada son genéricas, carecen de algún elemento distintivo y digno de ser comparado. Esta forma de comparar los signos carece de toda técnica jurídica y contravía los criterios propios de comparación de marcas. Llama la atención que el Juez, le da un efecto preponderante a los elementos gráficos y denominativos que incorpora el signo demandado, una fachada y la palabra Pamplona. Para el Juez estos elementos si son distintivos y son suficientes para que no surja la confusión. Desde cuando una fachada puede ser más importante para un consumidor que una expresión como CAMBRIDGE:

Elemento no distintivo según el Juez	Elementos distintivos según el Juez
CAMBRIDGE	 PAMPLONA

Como lo explicaremos, las reglas de comparación de las marcas, implica necesariamente centrarse en la expresión CAMBRIDGE como el elemento distintivo, por su vocación para fijarse en la mente y por llamar la atención del consumidor. La expresión CAMBRIDGE no es de carácter genérico, esto es un exabrupto y un desatino, que trae como consecuencia el debilitamiento y consecuente desaparición de los derechos existentes sobre los signos distintivos de mi representada. La expresión CAMBRIDGE en Colombia es una expresión fantástica o a lo sumo arbitraria respecto de los servicios de la clase 41 de Niza.

Vemos que el fundamento para indicar que la expresión CAMBRIDGE es genérica es que es "... un Distrito de Inglaterra donde se ubica una de las Universidades más antiguas". Si esto fuera cierto, la Superintendencia no hubiera otorgado la marca COLEGIO NUEVO CAMBRIDGE, registrada bajo el número de registro 498364 pues las palabras COLEGIO NUEVO son descriptivas y si la expresión CAMBRIDGE es genérica, entonces la marca esta desprovista de toda distintividad en el conjunto.

El pronunciamiento contenido en la sentencia omite considerar el efecto de uso exclusivo y excluyente que le corresponde a una marca registrada, dado que el Juez sin justificación inválida, limita y cercena un signo que lleva en el mercado 20 cumpliendo las funciones propias de un signo distintivo. El juez, amén de una tesis errada sobre el cotejo de marcas, desconoce el efecto de sendos actos administrativos que conceden las marcas de mi representada. Al respecto, el artículo 89 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo menciona que los actos administrativos en firme serán suficientes para que las autoridades, por si mismas, puedan ejecutarlos de inmediato.¹ La ejecución de un acto administrativo que otorgó un registro de marca consiste en que pueda ejercer la facultad prohibitiva contenida en el artículo 155 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina y en las normas sobre competencia desleal que resulten aplicables. Quiere ello decir, que el considerar que las marcas registradas por el **COLEGIO NUEVO CAMBRIDGE** no han sido infringidas, cuando a simple vista se aprecia la infracción, es desconocer el efecto que las normas le otorgan a una marca. Se trata de una doble violación normativa, transgresión a normas comunitarias y a normas de derecho interno.

A continuación, controvertiremos los argumentos expuestos por el Juez de primera instancia. El sentido de la argumentación busca determina que:

1. Los signos de mi representada son distintivos, para lo cual revisaremos el tema de la genericidad siendo el principal fundamento del Juez para descartar la infracción;
2. Una vez determinado el verdadero carácter distintivo de los signos de mi representada, llevaremos a cabo el cotejo marcario, usando para ello las reglas de comparación aplicables, que llevan a la conclusión que existe una semejanza en grado de confusión, y por ende la infracción marcaria y la comisión de los actos de competencia desleal relativos a confusión indirecta y reputación ajena;
3. Finalmente, resulta pertinente referirnos a la afirmación del Juez en torno al uso de la expresión CAMBRIDGE en el entorno de servicios escolares, para concluir que esta situación fue contrarrestada por mi representada, mediante el envío de cartas prejudiciales haciendo uso de su facultad prohibitiva, y con el ánimo de mantener la exclusividad a la que tiene derecho.

¹ “Artículo 89. Carácter ejecutorio de los actos expedidos por las autoridades. Salvo disposición legal en contrario, los actos en firme serán suficientes para que las autoridades, por si mismas, puedan ejecutarlos de inmediato. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (...)”

1.2. **ERROR DE DERECHO EN LO QUE HACE A LA ERRADA CALIFICACIÓN DE CARENCIA DE DISTINTIVIDAD DEL SIGNO CAMBRIDGE Y SU GENERICIDAD**

El juez de primera instancia parte de la siguiente definición de marca débil *“un signo que en su conjunto reúne todas las condiciones para ser considerada como una marca registrable pero que contiene uno o varios elementos que pueden ser considerados como genéricos.”* Menciona el Juez que el signo COLEGIO NUEVO CAMBRIDGE mixto es débil en la medida que al menos uno de los elementos que conforman la marca tiene en carácter de uso común a saber, las expresiones “COLEGIO” (establecimiento educativo) y **“CAMBRIDGE” que es genérica** al corresponder a un Distrito de Inglaterra donde se ubica una de las Universidades más antiguas. Concluye el Juez que la expresión CAMBRIDGE carece de distintividad.

Es importante recordar que la distintividad es la capacidad que *per se* posee un signo para que sea relacionado e individualizado en relación con un producto o servicio específico y con su origen empresarial. En este punto, es relevante mencionar que los signos de mi representada, las marcas **COLEGIO NUEVO CAMBRIDGE, NEW CAMBRIDGE SCHOOL** y **LITTLE CAMBRIDGE PRESCHOOL** y el nombre y enseña comercial **COLEGIO NUEVO CAMBRIDGE, NEW CAMBRIDGE SCHOOL** y **LITTLE CAMBRIDGE PRESCHOOL** tienen una distintividad derivada de varias situaciones:

1. Las marcas fueron otorgadas por la Superintendencia sin ningún reparo o restricción al derecho, fruto de un análisis de registrabilidad técnico y ceñido a la norma comunitaria, la Oficina Nacional Competente concluyó que estos signos no estaban incursos en alguna causal que impidiera su registro;
2. El carácter de la expresión CAMBRIDGE, su sentido semántico y su percepción por el consumidor lleva a que el mismo se considere como distintivo;
3. Al analizar los signos distintivos de mi representada, se puede apreciar que el elemento central que concentra la carga distintiva, que es recordado y que cumple la función de distinguir el servicio educativo de mi representada de otros del mercado, obviamente es la expresión CAMBRIDGE; y
4. El uso reiterado, ostensible y constante de los signos distintivos de mi representada, marcas, nombre y enseña comercial, permite concluir que se ha llevado a cabo cabalmente una función distintiva y diferenciadora, derivado de ello es su conocimiento y prestigio en el mercado, al punto que se ha acreditado que son signos notoriamente conocidos.

Como puede ver el Tribunal, desde un punto de vista objetivo de adquisición de derechos como la experiencia de uso e implantación en el mercado llevan a concluir que las marcas **COLEGIO NUEVO CAMBRIDGE, NEW CAMBRIDGE SCHOOL** y **LITTLE CAMBRIDGE PRESCHOOL** y el nombre y enseña comercial **COLEGIO NUEVO CAMBRIDGE, NEW**

CAMBRIDGE SCHOOL y **LITTLE CAMBRIDGE PRESCHOOL** son distintivos al cumplir con las funciones propias de los signos distintivos, identificar su origen empresarial y diferenciarlos de otros del mercado. Esta función distintiva, a diferencia de lo que afirma el Juez de primera instancia, no se deriva de las expresiones **PRESCHOOL**, **COLEGIO**, **NUEVO O NEW**, ni del tipo de letra o elementos gráficos, sino de la expresión **CAMBRIDGE**.

En este sentido, las marcas **COLEGIO NUEVO CAMBRIDGE**, **NEW CAMBRIDGE SCHOOL** y **LITTLE CAMBRIDGE PRESCHOOL** y el nombre y enseña comercial **COLEGIO NUEVO CAMBRIDGE**, **NEW CAMBRIDGE SCHOOL** y **LITTLE CAMBRIDGE PRESCHOOL** individualizan e identifican los servicios de educación de la clase 41 de Niza, y por supuesto, indican un origen empresarial asociado al colegio de mi representada. La distintividad de estos signos se debe a la incorporación del término **CAMBRIDGE**, término que el Juez injustificadamente descartó e invalidó por ser de carácter genérico.

i) El signo CAMBRIDGE no es genérico

Es necesario considerar que las expresiones genéricas carecen de distintividad y no tienen vocación para identificar productos o servicios en el mercado, al confundirse el mismo término que se usa para identificar el servicio mismo.

Antes de explicar el concepto de genericidad resulta útil traer a colación los antecedentes relacionados con el registro de las marcas de mi representada, dado que es una práctica de la Oficina Competente el hacer restricciones sobre el alcance de la protección cuando a ello hay lugar. Las marcas **NEW CAMBRIDGE SCHOOL**, **LITTLE CAMBRIDGE PRESCHOOL** y **COLEGIO NUEVO CAMBRIDGE** fueron otorgadas por medio de actos administrativos en los que no se hizo ninguna limitación al alcance del derecho. Quiere ello decir que la Superintendencia al analizar la registrabilidad de estas marcas consideró que eran distintivas, lo cual sin lugar a dudas incluye a la expresión **CAMBRIDGE** individualmente considerada. Para mayor referencia de lo anterior, nos permitimos citar la resolución 67288 del 11 de noviembre de 2014 que concedió la marca **COLEGIO NUEVO CAMBRIDGE** nominativa:

RESOLUCION No. 67228 (11/11/2014) Por la cual se concede un registro	
Radicación No 14 051902	
LA DIRECTORA DE SIGNOS DISTINTIVOS en ejercicio de sus facultades legales conferidas, y	
CONSIDERANDO	
Que la solicitud de Registro de la Marca que se tramita bajo el expediente indicado en la referencia, cumple con los requisitos previstos en las disposiciones legales vigentes.	
RESUELVE	
ARTICULO PRIMERO: Conceder el registro de :	
LA MARCA NOMINATIVA COLEGIO NUEVO CAMBRIDGE PARA DISTINGUIR CLASIFICACION DE NIZA EDICION NO. 10. PRODUCTOS Y SERVICIOS	
(41)SERVICIOS DE ADMINISTRACIÓN Y DIRECCIÓN DE SERVICIOS E INSTITUCIONES QUE PRESTAN SERVICIOS DE ACADEMIAS [EDUCACIÓN], COACHING [FORMACIÓN], ORGANIZACIÓN Y DIRECCIÓN DE COLOQUIOS, CONFERENCIAS, CONGRESOS, SEMINARIOS, SIMPOSIOS, TALLERES DE FORMACIÓN, EDUCACIÓN, SERVICIOS EDUCATIVOS, ENSEÑANZA PRESENCIAL Y A DISTANCIA, GUARDERÍAS [EDUCACIÓN], E INSTRUCCIÓN, QUE NO ESTÉN COMPRENDIDOS EN OTRAS CLASES: ACADEMIAS [EDUCACIÓN], COACHING [FORMACIÓN], ORGANIZACIÓN Y DIRECCIÓN DE COLOQUIOS, CONFERENCIAS, CONGRESOS, SEMINARIOS, SIMPOSIOS, TALLERES DE FORMACIÓN, EDUCACIÓN, SERVICIOS EDUCATIVOS, ENSEÑANZA PRESENCIAL Y A DISTANCIA, GUARDERÍAS [EDUCACIÓN], INSTRUCCIÓN.	
VIGENCIA	Diez (10) años contados a partir de la fecha de la presente resolución
TITULAR(ES)	COLEGIO NUEVO CAMBRIDGE SAS
DOMICILIO	FLORIDABLANCA, SANTANDER, COLOMBIA CALLE 32 # 22-140 CAÑAVERAL
ARTICULO SEGUNDO: Asignar número de certificado al derecho concedido, previa anotación en el Registro de la Propiedad Industrial.	

Por tanto, si la Oficina Nacional Competente no hizo ninguna aclaración o restricción sobre el carácter genérico de la expresión CAMBRIDGE, mal hizo el Juez en hacer esa interpretación.

Siguiendo con el análisis de genericidad, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, ha indicado lo siguiente en relación con las expresiones genéricas:

"El Tribunal, al referirse al signo genérico, ha sostenido que es aquel "que designa el género de los productos o servicios al que pertenece, como una de sus especies, el producto o servicio que se pretende distinguir por su intermedio. La falta de distintividad suficiente de tal signo, así como la circunstancia de que se otorgaría indebidamente a su titular un monopolio sobre un género de productos o servicios, impide su registro"².

Tanto la Doctrina como la Jurisprudencia han indicado que para saber si una expresión es genérica se debe hacer la pregunta ¿qué es el producto o servicio?,³ si sobreviene la respuesta de la expresión que se pretende como marca, se trata de un signo genérico. Esto quiere decir, que con esta técnica se determina si el signo como tal designa el género, la especie o al producto o servicio en sí mismo, en otras palabras, responde al nombre del producto o del servicio como tal.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina insistentemente ha sostenido lo anterior:

² Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 17-IP-2003. Marca: Tuberías y prefabricados de Concreto Tubesa S.A.

³ Metke Méndez, Ricardo. "Lecciones de Propiedad Industrial". 2001. Pág. 73.

“(…) para fijar la genericidad de los signos es necesario preguntarse ¿Qué es?, frente al producto o servicio de que se trata”, por cuanto si la respuesta emerge exclusivamente de la denominación genérica, ésta no será lo suficientemente distintiva en relación a dicho producto o servicio, no pudiendo, por tanto, ser registrada como marca.” (Proceso 7-IP-2001, marca: LASER, publicado en la Gaceta Oficial N° 661, de 11 de abril de 2001 y reiterado en el Proceso 30-IP-2013).

En este orden de ideas, coincidimos con el Juez en cuanto que para determinar la genericidad de un signo se debe hacer la pregunta ¿Qué es?, pero lo que no compartimos es que la hacerse esta pregunta frente al caso concreto surja la respuesta CAMBRIDGE. Veamos el desarrollo de este cuestionamiento. La pregunta que debe responder el Tribunal es si:

¿La expresión Cambridge es genérica para servicios educativos o escolares?

Para contestar la siguiente pregunta es necesario partir de que la distintividad o genericidad no es un elemento que se analice en abstracto, sino que se deben tener en cuenta los productos y/o servicios que identifica. En palabras del Tribunal:

“La fuerza distintiva de la marca implica que el signo, por sí mismo, debe tener la suficiente capacidad para individualizar los bienes sobre los cuales se la coloca”⁴.

“Al respecto, y a manera de ilustración, se transcriben criterios del Tribunal de Justicia Europeo: ‘En la jurisprudencia europea se destaca que el carácter distintivo de una marca ha de apreciarse, por una parte, en relación con los productos o servicios para los que se ha solicitado el registro y, por otra, en relación con la percepción del público al que va dirigida, y que está formado por el consumidor de dichos productos o servicios’”⁵.

En ese sentido, debe considerarse que los signos de mi representada identifican servicios educativos. Al vincular el término **CAMBRIDGE** con los servicios educativos, y al hacernos la pregunta ¿Qué es?, de ninguna manera sobreviene el nombre o genero de los servicios solicitados. Surgen respuestas como “educación”, “formación”, “enseñanza”, pero no **CAMBRIDGE**. Para corroborar lo anterior es pertinente enlistar el amplio catálogo de los servicios de clase 41 de mi representada para corroborar si alguno de ellos tiene el nombre CAMBRIDGE:

⁴ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 100-IP-2005.

⁵ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 11IP-2009.

Marca	Reproducción/tipo	Clase	Productos	Certificado	Vigencia
NEW CAMBRIDGE SCHOOL		41	Servicios de administración y dirección de servicios e instituciones que prestan servicios de academias [educación], coaching [formación], organización y dirección de coloquios, conferencias, congresos, seminarios, simposios, talleres de formación, educación, servicios educativos, enseñanza presencial y a distancia, guarderías [educación], e instrucción, que no estén comprendidos en otras clases; academias [educación]; coaching [formación]; organización y dirección de coloquios, conferencias, congresos, seminarios, simposios, talleres de formación; educación; servicios educativos; enseñanza presencial y a distancia; guarderías [educación]; instrucción.	494659	29/08/2024
LITTLE CAMBRIDGE PRESCHOOL		41	Servicios de educación, guarderías, actividades recreativas.	416675	28/01/2021
COLEGIO NUEVO CAMBRIDGE	Nominativa	41	Servicios de administración y dirección de servicios e instituciones que prestan servicios de academias [educación], coaching [formación], organización y dirección de coloquios, conferencias, congresos, seminarios, simposios, talleres de formación, educación, servicios educativos, enseñanza presencial y a distancia, guarderías [educación], e instrucción, que no estén comprendidos en otras clases; academias [educación]; coaching [formación]; organización y dirección de coloquios, conferencias, congresos, seminarios, simposios, talleres de formación; educación; servicios educativos; enseñanza presencial y a distancia; guarderías [educación]; instrucción.	498364	11/11/2024
COLEGIO NUEVO CAMBRIDGE		41	Educación.	330513	23/04/2017

Por eso es que el Juez se equivoca en su sentencia en indicar que la expresión CAMBRIDGE, sí es una expresión genérica. Claramente, el término CAMBRIDGE no corresponde al nombre ninguno de los servicios mencionados, dado que se trata de una expresión extranjera que alude a un lugar geográfico, como se explica a continuación.

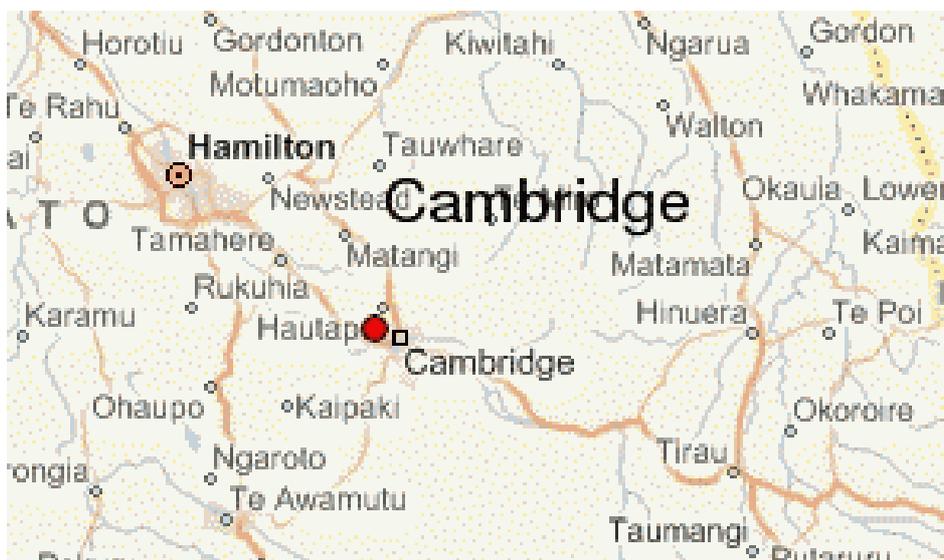
ii) Naturaleza y carácter del signo distintivo CAMBRIDGE

Con el fin de entender el verdadero carácter de la expresión CAMBRIDGE es preciso tener presente que los términos en idioma extranjero son considerados por la jurisprudencia andina como términos de fantasía, a menos que estos se hayan convertido en términos de conocimiento general. Al respecto, el alto Tribunal Andino se ha pronunciado de forma constante en los siguientes términos:

“Los signos formados por una o más palabras en idioma extranjero que no sean parte del conocimiento común, pueden ser considerados signos de fantasía y, en consecuencia, proceder su registro como marcas.”⁶

En el presente caso, la expresión **CAMBRIDGE** debería ser considerada como un término de fantasía considerando que en el año 2006 cuando se registró la primera marca la penetración del idioma inglés en nuestro mercado era menor que ahora y era mucho más baja en el año de 1994 cuando se inició el uso del nombre y enseña comercial.

En todo caso y previendo que el Tribunal le otorgue un significado a la expresión CAMBRIDGE, este sería el de una ciudad inglesa capital del condado de CAMBRIDGESHIRE, a orillas del río CAM (A 80 km de Londres):



A partir del significado mencionado, los signos distintivos **COLEGIO NUEVO CAMBRIDGE**, **NEW CAMBRIDGE SCHOOL** y **LITTLE CAMBRIDGE PRESCHOOL** deberían ser considerados como signos arbitrarios en la medida en que la expresión “CAMBRIDGE” tiene un significado conocido (alude a un lugar geográfico) pero que no se encuentra vinculado de manera directa con los servicios que identifica. Al respecto, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha manifestado que los signos distintivos arbitrarios no tienen ninguna relación entre el concepto que proyecta y los servicios que identifica en el mercado:

“Las marcas denominativas, llamadas también nominales o verbales, utilizan expresiones acústicas o fonéticas, formadas por una o varias letras, palabras o números, individual o conjuntamente estructurados, que integran un conjunto o un todo pronunciable, que puede

⁶ Proceso 117-IP-2016, Marca: “MAC POLLO”.

o no tener significado conceptual. Este tipo de marcas se subdividen en: *sugestivas que son las que tienen una connotación conceptual que evoca ciertas cualidades o funciones del producto identificado por la marca; y, **arbitrarias que no manifiestan conexión alguna entre su significado y la naturaleza, cualidades y funciones del producto que va a identificar***⁷ (Resaltado fuera del texto original).

Con esto en mente y al ser la expresión “**CAMBRIDGE**” un término anglosajón, si bien el mismo alude a un sitio geográfico determinado, su uso en el mercado es de carácter distintivo, dado que no corresponde a un término genérico o descriptivo, y no tienen un significado en Colombia que vicie su carácter. Por lo anterior, y en términos marcarios la expresión “**CAMBRIDGE**” actúa como de naturaleza arbitraria y/o incluso fantasiosa, a partir del cual el consumidor reconoce un origen empresarial de servicios educativos, lo que conlleva al reconocimiento que el **COLEGIO NUEVO CAMBRIDGE** ha adquirido a nivel nacional a lo largo de los años.

En ese sentido, la única asociación real que transmiten la expresión “**CAMBRIDGE**” asociada a servicios de educación es la de que es una expresión en otro idioma que da cuenta del carácter bilingüe de la institución educativa.

En ese sentido, no tiene fundamento la afirmación del Juez sobre que la expresión “**CAMBRIDGE**” es genérica al ser un “al corresponder a un Distrito de Inglaterra donde se ubica una de las Universidades más antiguas.”

Esta argumentación implica un desconocimiento del mercado y del tipo de consumidor de los servicios, ya que un consumidor de servicios educativos ante la expresión “**CAMBRIDGE**” no pensaría que es genérica.

Al respecto, el Tribunal debe partir de la base que el consumidor de los servicios educativos es un consumidor selectivo o especializado, dado el grado de atención, instrucción y cuidado con el que elige el servicio. Este tipo de consumidor ha sido definido por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina así: ⁸

“Criterio del consumidor selectivo: Se basa en un consumidor más informado y atento que el consumidor medio, ya que elige los bienes y servicios bajo ciertos parámetros específicos de calidad, posicionamiento o estatus. Es un consumidor que se ha instruido claramente de las características y cualidades de los productos o servicios que desea adquirir. Sabe detalles estéticos, de calidad y funcionamiento que la media de la población no sabrá a. Por ejemplo, el consumidor de servicios

⁷ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 9-IP-2011

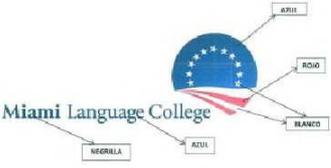
⁸ Comunidad Andina, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, PROCESO 347-IP-2017, Interpretación Prejudicial, de 11 de mayo de 2018, [consultado 3 de diciembre de 2018]. Disponible en: <http://www.comunidadadnita.org/>

de restaurantes gourmet es consciente del servicio que prestan, pues sabe datos de su atención al cliente, costo de los platos, manejo publicitario, promociones, etc.

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

Por tanto, se trata de un consumidor que no llegará a conclusiones ilógicas como lo supone el Juez, pues entiende el sentido o alcance del uso de los nombres de los lugares extranjero en asocio a los servicios educativos. En respaldo de a este último argumento, bien puede decirse que existe un gran número de colegios colombianos que ofrecen dentro de su Proyecto Pedagógico la enseñanza intensiva o nativa del idioma inglés, o de otra lengua, los cuales suelen adoptar como nombre comercial o marca alguno(a) que aluda directa o indirectamente a un sustantivo propio vinculable con los Estados Unidos, el Reino Unido o en general, con algún país que tenga por lengua oficial el inglés u otro idioma. Ejemplo de ellos son los siguientes:

MARCA	TIPO	No. DE REGISTRO
<p>THE ENGLISH SCHOOL</p> 	Mixta	485513
<p>COLEGIO ROCHESTER</p> 	Mixta	13935

MARCA	TIPO	No. DE REGISTRO
<p>CMS MICHIGAN SCHOOL</p> 	Mixta	494731
<p>GIMNASIO VERMONT</p> 	Mixta	393750
<p>MIAMI LENGUAJE COLLEGE</p> 	Mixta	491207
<p>BRITISH COLLEGE – BC</p> 	Mixta	561765

MARCA	TIPO	No. DE REGISTRO
<p>COLEGIO NUEVA INGLATERRA</p> 	Mixta	288797
<p>COLEGIO CANADIENSE</p> 	Mixta	309254
<p>COLEGIO ALEMÁN</p> 	Mixta	584763
<p>CPI COLEGIO PHILADELPHIA INTERNACIONAL</p> 	Mixta	598890
<p>COLEGIO NUEVA YORK</p> 	Mixta	448231

MARCA	TIPO	No. DE REGISTRO

Por tanto, queda acreditado que es una práctica del sector educativo colombiano, el usar expresiones extranjeras para identificar colegios. Este uso generalizado confirma que existe una total vocación de las expresiones extranjeras consistentes en lugares geográficos para identificar proyectos educativos en Colombia. Con el anterior análisis queda claro que pese a que la expresión “**CAMBRIDGE**” aluda a un lugar geográfico extranjero, esta situación no genera que dicha expresión sea genérica. En caso que el Tribunal continúe con esta tesis, estaría afectando a un sinnúmero de colegios que se identifican con nombres de ciudades extranjeras, la mayoría para hacer referencia al bilingüismo. Es de notar que de seguirse con esta tesis se propiciaría el debilitamiento y posterior desaparición de las marcas de colegios que incorporan nombres de ciudades extranjera, pues al igual que CAMBRIDGE deberían ser consideradas como expresiones genéricas. En efecto, si un tercero diferente a su titular solicitara o usara la marca VERMONT, NUEVA YORK o ROCHESTER con un elemento distintivo sea escudo o palabra, la autoridad debería permitirlo, dado que los nombres geográficos no son apropiables en exclusiva al ser considerados genéricos.

Por tanto, le pedimos al Tribunal que reconsidere que la expresión “**CAMBRIDGE**” es genérica en tanto el consumidor es razonable y sabe que:

- No corresponde al nombre de un servicio de la clase 41.
- Los usuarios de los servicios educativos saben que las expresiones anglosajonas se usan en este sector no para indicar un origen geográfico sino para hacer referencia al bilingüismo.
- El consumidor de servicios educativos es un consumidor calificado que realiza una investigación profunda sobre la institución educativa en la que va a matricular a sus hijos y entiende el alcance del uso de las expresiones extranjera en asocio con los servicios educativos.
- En ese sentido, la expresión “**CAMBRIDGE**” no es genérica es de carácter fantasioso o a lo sumo es arbitraria. El consumidor medio colombiano no le asigna a esta expresión un sentido geográfico.

Para concluir, la expresión “**CAMBRIDGE**” no es genérica, de forma que el Tribunal no puede ampararse en esta argumentación, para obviar el análisis comparativo que debe

llevarse a cabo respecto de la marca, nombre y enseña comercial **COLEGIO NUEVO CAMBRIDGE, NEW CAMBRIDGE SCHOOL y LITTLE CAMBRIDGE PRESCHOOL**. Por tanto, muy comedidamente le solicitamos al Tribunal que lleve a cabo la comparación marcaria incluyendo la expresión "**CAMBRIDGE**", pues el elemento en común "**CAMBRIDGE**" genera infracción y

iii) **Comparación de los Signos: -Semejanzas en Grado de Confusión.-**

Infortunadamente, el Juez llevó a cabo una comparación errada, al partir de la conclusión de que la expresión CAMBRIDGE era genérica. En efecto, afirma el Juez que EL COLEGIO NUEVO CAMBRIDGE "... no puede reivindicar un derecho de exclusiva frente a la expresión CAMBRIDGE aisladamente considerada teniendo en cuenta el principio que señala que debe analizarse en conjunto la marca..."

El Juez concluye que el COLEGIO NUEVO CAMBRIDGE no tiene la facultad de evitar que un competidor use la expresión CAMBRIDGE. "Los derechos de propiedad industrial que ostenta la demandante sobre sus marcas no la facultan para impedir que otros participantes en el mercado empleen la expresión CAMBRIDGE para identificar servicios educativos con énfasis en el idioma inglés. Así las cosas, el derecho de propiedad industrial que ostenta la demandante la habilita para únicamente exigir que otros participantes en el mercado incluyan otros elementos diferenciables que atribuyan distintividad frente al conjunto marcario del accionante."

La conclusión errada sobre el carácter genérico de la expresión CAMBRIDGE llevó a que el Tribunal considerara que el cotejo marcario debía hacerse sin incluir la expresión CAMBRIDGE, esta ficticia forma de comparar los signos lo llevó a concluir que no hay semejanzas. Pero le preguntamos al Tribunal si tiene sentido el que la comparación de los signos **COLEGIO NUEVO CAMBRIDGE y CAMBRIDGE SCHOOL PAMPLONA**, se lleve a cabo excluyendo las expresiones COLEGIO, NUEVO, SCHOOL y CAMBRIDGE, es decir, el Juez se imagina que el consumidor cuando acude al mercado borra de su mente las expresiones que componen las marcas para luego compararlas.

Luego de concluir que la expresión "**CAMBRIDGE**" no es genérica el Tribunal no puede ampararse en esta argumentación para obviar el análisis comparativo que debe llevarse a cabo respecto de la marca, nombre y enseña comercial **COLEGIO NUEVO CAMBRIDGE, NEW CAMBRIDGE SCHOOL y LITTLE CAMBRIDGE PRESCHOOL**. Por tanto, muy comedidamente le solicitamos al Tribunal que lleve a cabo la comparación marcaria incluyendo la expresión "**CAMBRIDGE**", pues el elemento en común "**CAMBRIDGE**" genera infracción y los actos de competencia desleal endilgados.

Hacemos especial énfasis en este punto en tanto, como puede evidenciar el Tribunal, el signo utilizado por la Demandada **CLARA RINCÓN DE MELO** en sus establecimientos reproduce de manera exacta los Signos Distintivos del **COLEGIO NUEVO CAMBRIDGE**,

uso este que de manera incontrovertible agudiza y atiza la posibilidad de que los consumidores asocien a la Demandante con la Demandada:

SIGNOS DISTINTIVOS PREVIAMENTE PROTEGIDOS	SIGNOS DISTINTIVOS INFRACTOR
 <p>COLEGIO NUEVO CAMBRIDGE</p>	 <p>CAMBRIDGE SCHOOL · PAMPLONA · COLOMBIA ·</p>

Es pertinente seguir el siguiente criterio de comparación, basado en que cuando una marca se compone de términos genéricos o descriptivos, estos deben ser excluidos de la comparación, debido a que son inapropiables y pertenecen al dominio público, así lo ha sostenido el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina:

“Al realizar el examen comparativo de marcas que se encuentran conformadas por expresiones genéricas, éstas no deben ser consideradas a efecto de determinar si existe confusión, siendo ésta una circunstancia de excepción a la regla de que el cotejo de las marcas debe realizarse atendiendo a una simple visión de conjunto de los signos que se enfrentan, donde el todo prevalece sobre sus componentes.

“El derecho de uso exclusivo del que goza el titular de la marca, descarta que palabras genéricas y, por lo tanto, pertenecientes al dominio público puedan ser utilizadas

únicamente por un titular marcario, ya que al ser esos vocablos usuales, no se puede impedir que el público en general los siga utilizando”⁹.

En el presente caso, debe excluirse de la comparación los términos genéricos y descriptivos como lo son, COLEGIO, NUEVO, SCHOOOL, NEW y LITTLE, quiere ello decir que el elemento comparable en este caso es la expresión “**CAMBRIDGE**”, por ser el elemento distintivo y realmente apropiable. Queda más que sustentado que no hay lugar a excluir la expresión **CAMBRIDGE**. Por tanto, resulta claro que, desde el aspecto **visual, ortográfico y fonético**, los signos en conflicto son semejantes al coincidir en la expresión “**CAMBRIDGE**”, de tal modo que la primera impresión o primer impacto que generan en los consumidores es que son signos que pertenecen al mismo empresario y que tienen el mismo origen empresarial.

- **Semejanzas visuales y ortográficas:**

Respecto de las similitudes ortográficas, precisó el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en interpretación prejudicial No. 95 IP-2003:

*“La similitud ortográfica se presenta **por la coincidencia de letras entre los segmentos a compararse, en los cuales la secuencia de vocales, la longitud de la expresión, el número de sílabas, las raíces**, o las terminaciones comunes, pueden inducir en mayor o menor grado a que la confusión sea más palpable u obvia.”* (Resaltado nuestro)

Adicionalmente, es importante citar un criterio claro y estable que a lo largo de los años ha tenido la Superintendencia de Industria y Comercio, autoridad experta en la materia, el cual establece que no es permitido reproducir parte de un signo distintivo previamente protegido:

“En efecto, los signos en estudio apreciados en conjunto de manera sucesiva y no simultánea, presentan similitudes susceptibles de generar confusión o de inducir a error al público consumidor, pues el signo solicitado reproduce en su totalidad la marca registrada y aunque agrega la expresión TRESOR y una caligrafía especial, dichos elementos no logran enervar las similitudes existentes en el caso concreto, máxime si se tiene que la expresión DORE no evoca concepto alguno y por tanto constituye una expresión fantasmiosa, como se observa al analizar las expresiones registradas en la clase 30 internacional...”¹⁰

Al extraer el elemento relevante de los signos en comparación se encuentra que es la expresión “**CAMBRIDGE**” la cual está presente en los signos distintivos de mi representada como en el signo infractor:

⁹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 84-IP-2007.

¹⁰ Superintendencia de Industria y Comercio. Dirección de Signos Distintivos. Resolución 43956 del 24 de Agosto de 2009.

**CAMBRIDGE SCHOOL PAMPLONA
CAMBRIDGE SCHOOL
COLEGIO NUEVO CAMBRIDGE
NEW CAMBRIDGE SCHOOL
LITTLE CAMBRIDGE PRESCHOOL**

Vale la pena aclarar que a diferencia de lo que expresó el Juez, la expresión PAMPLONA no debe ser considerada como un elemento distintivo, tampoco lo es la fachada, pues lo cierto es que el consumidor al percibir estos signos inmediatamente reconocerá que tienen en común la expresión CAMBRIDGE, y que, por esa situación, puede haber una vinculación al mismo origen empresarial o una confusión al tratarse de dos sedes pertenecientes al mismo colegio.

De otra parte, omitió el Juez considerar, tal como se acreditó en la pruebas que la fachada del colegio infractor no tiene la expresión Pamplona, con lo cual la confusión es mucho mayor:



Por tanto, en el presente caso hay una reproducción total, objetiva y evidente del elemento predominante de los Signos Distintivos del **COLEGIO NUEVO CAMBRIDGE**. Ante la identidad del elemento denominativo "**CAMBRIDGE**" los signos serán confundidos por el

consumidor, incitando al consumidor a pensar que estos signos tienen el mismo origen empresarial o una vinculación académica.

- **Semejanzas conceptuales:**

En el presente caso además de las semejanzas visuales y ortográficas se evidencia semejanzas conceptuales entre el signo infractor y los Signos Distintivos notoriamente conocidos del **COLEGIO NUEVO CAMBRIDGE**, aspecto que ha sido considerado como aspecto primario que genera confusión.

En efecto, si las expresiones que componen los signos tienen un significado, esa será su dimensión característica en procura de que el consumidor fije el signo en su mente, lo recuerde y desde luego cuando el concepto es el mismo se convierte en factor de confusión cuando se trata de elegir entre uno y otro signo.

Así lo ha sostenido el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. En el Proceso 20-IP-1995. "Fernández-Novoa sobre el punto expresa:

"...Mantengo que el significado de la denominación constitutiva de la marca desempeña un papel preponderante en el proceso de fijar la impresión general de la marca denominativa. Pienso, en efecto, que en la hipótesis de marcas denominativas arbitrarias y sugestivas, la dimensión más característica de la marca es su significado...", ("Fundamentos de Derecho de Marcas", Editorial Montecorvo, S.A, Madrid, 1984, pág. 219")"

Así las cosas, el signo infractor CAMBRIDGE SCHOOL PAMPLONA y los signos distintivos, marca, nombre y enseña comercial **COLEGIO NUEVO CAMBRIDGE**, **NEW CAMBRIDGE SCHOOL** y **LITTLE CAMBRIDGE PRESCHOOL** al coincidir en la expresión "CAMBRIDGE" aluden al mismo concepto, el cual es un distrito metropolitano conocido por ser una ciudad universitaria inglesa muy antigua.

Por tanto, el hecho que el signo infractor CAMBRIDGE SCHOOL PAMPLONA y los signos distintivos, marca, nombre y enseña comercial **COLEGIO NUEVO CAMBRIDGE**, **NEW CAMBRIDGE SCHOOL** y **LITTLE CAMBRIDGE PRESCHOOL** en conflicto representen la misma idea o una equivalente es suficiente para que el consumidor se confunda, en tanto que transmiten la idea de un servicio que podría pensarse, proviene en últimas de la misma empresa o institución educativa.

- **Semejanzas Fonéticas**

Para determinar las semejanzas de tipo fonético vale la pena traer a colación las siguientes directrices que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha establecido:

"La similitud fonética se da entre signos que al ser pronunciados tienen un sonido similar. La determinación de tal similitud depende, entre otros elementos, de la identidad en la sílaba tónica o de la coincidencia en las raíces o terminaciones. Sin embargo, deben tomarse en

cuenta las particularidades de cada caso, pues la percepción por los consumidores de las letras que integran los signos, al ser pronunciadas, variará según su estructura gráfica y fonética”¹¹.

Sobre este particular, es preciso anotar como primera medida que, en términos fonéticos, la expresión solicitada **CAMBRIDGE** es altamente similar a los signos distintivos **COLEGIO NUEVO CAMBRIDGE, NEW CAMBRIDGE SCHOOL** y **LITTLE CAMBRIDGE PRESCHOOL** puesto que coinciden en el elemento apropiable y distintivo que es “**CAMBRIDGE**”. Estos signos en el mercado serán solicitados por el elemento más importante y el de mayor recordación que es la expresión “**CAMBRIDGE**”.

A manera de epílogo se puede decir entonces que los usos que la Demandada viene dándole a la expresión infractora “**CAMBRIDGE**” en el mercado colombiano, constituye una clara infracción objetiva a los registros válidamente obtenidos por mi representada actualmente vigentes para distinguir productos de la Clase 41 de la Clasificación Internacional de Niza y a los derechos originados por el uso del nombre y de la enseña y nombre comercial **COLEGIO NUEVO CAMBRIDGE, NEW CAMBRIDGE SCHOOL** y **LITTLE CAMBRIDGE PRESCHOOL** asociados a la prestación de servicios educativos, en tanto se configuran como una reproducción de dichos signos distintivos y de manera concurrente, se materializan actos de Competencia Desleal consistentes en la configuración de Confusión Indirecta por Asociación así como de Explotación de la Reputación Ajena, derivada propiamente del uso no autorizado de la expresión “**CAMBRIDGE**”.

Por tanto, el hecho que el signo solicitado **CAMBRIDGE** y los signos distintivos, marca, nombre y enseña comercial **COLEGIO NUEVO CAMBRIDGE, NEW CAMBRIDGE SCHOOL** y **LITTLE CAMBRIDGE PRESCHOOL** tengan estas semejanzas es suficiente para que el consumidor se confunda, en tanto que transmiten la idea de un servicio que podría pensarse, proviene en últimas de la misma empresa o institución educativa.

Así las cosas, encontramos en el caso objeto de estudio, un flagrante e indiscutible riesgo de asociación ante la posibilidad que tiene el consumidor, de tomar el servicio de la Demandada **CLARA RINCÓN DE MELO** pensando que éste es ofrecido por el **COLEGIO NUEVO CAMBRIDGE**, el mensaje que se ofrece al consumidor es como si el Colegio de la Demandada fuera una sucursal más de las existentes en Floridablanca y Bucaramanga.

Adicionalmente, el sector comercial o público objetivo al que se dirigen los Signos Distintivos del **COLEGIO NUEVO CAMBRIDGE** es el de educación, el cual es el mismo sector de servicios donde incursiona la Demandada **CLARA RINCÓN DE MELO**.

Finalmente, queremos hacer ver al Tribunal que la posición seguida por parte del Juez, además de ser inconveniente y atentatoria de los derechos de mi representada es un hecho

¹¹ Tribunal de Justicia de la CAN, Proceso 149-IP-2009.

que afecta a la generalidad de las marcas de los Colegios que consisten en lugares geográficos. Para lo anterior, queremos traer a colación un caso de un nombre de lugar geográfico en el que la Superintendencia aplicó la causal de irregistrabilidad, esto para decir que esa debe ser la posición en torno a los lugares geográficos que identifican colegios. En esa oportunidad la Superintendencia consideró la fuerza distintiva y la exclusión del signo VERMONT, al punto que fue considerado como fundamento de la negación:

“Esta dirección encuentra que los signos cotejados, analizados en conjunto de manera sucesiva y no simultánea, presentan similitudes susceptibles de generar riesgo de confusión o de inducir a error al público consumidor. En efecto se verificó que el signo solicitado reproduce en su totalidad la parte relevante del signo antecedente, esto es la expresión arbitraria “Vermont” que goza de la mayor fuerza distintiva, sin que se tenga en cuenta los elementos gráficos, toda vez que estos no le dan la distintividad necesaria para su registro y por el contrario podría confundir al consumidor que puede considerar que es una innovación de la marca que ya conoce.

“De acuerdo a lo anterior, se debe precisar que no se tienen en cuenta las expresiones “gimnasio” y “school porque son inapropiables respecto de los servicios que pretenden o distinguen los signos cotejados.”¹²

En los mismos términos, el Delegado para la Propiedad Industrial confirmó la decisión de negar la marca VERMONT por confundibilidad con la marca VERMONT:

“Esta Delegatura encuentra que los signos analizados son similarmente confundibles. En efecto, al apreciarlos en conjunto se observa que son ortográfica y fonéticamente similares, comoquiera que el signo solicitado reproduce la parte relevante del signo registrado VERMONT, y aunque los signos enfrentados contienen algunos elementos nominativos y gráficos adicionales, no logra evitar el riesgo de confusión y de asociación dentro del público consumidor.”¹³

¹² Resolución 20938 del 26 de diciembre de 2017, expediente 16083828, trámite de registro de la marca VERMONT.

¹³ Resolución 75967 del 8 de octubre de 2018, expediente 16083828, trámite de registro de la marca VERMONT.

1.3. **ERROR DE APRECIACIÓN PROBATORIA CONSISTENTE EN HABERSE SUSTRÁIDO EL DESPACHO DE CONSIDERAR LOS ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS QUE DAN CUENTA DE LA PROTECCIÓN CONTINUA DE LAS MARCAS DEL COLEGIO NUEVO CAMBRIDGE EN LO QUE HACE A LA CONFIGURACIÓN DE LOS ACTOS DE INFRACCIÓN Y DE COMPETENCIA DESLEAL.**

Nos permitimos mencionar al Tribunal que la Superintendencia de Industria y Comercio ha emitido varios actos administrativos en los que de forma oficiosa ha protegido las marcas de mi representada, indicando que el solo hecho que se reproduzca la expresión CAMBRIDGE es suficiente para que se nieguen los registros solicitados, sin darle valor a las demás expresiones que se incluyeron.

Veamos las resoluciones No. 64870 del 31 de octubre de 2013 y 61784 del 15 de octubre de 2014 proferidas en el trámite de registro de la marca CAMBRIDGE solicitada por of the University of Cambridge en la clase 41 de Niza, en las cuales la Superintendencia de Industria y Comercio protegió oficiosamente las marcas registradas por mi representada:¹⁴

La Directora de Signos Distintivos expresó:

“En efecto, como bien se puede verificar, el signo solicitado reproduce en su totalidad la estructura gramatical y ortográfica del elemento esencial de las marcas previamente registradas, y pese a la variación en el elemento denominativo y gráfico no existe una clara diferenciación con el signo registrado, toda vez, que hay similitud fonética y gramatical en el componente denominativo de los signos, esto es, las expresiones CAMBRIDGE ENGLISH / COLEGIO NUEVO CABRIDGE /LITTLE CAMBBRIDGE PRESCHOOL. Por lo anterior, puede ocurrir que los usuarios creen que están adquiriendo servicios que comparen el mismo origen y por obvias razones las mismas características, especialmente su calidad, cuando en realidad se trata de empresarios distintos.”

Al fallar el recurso de apelación el Delegado expresó:

“Para esta Delegatura es evidente que el signo solicitado podría generar confusión, tanto directa como indirecta, en los consumidores, por motivo de la semejanza por reproducción parcial entre CAMBRIDGE ENGLISH, con los signos registrados COLEGIO NUEVO CAMBRIDGE/ LITTLE CA, BRIDGE PRESCHOOL, ya que son ortográfica y fonéticamente similares, por reproducción parcial, sin que los elementos adicionales que aporta el signo solicitado a registro, sean suficientes para que tenga la fuerza distintiva necesaria para que proceda su registro ante esta Superintendencia.”

De igual manera, la Dirección de Signos Distintivos por medio de la Resolución 14535 del 28 de febrero de 2014 negó oficiosamente la marca CAMBRIDGE ENGLISH LANGUAGE

¹⁴ Tramite de Registro marca CAMBRIDGE en la clase 16 y 41, expediente 12 167017

ASSESSMENT a The Chancellor, Masters and Scholars of the University of Cambridge con base en los derechos marcarios de mi representada: ¹⁵

“En el caso concreto, el signo solicitado es una marca compuesta que incorpora el elemento sobre el cual pesa la distintividad de las marcas previamente registradas, la anterior coincidencia dentro del mercado generaría confusión indirecta, pues sin duda alguna la presencia del término CAMBRIDGE en los signos distintivos comparados, el cual ocupa un lugar determinante dentro del conjunto, causal irremediablemente en la mente del consumidor una idea de asociación entre los productos y servicios que se distinguen con una y otra marca, creyendo erróneamente que son prestados por un mismo ente y que quizás la adición de la frase “ENGLISH LANGUAGE ASSESSMENT” y la supresión de los términos COLEGIOS NUE Y LITTLE PRESCHOOL son parte de la innovación hecha a las marcas originales, es decir, se genera la denominada confusión indirecta.”

En el año 2015, nuevamente la Dirección de Signos Distintivos oficiosamente protegió las marcas registradas por mi representada, al expedir la Resolución 92704 del 27 de noviembre de 2015 mediante la cual se negó la marca THE CAMBRIDGE ENGLISH INSTITUTE El Verdadero Ingles Británico solicitada por TREVOR EDWIN. ¹⁶

“En efecto, como bien se puede verificar, el elemento predominante en los signos en controversias es el denominativo, por lo tanto la marca solicitada reproduce de forma parcial las marcas previamente registradas, así: THE CAMBRIDGE ENGLISH INSTITUTE EL VERDADERO INGLES BRITÁNICO / COLEGIO NUEVO CAMBRIDGE / LITTLE CAMBRIDGE PRESCHOOL / NEW CAMBRIDGE SCHOOL, sin que la variación en los elementos nominativos y la adición de los elementos gráficos, le impriman la suficiente distintividad para acceder al registro pretendido.”

Como se puede ver de los anteriores pronunciamientos, la Superintendencia oficiosamente ha protegido las marcas del **COLEGIO NUEVO CAMBRIDGE**, aplicando la causal de confundibilidad.

El fundamento por el cual se han negado las marcas citadas que incluyen la expresión “**CAMBRIDGE**” obedece a una posición reiterada y bien consolidada de la Superintendencia que consiste en negar una marca cuando esta reproduce otra que ya se encuentra registrada, siempre que no se agregue un elemento distintivo y que a su vez identifiquen productos o servicios idénticos o similares. Esta posición es coherente y lógica en el sentido que con ella se respetan los derechos previamente adquiridos, y de paso se protege al consumidor de la confusión que suscitan marcas semejantes.

¹⁵ Tramite de Registro marca CAMBRIDGE en la clase 9, 16 y 41, expediente 13195054. Resolución expedida por la Dirección de Signos Distintivos

¹⁶ Tramite de Registro marca THE CAMBRIDGE ENGLISH INSTITUTE El Verdadero Ingles Británico en la clase 41, expediente 15077215. Resolución expedida por la Dirección de Signos Distintivos.

Se espera que el Tribunal sea consistente con los fundamentos y consideraciones que ha venido aplicando la Superintendencia respecto de las solicitudes que se presentan que involucren la expresión “**CAMBRIDGE**”, en el sentido de proteger las marcas de mi representada.

Por tanto, y ante los hechos planteados, se hace exigible el respeto de la seguridad jurídica, de los derechos adquiridos, y de los efectos de uso exclusivo y excluyente que genera una marca registrada, como se sustentará a continuación.

1.4. **FRENTE A LA EQUIVOCADA DECLARATORIA DE LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DE (I) LA ACCIÓN POR INFRACCIÓN MARCARIA Y (II) LA ACCIÓN DE COMPETENCIA DESLEAL: VIOLACIÓN INDIRECTA DE LA LEY CONSISTENTE EN FALSO JUICIO DE EXISTENCIA POR SUPOSICIÓN PROBATORIA Y SOBREDIMENSIONAMIENTO EN QUE INCURRIÓ EL AD-QUO.**

El Juez basó su raciocinio en el primer supuesto de hecho contemplado por el artículo 244 de la Decisión 486 de la CAN, disposición de Derecho que claramente es aplicable al caso y sobre cuya mediación no recae reproche alguno.

Sin embargo, el Juez apoyó su decisión de declarar probada la excepción de Prescripción en un hecho inexistente, que no solo no fue debida y directamente probado, sino que implica una verdadera suposición efectuada por el Juzgador de instancia respecto de la fecha desde la cual “presumiblemente”, la Demandante tenía conocimiento de la existencia de la Demandada y más concretamente, de la Infracción en que esta última estaba incusa.

En efecto, el Juez consideró que “(...)a partir de los listados en que se evidencian los mejores colegios año a año, son pruebas que acreditan que el COLEGIO NUEVO CAMBRIDGE conoció de la supuesta infracción desde al menos el año 2010 y solo hasta el 2017 formuló la Demanda”.

Debe advertir el H. Tribunal que dentro del plenario no obra prueba alguna que acredite que **COLEGIO NUEVO CAMBRIDGE S.A.S.** conocía a **CLARA RINCÓN DE MELO** y específicamente su establecimiento de comercio **COLEGIO CAMBRIDGE PAMPLONA**, desde el año 2010 como erradamente lo dejó sentado el Juez de primera instancia. Justamente por ello mal hace el Juzgador en presumir un conocimiento que la Ley no permite tener por probado a partir de presunciones, supuestos y ni siquiera indicios, sino que debe acreditarse de manera plena y concreta sobre la base de medios de convicción contundentes.

En este caso, el *A-quo* fundó su decisión en un hecho externo como lo es la publicación de unos rankings de calidad anuales en una serie de revistas, hecho este que a lo sumo prueba justamente eso: la posición que cada colegio ocupa en determinada medición académica pero que de ninguna manera puede llegar a tener vocación suficiente para

consolidar pleno convencimiento sobre el conocimiento que la Demandante tenía de la existencia y despliegue de los actos de infracción ni mucho menos atribuirle al mes y año de la edición de la revista analizada por el Juez, atributos plenos para activar el fenómeno preclusivo de la prescripción.

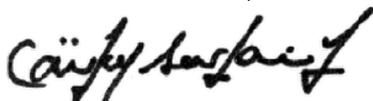
La situación antes descrita es tan contraria a Derecho que incluso es pasible de ser corregida por vía de tutela, si se tiene en consideración que la jurisprudencia constitucional ha señalado, en punto a las causales de procedibilidad del amparo constitucional contra Providencias Judiciales, “[...] que el Defecto Fáctico se encuentra relacionado con errores probatorios durante el proceso, el cual se configura cuando la decisión judicial se toma (i) sin que se halle plenamente comprobado el supuesto de hecho que legalmente la determina; (ii) como consecuencia de una omisión en el decreto o valoración de las pruebas; (iii) de una valoración irrazonable de las mismas; (iv) de la suposición de una prueba; o (v) del otorgamiento de un alcance contraevidente a los medios probatorios”.¹⁷

2. PETICIONES:

Teniendo en cuenta las consideraciones que preceden, respetuosamente solicito al H. Tribunal Superior de Bogotá D.C. lo siguiente:

- 2.1. Se sirva **REVOCAR ÍNTEGRAMENTE** la Sentencia proferida en el curso de la audiencia celebrada el día 29 de enero de 2019 ante la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la SIC.
- 2.2. Como consecuencia de lo anterior, se sirva **DICTAR UNA SENTENCIA SUSTITUTIVA** de aquella dictada Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la SIC, que **ACOJA ÍNTEGRAMENTE** todas las pretensiones incoadas en la Demanda.

Con toda consideración,



CAMILO ANDRÉS SUÁREZ BOTERO
C.C. 80.762.830
T.P. 157.054

Ref 87330/1

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-145/14, M.P: Mauricio González Cuervo.



Doctora

ADRIANA SAAVEDRA LOZADA

MAGISTRADO PONENTE

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

E. S. D.

ASUNTO:	ACCION PROTECCION AL CONSUMIDOR Rad. No. 19-103897 - 02
DEMANDANTE:	CONJUNTO RESIDENCIAL BOSQUE VERDE I ETAPA PROPIEDAD HORIZONTAL
DEMANDADOS:	QBO CONSTRUCCIONES S.A.S., PROMOTORA CONVIVENCIA S.A.S., BELLOMONTE S.A.S., CERROS VERDES S.A.S. y OTROS

SERGIO ANDRÉS BELLO MAYORGA, identificado con cédula de ciudadanía número 79'779.727 de Bogotá, abogado en ejercicio, portador de la tarjeta profesional número 121.863 del Consejo Superior de la Judicatura, en mi calidad de **APODERADO ESPECIAL** de la copropiedad **CONJUNTO RESIDENCIAL BOSQUE VERDE I ETAPA - PROPIEDAD HORIZONTAL**, parte actora dentro del proceso de la referencia, por medio del presente escrito, de manera respetuosa, parte actora dentro del proceso de la referencia, por medio del presente escrito, de manera respetuosa me permito, sustentar el recurso de apelación impetrado contra la Sentencia de primera instancia proferida el pasado 25 de febrero de 2020, con fundamento en lo siguiente:

1. FRENTE A HABERSE SOLICITADO LA VINCULACIÓN DE LA SOCIEDAD LADRILLERA SANTAFÉ Y NO OBTENER PRONUNCIAMIENTO.-

Dentro de la oportunidad concedida para allegar dictamen pericial, anexo al mismo, se allegó estudio analítico necesario para establecer las causas y los mecanismos de deterioro de los muros de varias edificaciones referidos a la presencia de manchas en la superficie, que entre otras llega a las siguientes conclusiones:

“Del análisis de los resultados presentados en los numerales anteriores, se puede concluir el siguiente diagnóstico:

La sustancia de color negro, gris oscura y gris café, corresponde a una contaminación del ladrillo de naturaleza de carbón en forma de finas partículas y de una película oleosa de material orgánico carbonoso.

La fuente de contaminación del ladrillo es indeterminada, pero no puede atribuirse a contaminación del aire urbano, pues esta patología aparece en ciertos lugares del exterior y en otros de los interiores de las edificaciones del conjunto. Además, las mediciones de material particulado realizados



recientemente en la zona, así lo confirma, con registros de PM2.5 y PM10, muy por debajo de los niveles admitidos como aceptables por la normatividad actual para áreas urbanas.

El origen de este fenómeno de contaminación puede atribuirse a los procesos de fabricación del ladrillo, en los cuales se utilizan combustibles fósiles como carbón o aceites minerales pesados. Es posible que las capas depositadas sobre la superficie del ladrillo sea el resultado de deficiencias en el manejo de las temperaturas y de las atmósferas reductoras de cocción en el horno de producción y en la etapa de enfriamiento.

Los materiales alcalinos del mortero de pega, generaron reacciones de disolución de estas sustancias carbonosas en los procesos de fraguado de la mezcla cemento-arena-agua, causando el movimiento de materiales coloidales ricos en carbón y sustancias de naturaleza orgánica, y generando el consecuente ennegrecimiento de los bordes del ladrillo en contacto con el mortero.

Los materiales orgánicos en suspensión y en disolución, sufrieron desplazamientos verticales favorecidos por el agua lluvia, generando hilos de escurrido, los cuales nacen precisamente en los morteros de pega en los niveles superiores del muro.

En otras zonas exteriores de algunos muros, expuestas al calor del sol, aparecen manchas y costras gruesas de color negro de textura oleosa, las cuales emanan del interior del ladrillo en zonas cercanas a la superficie del mismo.

Los análisis químicos descartan la presencia de sales minerales o agentes de contaminación biológica.

Los ladrillos que presentan estos defectos de contaminación se ubican en sectores muy definidos de las edificaciones, lo que hace suponer que estos materiales contaminados fueron utilizados de acuerdo con las entregas de fábrica en la obra y que concordarían con las jornadas de construcción. Esta hipótesis se refuerza en el hecho de que existen zonas de construcción, tanto de fachadas como de interiores, que no sufren esta patología.

Como los materiales contaminantes de los ladrillos están adheridos a la superficie o en zonas interiores muy cercanas a ésta, se puede afirmar con alto grado de probabilidad que el fenómeno de migración de estos materiales ha culminado, especialmente aquellos expuestos a la luz solar y la lluvia”.

Razón por la cual se imponía la vinculación de la mencionada sociedad como medida de saneamiento a fin de no vulnerar su derecho fundamental al debido proceso -Art. 29 C.P.-

En lo pertinente, parece oportuno recordar que el artículo 61 del Código General del Proceso impone que: “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”, y dispone a renglón seguido las medidas que debe tomar el juez con el fin de que se logre la plena integración de las partes, bien en el auto admisorio de la demanda o bien después, de oficio o a petición de parte y “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 primer instancia y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan. El proceso se suspenderá durante dicho término”. (Resaltado ajeno al texto).

Por su parte, la H. Corte Suprema de Justicia, con la relación a la obligatoriedad de integrar el contradictorio, así como las medidas que se deben adoptar en segunda instancia, cuando en la primera se omitió sanear tal irregularidad, ha reseñado que: “... un entendimiento lógico e integrado con todo el ordenamiento procesal civil permite afirmar, primero, que es cierto que todas las medidas de integración del litisconsorcio necesario deben surtirse en el trámite de la primera instancia; y segundo, que, en cambio, no es cierto que una vez superada tal instancia el sentenciador superior, de continuar la deficiente conformación de aquel, no le queda otro camino que abstenerse de proveer sobre el fondo del asunto puesto a su consideración. En efecto, lo único que en esta hipótesis impide el precepto es “resolver de mérito”, lo que indudablemente deja espacio para que el juzgador ad quem pueda adoptar cualquier medida procesal, legalmente admisible, que conduzca a solucionar la anómala situación, que mientras no resuelva el fondo que es lo único que en verdad se le prohíbe; mucho más, si precisamente, como se dijo, es deber ineludible del juez evitar los fallos inhibitorios.

Ahora bien, la medida procesal que le corresponde adoptar al fallador de segunda instancia está dada por la consagración de la causal 9ª del artículo 140 del C. de P. C., la cual se produce, entre otros eventos, cuando se deje de notificar o emplazar a una de “las demás personas que deban ser citadas como parte”, situación que atañe con los litisconsortes necesarios, quienes deben ser citados al proceso justamente para que se pueda resolver de mérito sobre la cuestión litigiosa; situación que se da tanto frente aquellos litisconsortes que mencionados en la demanda y en el auto admisorio de la misma no fueron notificados de éste; como frente a quienes deban ser citados, y no lo han sido, a pesar de que por la ley o por la naturaleza del litigio deben demandar o ser demandados; todo en aplicación de lo dispuesto en el artículo 83 del C. de P. C.”.

Conforme al artículo 5, numeral 5, de la Ley 1480 de 2011, la garantía es una "obligación temporal, solidaria a cargo del productor y el proveedor, de responder por el buen estado del producto y la conformidad del mismo con las condiciones de idoneidad, calidad y seguridad legalmente exigibles o las ofrecidas".

La obligación de garantía es solidaria entre los intervinientes en la construcción y comercialización del proyecto inmobiliario o el inmueble nuevo, que conforme a las definiciones legales puedan ser considerados como productor o proveedor. Esta obligación comprende que el bien sea conforme, es decir, que el inmueble nuevo que se venda en Colombia cumpla con la calidad, idoneidad y seguridad del bien legalmente exigibles o las ofrecidas (art. 5 núm. 5 Ley 1480 de 2001).

Por calidad se entiende, según esta norma: "*Condición en que un producto cumple con las características inherentes y las atribuidas por la información que se suministre sobre él*"; ello implica que el inmueble tenga las características que tienen todos los inmuebles nuevos de su tipo o las que el vendedor le informó al consumidor. En cuanto a lo inherente, debe tenerse en cuenta que las normas obligatorias de construcción (nacionales o municipales) y de propiedad horizontal imponen requisitos mínimos en cuanto a las especificaciones de los inmuebles nuevos, las cuales deben ser cumplidas por los constructores; todos esos requisitos se entienden como inherentes y por lo tanto la falta de alguno de ellos implicará una infracción a la obligación de garantía, sancionable desde la órbita de las normas de protección al consumidor. Igualmente, lo inherente se referirá a todo aquello que de manera habitual en el mercado cumple o hace parte de un inmueble, por ejemplo, que tenga unas zonas comunes destinadas a la recreación de los niños, o inclusive sería lógico pensar que, si el inmueble es nuevo, los accesorios y bienes que son considerados inmuebles por adhesión o destinación sean igualmente nuevos. Para soportar dichas afirmaciones basta recordar que el artículo 3 de la Ley 1480 de 2011, en su numeral 1.1, postula que los consumidores tienen derecho a recibir productos de calidad de conformidad con la garantía legal, lo ofrecido y las condiciones habituales del mercado.

Mientras tanto, por idoneidad, según el Estatuto de Protección al Consumidor, se entiende la "*aptitud del producto para satisfacer la necesidad o necesidades para las cuales ha sido producido o comercializado*", lo que implica que un inmueble nuevo destinado a vivienda será idóneo si efectivamente puede ser habitado en las condiciones normales que se esperan o que se promocionaron (art. 5 núm. 6). Igualmente dice la norma que cuando exista reglamento técnico el bien inmueble debe cumplir con el mismo (art. 6). Al respecto debe acotarse que en Colombia existen reglamentos técnicos aplicables a bienes inmuebles nuevos, por ejemplo, el reglamento técnico para redes internas de comunicaciones (RITEIL), expedido por la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC) mediante Resolución No. 4662 de 2013, así como los reglamentos técnicos atinentes a instalaciones eléctricas, instalaciones de gas y barras corrugadas. El reglamento vigente, para el licenciamiento del proyecto, de sismo resistencia quedaría allí cobijado, y este compromiso, además de la calidad, la seguridad del inmueble. El no cumplimiento de lo especificado por el reglamento técnico, incluyéndose aquí el Código de Construcción de Bogotá Acuerdo 20 de 1995, implica una infracción a la obligación de garantía, y en este caso el producto se presumirá inseguro según el numeral 14 del artículo 5 del mencionado Estatuto.

Así mismo, en el caso de no entrega del inmueble o retardo en ella, este asunto queda cobijado por la obligación de garantía, dado que la imposibilidad de gozar del bien según la norma hace parte de dicha obligación (art. 11 núm. 6). El no cumplimiento de la entrega de las áreas privadas o comunes anunciadas también queda comprendido en este tema, tanto como el incumplimiento en materia de acabados y líneas vitales del inmueble, así se trate de asuntos meramente estéticos, ya que estos se ligan a la calidad del bien. Con mayor razón el deterioro de los acabados y de la estructura del inmueble, ya sea al interior de las unidades habitacionales o en áreas comunes, se entiende incluido en la calidad. Adicionalmente, la obligación de garantía también cobija la seguridad del bien, es decir, el caso en que un bien inmueble nuevo, por un problema de construcción o diseño, no ofrezca la razonable seguridad a que los consumidores tienen derecho. En este último caso el consumidor, sin necesidad de haber sufrido un daño, puede exigir que se ordene al constructor adecuar el inmueble para garantizar dicha seguridad o, en caso que no sea posible, pedir la indemnización de los perjuicios.

A lo anterior se suma que el vendedor es solidariamente responsable, junto con el fabricante, por la garantía de los bienes inmuebles por adhesión que hacen parte del inmueble, en zonas comunes o privadas, por ejemplo, los ascensores, las estufas, los calentadores, etc. En la práctica el vendedor del inmueble suele ceder al comprador (consumidor) las garantías sobre esos bienes en el acta de entrega del inmueble, pero esta estipulación puede ser considerada no escrita, ya que la Ley 1480 de 2011 en su artículo 43 considera abusivas las cláusulas que *"restrinjan o eliminen la facultad al usuario del bien para hacer efectivas directamente ante el productor y/o proveedor las garantías a que hace referencia la presente ley"*, y por tratarse de bienes inmuebles por adhesión el vendedor no podría eximirse completamente de esa obligación de garantía trasladándola a un tercero.

Así las cosas, y atendiendo los anteriores lineamientos, deviene que la persona jurídica citada, por ley, debió ser convocada al presente juicio, a pesar de aún no haber sido enterada de la existencia del mismo, lo que inexorablemente estructura la causal de nulidad consagrada en el numeral 8° del artículo 133 del C. G. del P., y conlleva la anulación de la actuación surtida, máxime cuando el funcionario de primera instancia ignoró tal situación al realizar el control de legalidad correspondiente para subsanar oportunamente dicha situación, y es más, nunca se pronunció frente a la solicitud elevada.

2. FRENTE A HABERSE NEGADO LAS PRETENSIONES CONTRA LOS DEMÁS DEMANDADOS.-

El carácter de profesionales que ostentan los sujetos que intervienen en la construcción, conlleva a que las obligaciones que estos asumen tengan una naturaleza especial en consideración a la especialización, técnica, experiencia, intereses involucrados, competencia y dignidad de la profesión,



etcétera. Esta circunstancia implica que las obligaciones por ellos adquiridas deban asumirse con un mayor grado de diligencia.

En el ordenamiento colombiano las profesiones involucradas en la actividad de la construcción están reguladas por diversas disposiciones que vale la pena analizar para comprender el alcance de la noción de constructor.

En términos generales, según el artículo 1 de la Ley 1229 de 2008, la cual modifica la Ley 400 de 1997, se entiende por constructor “*el profesional, ingeniero civil, arquitecto o constructor en arquitectura e ingeniería, bajo cuya responsabilidad se adelanta la construcción de una edificación*”. Sin embargo, la Ley 400 de 1997, incluye como empresarios no sólo a los ingenieros y arquitectos, sino también a otros profesionales que intervienen en la elaboración de la construcción tales como: diseñadores, revisores de diseños, directores de construcción y supervisores técnicos.

Por su parte, el artículo 4 de la Ley 1229 de 2008, establece quién se debe entender como por profesional en construcción en arquitectura e ingeniería, definiéndolo en los siguientes términos: “*profesional de nivel universitario cuya formación académica le habilita para: a) Construir o materializar la construcción de todo tipo de proyecto civil o arquitectónico, tales como construcción de edificaciones, viviendas, vías, pavimentos, puentes, aeropuertos, acueductos, alcantarillados, oleoductos, gasoductos, poliductos, etc., que hayan sido previamente diseñados o calculados por arquitectos o ingenieros respectivamente; b) Gestionar, planear, organizar, ejecutar, administrar y controlar (inspección, dirección de obra y/o interventoría), los diferentes procesos constructivos de los proyectos de obra civil o arquitectónica, utilizando las nuevas tecnologías y aplicando las normas constructivas vigentes, siempre y cuando, el proyecto haya sido previamente calculado y diseñado por ingenieros civiles o arquitectos respectivamente; c) Producir materiales para la construcción e investigar sobre nuevos sistemas constructivos, innovar tanto las técnicas como los procesos constructivos e implementar en el proceso constructivo normas y procesos ambientales; d) Implementar, coordinar y asignar tareas derivadas de planes de mantenimiento constructivo preventivo y correctivo; e) Celebrar contratos públicos o privados cuyo objeto sea la materialización, gestión, planeación, organización, administración o control de proyectos arquitectónicos o civiles, tales como Construcción de edificaciones, viviendas, vías, pavimentos, puentes, aeropuertos, acueductos, alcantarillados, oleoductos, gasoductos, poliductos, etc. y, en general, contratos que tengan que ver con la construcción de todo tipo de proyectos que hayan sido previamente diseñados o calculados por arquitectos o ingenieros respectivamente; f) Gerencia de proyectos de construcción, programación de obras y proyectos, y elaboración y control de presupuestos de construcción; g) Asesor sobre todo lo referente a la materialización de obras civiles o arquitectónicas; h) Realizar estudios, trámites y expedición de licencias de urbanismo y construcción de proyectos que hayan sido previamente calculados y diseñados por ingenieros civiles o arquitectos respectivamente; i) Desempeñar la docencia en el área de la construcción; j) Elaboración de avalúos y peritazgos en materia de construcción a las edificaciones; k) La demás que se ejerzan dentro del campo de la profesión del constructor.*”

Así las cosas, bajo el contexto en el que se concibió el Código Civil, era dable entender que el empresario al que se refiere el artículo 2060 se encargara de la compra de materiales, coordinación de trabajos, pago de salarios, entre otras labores. Sin embargo, hoy en día y tal como es posible evidenciar de las disposiciones citadas, la complejidad de la actividad de la construcción ha hecho que en ésta participen varias personas, cada una de las cuales interviene con cierta autonomía en la realización de la obra.

Teniendo en cuenta lo anterior, y siendo consciente de que en la realización de una obra puede también estar involucrado un ingeniero o un arquitecto que se encargue de dirigir los trabajos técnicos, el artículo 2061 del Código Civil le hace extensiva la responsabilidad del empresario a los arquitectos, y por su parte, los administradores o factores de sociedades mercantiles por culpa probada conforme lo establecido en el artículo 24 de la Ley 222 de 1995 que reformó el artículo 200 del Código de Comercio. De manera que, sí el ingeniero o arquitecto contrata de forma independiente con el dueño de la obra le son aplicables las reglas de responsabilidad previstas en el artículo 2060 del mismo Estatuto. No sobra señalar, que no es posible objetar que el ingeniero es diferente al arquitecto, pues el término arquitecto también debe ser entendido en un sentido genérico en consideración a la época en la que fue expedido el Código Civil.

Por lo tanto, mientras cada uno de los sujetos involucrados en la construcción mantenga la mencionada autonomía es dable considerarlos como empresarios. En consecuencia, dichos sujetos serán responsables contractualmente por los daños producidos como consecuencia de un vicio en la construcción conforme a los parámetros establecidos en los artículos 2060 del Código Civil y 1° de la Ley 400 de 1997.

La responsabilidad del productor, como consecuencia de su actividad económica, es una responsabilidad profesional por ser él quien maneja, controla y dirige la producción de bienes o la prestación de servicios, por lo tanto, asume deberes específicos relacionados con el desarrollo de su empresa. Es por ello por lo que en el derecho de consumo se aumentan las cargas de los profesionales, en la medida en que se considera que hay una parte experta, que es la que se obliga a suministrar el bien o producto, y otra débil, que carece de la experiencia necesaria para garantizar la adecuada protección de sus derechos. Por lo tanto, por la situación de desequilibrio contractual que se genera en el ámbito del consumo, se exige que se aumente la protección a los consumidores.

En este contexto, la calidad de profesional implica *“un fenómeno de imputación de consecuencias dañosas por la inobservancia de deberes jurídicos concretos relacionados con la índole de su actividad y con los servicios que dispensan o con los bienes que producen. Su apreciación es rigurosa, dado los intereses que están en juego y el bienestar de la comunidad que se encuentran involucrados en la órbita de su obrar, y en la confianza que se les concede como sujetos competentes que ofrecen en condiciones de seguridad y garantía sus productos”*. (Santos Ballesteros, 2012, pág. 443).



En lo que respecta a los arquitectos, la Ley 435 de 1998 es la encargada de reglamentar el ejercicio de esta profesión. Es preciso señalar que generalmente los arquitectos son quienes se ocupan del diseño, construcción, ampliación, conservación, alteración o restauración de un edificio o de un grupo de edificios. Este ejercicio profesional incluye la planificación estratégica y del uso de la tierra, el urbanismo y el diseño urbano.

En el artículo 1° de la mencionada ley se establece qué debe entenderse por arquitectura como profesión definiéndola en los siguientes términos:

“Para todos los efectos legales, entiéndase por arquitectura, la profesión a nivel universitario, cuya formación consiste en el arte de diseñar y crear espacios, de construir obras materiales para el uso y comodidad de los seres humanos, cuyo campo de acción se desarrolla fundamentalmente con un conjunto de principios técnicos y artísticos que regulan dicho arte”.

Conforme a lo establecido por el artículo 2° de la mencionada ley, es posible determinar que el campo de ejercicio de los profesionales en arquitectura es muy amplio, pues les es permitido desempeñarse como consultores, asesores, diseñadores, constructores, interventores o gerentes de obras.

Por su parte, en los artículos 16, 17, 18, 19 y 20 de la mencionada ley se establecen una serie de obligaciones y deberes para con la profesión, los clientes y el público en general. Dichos deberes llenan de contenido las obligaciones asumidas por los arquitectos en la actividad de la construcción y determinan el alcance de la responsabilidad de quienes se encargan de ejercerla.

Por lo general, los ingenieros se encargan de las obras civiles que constituyen la infraestructura de la obra. A grandes rasgos, su actividad corresponde al diseño de estructuras de la obra, por lo que, a diferencia de los arquitectos, en esta profesión cobra más importancia la durabilidad y estabilidad de la obra que la concepción artística de la misma.

En Colombia la Ley 842 de 2003 reglamenta el ejercicio de la ingeniería, la cual a la luz del artículo 1 se entiende como *“toda aplicación de las ciencias físicas, químicas y matemáticas; de la técnica industrial y en general, del ingenio humano, a la utilización e invención sobre la materia”.*

Por su parte, la Ley 400 de 1997 se encarga de definir qué se entiende por diseñador estructural y por ingeniero geotecnista. Estos ramos de la ingeniería cobran gran importancia en el tema que se pretende desarrollar, pues el primero, es quien se encarga el diseño y los planos estructurales de la edificación; mientras que el segundo, es el encargado del diseño y estudios geotécnicos bajo los cuales se establecen los parámetros del diseño de la cimentación.

Pero el ejercicio de la ingeniería no se limita a los ramos mencionados. Como se puede evidenciar de la lectura del artículo 2° de la Ley 842 de 2003, el

campo de aplicación de esta profesión es muy amplio y en algunos casos el ejercicio de la misma compite con el de la arquitectura.

En tanto, los artículos 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41 y 42 de la ley mencionada se encargan de establecer los deberes y obligaciones de estos profesionales. Dichos artículos, al igual que en el caso de los arquitectos, delimitan el alcance y contenido de las obligaciones que tienen a su cargo.

Las normas de protección al consumidor se sujetan a los principios generales del derecho, no obstante, el derecho de protección al consumidor se contrapone a algunas de las reglas y principios del derecho patrimonial, en consideración a la asimetría¹ existente entre consumidores y usuarios frente a productores y expendedores. En especial, se revalúan los principios de igualdad, autonomía de la voluntad privada y la culpa como criterio de imputación de la responsabilidad. *"Podríamos decir: el Derecho del Consumidor cumple un papel de reformulador de institutos jurídicos, ya que su aplicación significará en todos los casos que los mismos se interpreten de una manera distinta a la concebida en el momento de su concepción. Lo expresado intenta explicar que el derecho del consumidor no suele ser autosuficiente, y ello no es ajeno a la materia de la responsabilidad civil".* (Wajntraub Roizner, 2007).

Ante todo, debe resaltarse que los principios generales contenidos en el artículo 1° de la Ley 1480 consagran los objetivos de la misma. Dichos principios en los que se inspira para proteger al consumidor y que buscan garantizar una adecuada interpretación de los preceptos normativos que ella consagra son:

- La efectividad de los derechos de los consumidores,
 - El libre ejercicio de los derechos de los consumidores,
 - El respeto a la dignidad de los consumidores, y
 - La protección de los intereses económicos de los consumidores.
- (Giraldo López, Caycedo Espinel, & Madriñan Rivera, 2012)

En igual forma, este artículo menciona cuatro derechos, que, aunque están incluidos también en el artículo 3.1 de la misma ley, tienen una especial categoría, lo que amerita que sean incluidos también en el título de principios generales. Dichos derechos son: salud y seguridad, información, educación y organización².

¹ "La Constitución ordena la existencia de un campo de protección en favor del consumidor, inspirado en el propósito de restablecer su igualdad frente a los productores y distribuidores, dada la asimetría real en que se desenvuelve la persona que acude al mercado en pos de la satisfacción de sus necesidades humanas. (...) En el plano constitucional, el régimen de responsabilidad del productor y del distribuidor corresponde al esquema ideado por el constituyente para poner término o mitigar la asimetría material que en el mercado padece el consumidor o usuario". Corte Constitucional C-1141/00 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz 30 de agosto de 2000).

² Estos cuatro derechos recogen en buena parte los criterios indicados en la Resolución de la Asamblea General 39/248 del 16 de abril de 1985 y su ampliación del 22 de marzo de 1999 de la Organización de las Naciones Unidas sobre Protección del Consumidor. Ellos conforman los ejes o pilares fundamentales del derecho de la protección al consumidor, pues comprenden desde los tradicionales deberes de información y de seguridad, que ya habían sido tratados por el Decreto Ley 3466 de 1982 y contemplados en el artículo 78 de la Constitución como derechos colectivos; así como el derecho a la organización de los consumidores y la participación de estos en las decisiones que los afecten. Además, se consagran aspectos nuevos como la educación al consumidor. (Giraldo López, Caycedo Espinel, & Madriñan Rivera, 2012).



No obstante, aunque la ley consagre expresamente algunos principios generales, no se puede dejar de lado los principios constitucionales consagrados en el artículo 78 de la Constitución.

El artículo 2° de la Ley 1480 de 2011 consagra el ámbito de aplicación del Estatuto del Consumidor. En el mencionado artículo titulado objeto, se definen las transacciones jurídico- económicas y las conductas de cuya regulación se ocupa la mencionada ley.

La importancia de este artículo es que, mediante el mismo, se busca delimitar qué reglas son aplicables a una determinada relación jurídico-económica, para que de esta forma el operador jurídico pueda tener claridad sobre si la conducta analizada está cobijada bajo las disposiciones particulares del Estatuto del Consumidor, o sí, por el contrario, se rige por las normas del Código Civil o del Código de Comercio según sea el caso.

El primer inciso del artículo 2 señala que la Ley 1480 *regula “los derechos y obligaciones surgidas entre los productores, proveedores y consumidores y la responsabilidad de los productores y proveedores tanto sustancial como procesal”*³. De lo establecido en la mencionada disposición se puede concluir que las reglas de responsabilidad de los productores y proveedores son las previstas en el Estatuto y, por lo tanto, el régimen de responsabilidad de protección al consumidor se aparta de las reglas civiles y comerciales generales, y que los procedimientos de protección al consumidor están sujetos en primer término a los dispuesto en la Ley 1480 de 2011. Por consiguiente, es claro el carácter general y residual de las disposiciones del Estatuto del Consumidor, las cuales operan sin menoscabar las regulaciones especiales.

En este contexto, hay que advertir que en el derecho de protección al consumidor se desarrolla bajo tres perspectivas: la protección colectiva, la regulación y el orden público del mercado y, los derechos subjetivos patrimoniales. (Giraldo López, Caycedo Espinel, & Madriñan Rivera, 2012)

Ahora bien, en el Estatuto del Consumidor no se define de forma expresa la relación de consumo, sin embargo, mediante la descripción del objeto de la Ley 1480 de 2011 es posible determinar que la diferencia de la relación de consumo, como relación jurídico-económica establecida entre el productor y el consumidor, frente a otro tipo de relaciones jurídicas, está dada por la aplicación de un criterio subjetivo. En efecto, si bien los objetos, los títulos y los modos de estas relaciones de consumo pueden coincidir con los de otro tipo de vínculos jurídicos, el Estatuto del Consumidor les otorga una categoría jurídica propia en atención a los sujetos que están involucrados en ella.

En consecuencia, el Estatuto del Consumidor es aplicable cuando una de las partes de la relación jurídica actúe en condición de consumidor, como destinatario final del bien o servicio y con una finalidad ubicada por fuera del ámbito profesional o empresarial.

³ Inciso primero del artículo 2 de la Ley 1480 de 2011 entre los consumidores y usuarios de una parte, y los productores y expendedores, de la otra.

En el artículo 4° del Estatuto del Consumidor contiene tres supuestos básicos para la protección del consumidor: **1)** Las disposiciones legales de protección al consumidor son de orden público y por lo mismo, cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita, sin perjuicio de la validez de los arreglos que se produzcan para resolver controversias sobre los derechos patrimoniales entre un consumidor y su contraparte; **2)** Las normas del Estatuto del Consumidor deben ser interpretadas en la forma más favorable al consumidor en lo atinente a la definición del sentido y alcance de normas que no son claras, o cuando existen vacíos legales, y; **3)** En caso de duda se resuelve a favor del consumidor, regla conforme con la cual, en los casos en los que los elementos de juicio o probatorios no sean suficientes para formar concluyentemente el criterio del operador jurídico-juez o funcionario administrativo- se resuelve en favor del consumidor, regla que se deriva del principio de asimetría en desarrollo del imperativo constitucional consagrado en el artículo 78 de la Carta. (Giraldo López, Caycedo Espinel, & Madriñan Rivera, 2012)

En caso de vacíos en materia sustancial, se aplicarán en primer lugar las normas del Código de Comercio y en subsidio las del Código Civil. Se debe entender que esta remisión supletiva sólo será procedente cuando no se pueda subsanar con los principios generales del Estatuto, o por aplicación extensiva o por analogía entre sus normas. En materia procesal, los vacíos en materia de actuaciones administrativas se resolverán con las disposiciones del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y en lo jurisdiccional con las reglas del Código General del Proceso. Sin embargo, en todos los casos, será necesario que la aplicación de la disposición no contravenga los principios del Estatuto del Consumidor.

Quienes asumen la responsabilidad por la garantía, son solidariamente todos los que hayan participado en la cadena de producción y de puesta en circulación del producto. Por lo tanto, el consumidor puede reclamarle a cualquiera de la cadena y este deberá responder independientemente de que no haya sido el directamente responsable del defecto del bien, sin perjuicio de que quien responda, luego pueda repetir contra el verdadero responsable.

No se debe dejar de lado en el análisis de las garantías, quiénes son los responsables de la misma, pues es evidente que este aspecto determina la adecuada protección al consumidor. Es por ello por lo que el artículo 10 de la Ley 1480 de 2011 estableció la solidaridad entre el productor y el comercializador, al considerar que el consumidor no debe tener la carga de establecer quién de los participantes de la cadena de producción y comercialización del bien es el responsable de que el producto no cumpla con las condiciones de idoneidad, calidad, seguridad y buen estado y funcionamiento del mismo. Así las cosas, el consumidor podrá acudir ante quien elaboró el producto o ante quien lo puso en circulación, y cualquiera de ellos deberá cumplir con la garantía. Como ya se mencionó, en el caso de que el que responda por la garantía no haya sido el causante del daño, le será dable repetir contra quien lo causó.

Partiendo de la base de que el producto final es un inmueble, debe ser considerado como una unidad única, en la medida en que se trata de un producto sumamente complejo donde se integran una serie de materiales, procesos constructivos, equipos, aparatos, insumos, etc. En la producción del mismo una gran cadena de profesionales, de bienes y materiales están involucrados. Además, para su producción se parte de una ruta del proyecto constructivo que comprende desde diseño a la post construcción, donde en cada una de las etapas, existen una serie de elementos, acciones, trabajos, actividades y materiales que inciden necesariamente en el concepto de calidad de la construcción, garantías de acabados y garantías de estabilidad de la construcción, habitabilidad, seguridad, funcionalidad y confort.

En consecuencia, se establecen unos parámetros de responsabilidad al constructor, alrededor del producto denominado bien inmueble, que lo hacen responder no solo por su actividad, sino también por la actividad de terceros en consideración a los efectos que estas tienen en la calidad del producto final.

3. VALORACIÓN RACIONAL DE PRUEBAS ACORDE CON LA SANA CRÍTICA TRASCIENDE LAS REGLAS PROCESALES. FRENTE A HABERSE NEGADO LA VALORACIÓN DEL DICTÁMEN PERICIAL ALLEGADO.-

Con la prueba pericial arrimada quedó más que demostrada la necesidad de efectuar reparaciones correctivas, a fin de dar cumplimiento a lo aprobado y a la normativa aplicable.

Al regular el Código de Procedimiento Civil lo concerniente a las «*providencias del Juez*», en el artículo 305, que se mantendría en el Código General del Proceso, plasmó las reglas que desarrollan el «*principio de la congruencia*» y en lo pertinente consagra, 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 sí 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 ésta.

Es innegable que el citado postulado, recogido por la normativa del C. G. del P. propugna por asegurar los derechos de defensa y de contradicción, en cuanto impide que al convocado a un litigio se le sorprenda por el juzgador con hechos o peticiones no alegadas, respecto de las cuales careció de oportunidad para confutarlas, y es de tal magnitud su importancia, que la inobservancia de tal exigencia se erigió como una de las causales del recurso extraordinario de casación.

Acerca de la anomalía procesal en cuestión, la H. Corte Suprema de Justicia en fallo de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, del 20 septiembre de 2013, Rad. 2007-00493, memoró:

(...) ‘La inconsonancia de la sentencia constituye un vicio de procedimiento (...) que se traduce en el pronunciamiento de un fallo incongruente, ya sea porque en él decide sobre cuestiones no pedidas (extra petita) o sobre más de lo pedido (ultra petita), u omite la decisión en todo o en parte, acerca de las pretensiones o de las excepciones (mínima petita)’ (...).

A fin de precisar aspectos que caracterizan la aludida irregularidad, se torna ilustrativo, para el presente escrito, citar la doctrina jurisprudencial reiterada en la sentencia CSJ SC, 3 nov. 2010, rad. 2000-03315, en la que se sostuvo:

(...), la trasgresión de esa pauta de procedimiento no se puede edificar sobre la base de controvertirse el juzgamiento del litigio, porque el error se estructura, únicamente, tratándose de la incongruencia objetiva, en los eventos en que se peca por exceso o por defecto (ultra, extra o mínima petita), y de la fáctica, cuando el sentenciador imagina o inventa hechos, pero no cuando los tergiversa (...).

(...) el [mencionado] yerro in procedendo se presenta cuando el ‘fallador, sin referirse a los términos ni al contenido de la demanda, esto es sin mediar ningún juicio sobre la misma ni sobre la interpretación que debe dársele, decide el litigio a partir de peticiones no formuladas en la demanda, ni expresa ni implícitamente, a las cuales alude el fallo de sopetón y de modo inopinado para las partes. Revelándose allí un proceder que, por abrupto, muestra inmediatamente la transgresión de los límites que configuran el litigio a conocimiento de la jurisdicción.

‘Si por el contrario, el sentenciador se pronuncia en un determinado sentido como consecuencia de haber apreciado e interpretado la demanda, a raíz de lo cual fija los hechos y peticiones de la misma que en su sentir estructuran la disputa judicial de que conoce, y como consecuencia de ese ejercicio cae en la equivocación consistente en considerar uno o varios hechos ajenos a la causa o en definir una petición que no le ha sido formulada, deviene la ocurrencia de un error de juicio -error injudicando-, como que en tal caso el fallador no ha obrado de manera impensada, para cuya enmienda se halla establecida la causal primera de casación’ (...). (Subrayado fuera de texto).

Refuerza el entendimiento de tales reflexiones, lo comentado en la sentencia CSJ SC, 8 abr. 2003, rad. 7844, en la que se dijo:

“(...). Es preciso recordar que la causal segunda de casación se halla instituida para enmendar el vicio de procedimiento que se presenta cuando el sentenciador, por exceso o por defecto, se aparta del cuadro de instancia que traza la demanda y las excepciones propuestas por el demandado o que el juez deba declarar de oficio; en lo que concierne con la presente acusación, ciertamente que un fallo puede resultar incongruente, en la especie extra petita, sí decide sobre algo que no fue pedido en la demanda o con respaldo en hechos no fundantes de la misma, pues la actividad del juez debe ceñirse a los hechos y pretensiones consignados en el libelo introductor, según dispone el artículo 305 del C. P. Civil.”

Las reseñadas pautas permiten establecer, que en el sub iudice concurren los supuestos que pueden estructurar «incongruencia» porque la decisión que debió adoptarse debe ser producto de la *«interpretación de la demanda»* por el juzgador, labor ésta que no se asumió al no ser valoradas las pruebas aportadas dentro de la oportunidad concedida.

En ese sentido obsérvese que en el preludio de su estudio, el sentenciador comenzó por resaltar aquella circunstancia de insuficiencia formal, debiendo haber argumentado que en obediencia a los insistidos pronunciamientos jurisprudenciales que han depurado que la responsabilidad es una sola, y siendo perjudicial sacrificar el derecho sustancial por un simple aspecto de contenido procedimental, se veía la necesidad de acudir a las facultades interpretativas frente a la demanda, y desentrañar la verdadera intención y alcance del actor con los reclamos invocados, debiendo agotar en primer término si los incumplimientos de norma solicitados como reparaciones quedaron así probados o darle fortaleza a las conclusiones técnicas que sugieren las reparaciones necesarias, y de no ser así, entrar en el examen de las pericias, que no pudieron ser desvirtuadas, descartándose el examen del litigio bajo los parámetros que moldean la debida valoración probatoria, pero no entró a verificar si concurrían los presupuestos para ordenar incluso las reparaciones necesarias para dar cumplimiento a temas de seguridad humana, en los cuales incluso la Superintendencia ha dejado de lado fenómenos de caducidad y prescripción.

Para tal efecto, dijo tomar en cuenta el escrito introductorio del proceso, y su subsanación pero no se profundizó en las conclusiones del informe arrimado como soporte técnico científico de lo pretendido, como el dictamen pericial ha también debido inferir esa condición a partir del hecho de ser la constructora del nombrado proyecto urbanístico, la que no logró desvirtuar las deficiencias existentes, a pesar de quererse confundir con argumentos técnicos no científicos ni permisibles.

Los aludidos elementos fácticos le permitían al fallador dar por acreditados los requisitos emanados de la norma general que fija las reglas de responsabilidad, las que ha debido armonizar con preceptos que regulan la actividad de la construcción en esta ciudad, y de esa manera llegar a la conclusión que no hay incertidumbre alguna de la satisfacción de los elementos para ordenarse las reparaciones (...), puesto que se encontró en cabeza de los demandados el adeudo de dar cumplimiento a las normas aplicables, debido a su omisión y error constructivo, lo que derivó en los inconvenientes denunciados y por consiguiente ha debido imponerse, agotado el proceso, la implementación del proceso de rehabilitación, también sugerido por la experticia técnica.

Como puede advertirse, en las reseñadas argumentaciones subyace el vicio de procedimiento que a la postre desencadenó con fallo nugatorio de las pretensiones, lo que hoy motiva el reproche analizado.

Acerca de esa temática, la H. Corte Suprema de Justicia en el fallo CSJ SC, 16 dic. 2010, Rad. 2004-00270, en lo pertinente expuso:

“En sede de casación, precisamente, la incorrecta ponderación de la demanda puede denunciarse cuando el sentenciador, con base en ella, modifica la naturaleza de la acción ejercitada y, como consecuencia de tal error, aplica al caso disposiciones legales que en realidad le son extrañas, defecto que debe denunciarse a la luz del quebranto indirecto contemplado, según ya se memoró, en el primero de los motivos habilitantes de esta forma de impugnación extraordinaria, tal y como lo reiteró la Sala recientemente al señalar que ‘el yerro en el que incurre el sentenciador cuando no atina a comprender cuál es la acción, si contractual o extracontractual, que promueve el demandante con la finalidad de obtener el reconocimiento y pago de unos perjuicios que afirma le fueron ocasionados por la conducta omisiva e irregular de la parte accionada, es de facto y no jurídico” (Cas. Civ., sentencia del 3 de febrero de 2009, expediente n° 1100131030200300282-01).

El fallador dedujo que al no evidenciarse la pretensión de reparación de la totalidad de edificaciones que componen el proyecto arquitectónico, a pesar de mencionarse preliminarmente unas torres, no puede hablarse de sentencia más allá de lo pedido, sin estimarse que debía revisar las conclusiones a las que llegan los expertos, en la medida que el daño recae sobre la totalidad de los elementos que componen la copropiedad.

El apoderado de la actora halla el desatino fáctico en la interpretación que debió darse a la demanda, al estimar que las súplicas se fundaron en soporte técnico y científico arrojado dentro de las oportunidades de ley, acorde con lo expresado en la subsanación del escrito genitor del proceso, y que a pesar de existir claridad sobre esa temática, olvidó considerar que había lugar a desentrañar el sentido de la citada pieza procesal, llegando así a resolver el proceso basado en los parámetros dados por las conclusiones a las que llegaron los expertos.

Sobre el particular, la H. Corte Suprema de Justicia CSJ SC, 16 may. 2011, rad. 2000-09221-01, sostuvo que el aludido desatino se presenta:

“(…) cuando esa situación desborda el ámbito de la interpretación lógica y jurídica de la misma; por cuanto -como lo ha reiterado la jurisprudencia-, ‘es indiscutible que el juzgador ostenta la prerrogativa de buscar, cuando ello es necesario, el sentido y alcance que tiene una demanda para no hacer nugatorio el derecho fundamental que tiene toda persona de acceder a la administración de justicia, esto es, en últimas, para evitar que se desconozca o aplace el mismo” (Sent. cas. civ. de 15 de julio de 2010 exp. 2005-00265-01).

Igualmente, en la misma Corporación en fallo CSJ SC, 3 feb. 2009, rad. 2003-00282-01, en el que se examinó otro caso de «responsabilidad civil» respecto del que el ad quem concluyó era de naturaleza «extracontractual» y el opugnante reclamaba porque había sido convocado a un litigio de carácter «contractual», ahí la Corte sobre esa problemática, en consonancia con la ya transcrita con insistencia, memoró:

“En cuanto a la obligación que tiene el juez de interpretar el líbello con el que se promueve un litigio, también dijo la Sala en sentencia N° 208 de 31 de octubre de 2001, expediente 5906, lo siguiente:

‘(...) Se reitera, entonces, que el juez debe interpretar la demanda en su conjunto, con criterio jurídico, pero no mecánico, auscultando en la causa para pedir su verdadero sentido y alcance, sin limitarse a un entendimiento literal, porque debe trascenderse su misma redacción, para descubrir su naturaleza y esencia, y así por contera superar la indebida calificación jurídica que eventualmente le haya dado la propia parte demandante. Tales hechos, ha dicho la Corte, ‘son los que sirven de fundamento al derecho invocado y es sobre la comprobación de su existencia y de las circunstancias que los informan sobre que habrá de rodar la controversia’ (Sentencia de 2 de diciembre de 1941). Sí están probados los hechos, anotó en otra ocasión, ‘incumbe al juez calificarlos en la sentencia y proveer de conformidad, no obstante, los errores de las súplicas: da mihi factum, dabo tibi ius’ (G.J. No. 2261 a 2264, pág. 137). En materia de interpretación de la demanda, dijo más recientemente, ‘la desacertada calificación que el libelista le dé en su demanda a las súplicas no tiene por qué repercutir en el tratamiento jurídico del caso, puesto que corresponde al juzgador y no a los litigantes, definir el derecho que se controvierte’ (...). Es más, aún en el evento de una denominación incorrecta, dicha circunstancia no tenía porque repercutir en el tratamiento jurídico del caso, puesto que corresponde al juzgador y no a los litigantes, definir el derecho en conflicto: jura novit curia’.

Más recientemente, en sentencia N° 071 de 16 de julio de 2008, se anotó sobre el tema lo que a continuación se destaca:

‘(...) para identificar una pretensión no basta con reparar en lo que se solicita, sino que ese petitum, que constituye el objeto inmediato de lo que se demanda, debe relacionarse con la causa para pedir invocada, la que comprende la situación de hecho aducida y las consecuencias que a ella le asigna el demandante. Por tanto, esos dos factores que inescindiblemente se conjugan en la causa petendi, determinan el título de la pretensión y, por ende, para la configuración de éste concurren razones de hecho y de derecho, entendiéndose que las primeras están dadas por el relato histórico de la situación fáctica de la que se busca deducir lo que se pide a la jurisdicción, mientras que las segundas ‘son afirmaciones concretas de carácter jurídico que referidas a esos antecedentes de hecho, le permiten al demandante auto atribuirse el derecho subjetivo en que apoya su solicitud de tutela a las autoridades judiciales, afirmaciones estas que, desde luego, no hay lugar a confundir en modo alguno con los motivos abstractos de orden legal que se aduzcan para sustentar la demanda incoada’ (ibidem). - Es función privativa de los juzgadores examinar el contenido de la litis, labor para la cual cuentan con amplias facultades, con miras a concretar los preceptos que consideren aplicables al caso, aunque tengan que hacerlo separándose de las alegaciones en derecho efectuadas por las partes o suplir sus omisiones; (...).

(...) También en la sentencia inmediatamente citada, la Corte reiteró su doctrina en el sentido de que el yerro en el que incurre el sentenciador cuando



no atina a comprender cuál es la acción, si contractual o extracontractual, que promueve el demandante con la finalidad de obtener el reconocimiento y pago de unos perjuicios que afirma le fueron ocasionados por la conducta omisiva e irregular de la parte accionada, es de facto y no jurídico.”

Resulta pertinente agregar que, en la sentencia aludida en el precedente transcrito, no obstante que se resalta la limitación a la facultad del juzgador cuando no existe ambigüedad en la especie de responsabilidad civil por la que se demanda, también se advirtió:

“Y en este punto es menester acotar que no se trata de restringir o menoscabar las potestades hermenéuticas del juzgador, ni mucho menos que al conjuro de un determinado vocablo utilizado por el actor, quede irremediabilmente ligado a esa expresión. Por el contrario, ya se ha recalcado, y nuevamente se enfatiza, que el juez tiene el deber de desentrañar el verdadero y más equitativo sentido de la demanda, por supuesto, sin distorsionarla, labor en cuya realización puede acontecer que el demandante, descuidada o ambiguamente sitúe su petición en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, pero al exponer el objeto de su reclamación o la causa para expedir evidencie con nitidez lo contrario, es decir que su pedimento se afinca en la responsabilidad derivada del incumplimiento negocial, pues en esa hipótesis deberá el juzgador emprender el ejercicio intelectual pertinente, enderezado a establecer el genuino sentido de dicho libelo, sin que necesaria e ineludiblemente deba atenerse a la denominación que al desgaire le hubiere imprimido el accionante. Otro tanto ocurrirá en la hipótesis antagónica” (CSJ SC, 16 jul. 2008, rad. 1997-00457-01).

Así las cosas, en obediencia a los insistidos pronunciamientos jurisprudenciales que han depurado que la responsabilidad civil es una sola, como reiteradamente se ha venido anotando, y siendo perjudicial sacrificar el derecho sustancial por un simple aspecto de contenido procedimental, resulta necesario acudir a las facultades interpretativas frente a la demanda, y desentrañar la verdadera intención y alcance del actor con los reclamos invocados, debiendo accederse a la pretensión de honrar lo convenido en la relación de consumo de la mano con las normas de orden público en materia de construcción procediendo a ordenarse la entrega del manual de zonas comunes, ordenarse el trámite y entrega del certificado de permiso de ocupación y supervisión técnica de obra, ordenarse la solución de los yerros constructivos detallado en el informe técnico que acompañó la demanda y el aportado a título de dictamen de parte.

Al analizar la demanda con la que se promovió el proceso, y su subsanación bajo parámetros de la hermenéutica acogida por el derecho procesal contemporáneo y la jurisprudencia, conforme a la cual no sólo se ha de tomar en cuenta el escrito en el que aquella consta, sino la información misma que irradia de sus anexos, y las pruebas practicadas, surge evidente la solicitud preliminar de reparación y/o ajuste a las normas aplicables sustento de la acción promovida, situación que en el ámbito del paradigma de la «justicia material», inexorablemente imponía al juzgador la labor de asumir su interpretación y de contera extenderla al demás dotacional de



áreas comunes, teniendo en cuenta únicamente las conclusiones a las que llegan los expertos.

Obsérvese al respecto, que a pesar de haberse manifestado en las pretensiones del precitado memorial introductorio que se requería reparaciones, complementaciones y ajuste a las normas, aspecto coincidente con lo expresado en las conclusiones del primer informe técnico, elaborado por la firma IACON SAS, no se encuentra otro elemento que complemente y otorgue certeza acerca de que efectivamente el litigio se enmarcaba con la convicción que fueran sólo esas deficiencias, pues precisamente en la oportunidad para acompañar pruebas se solicitó la valoración de los nuevos informes frente a la totalidad de edificaciones, del que se buscará derivar la consecuencia jurídica orientadora de las súplicas. Ante esas circunstancias, se torna plausible asumir la tarea de «interpretar la demanda y las pruebas practicadas», dada la ausencia de plena coherencia o armonía en su texto.

En ese sentido podemos argumentar que la decisión se sustentó en aspectos extraños al petitum o a la causa petendi, o en la tergiversación del sentido de las ideas ahí plasmadas, o en que se afectó su comprensión o entendimiento por valoración parcial.

En lo que concierne a la fundamentación del recurso, esta se dirige a demostrar que el juzgador aplicó al asunto, una conclusión que no es pertinente, o que a pesar de estar plenamente demostrado las reparaciones necesarias para dar cumplimiento a las normas aplicables, le atribuyó unos efectos diferentes de los que de ella dimanaban, o los restringió de tal manera que distorsionó los alcances a los que se llegó con suficiencia.

La incongruencia, se orienta a verificar el cumplimiento del deber que le asigna al fallador el ritual procesal, en virtud del cual la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que esa codificación contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas, no podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente de la invocada a ésta.

Quiere decir que validada la suficiencia del texto de la demanda, mediante su admisión, y concedida la oportunidad de contradecir a aquellos contra quienes se dirige, no puede el funcionario dirimir la disputa por fuera de los lineamientos que le imponen las partes, ya sea al hacer ordenamientos excesivos frente a las expectativas de éstas, al dejar de lado aspectos sometidos a su escrutinio o al resolver puntos que no han sido puestos a consideración, salvo cuando procede en estricto cumplimiento de las facultades oficiosas conferidas por la ley.

Al respecto la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del 9 de diciembre de 2011, rad. 1992-05900, dijo que:

“El principio dispositivo que inspira el proceso civil, conduce a que la petición de justicia que realizan las partes delimite la tarea del juez y a que éste, por

consiguiente, al dictar sentencia, deba circunscribir su pronunciamiento a lo reclamado por ellas y a los fundamentos de hecho que hubieren delineado, salvo el caso de las excepciones que la ley permite reconocer de oficio, cuando aparecen acreditadas en el proceso (...) Sobre el particular, la Sala ha sido insistente en que "(...) son las partes quienes están en posesión de los elementos de juicio necesarios para estimar la dimensión del agravio que padecen, con el fin de que sobre esa premisa restringente intervenga el órgano jurisdiccional, a quien le está vedado por tanto, sustituir a la víctima en la definición de los contornos a los que ha de circunscribirse el reclamo y por tanto ceñirse la sentencia, salvo que la ley expresamente abra un espacio a la oficiosidad (...) Al fin y al cabo, la tarea judicial es reglada y, por contera, limitada, no sólo por obra de la ley, sino también con arreglo al pedimento de las partes" (Cas. Civ., sentencia del 22 de enero de 2007, expediente No. 11001-3103-017-1998-04851-01) ... En este escenario, el principio de congruencia establecido en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil impide el desbordamiento de la competencia del juez para resolver la contienda más allá de lo pedido por las partes (ultra petita), o por asuntos ajenos a lo solicitado (extra petita) o con olvido de lo que ellas han planteado (citra petita). En caso de presentarse tal descarrío, su ocurrencia puede denunciarse en casación a través de la causal segunda prevista en el artículo 368 ibidem, pues, valga decirlo, una sentencia judicial de esos contornos agravia súbitamente a la parte que actuó confiada en los límites trazados durante el litigio, toda vez que, al ser soslayados por el juez al momento de definirlo, le impiden ejercer a plenitud su derecho a la defensa."

La labor de delimitar el contorno del pleito es disímil para los intervinientes, puesto que quien le da inicio señala las pautas en la demanda y su reforma, mientras que aquel compelido a responder la complementa con la formulación de los medios de defensa a su alcance, e incluso poniendo en conocimiento del funcionario cualquier hecho modificativo o extintivo «del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda», tal como lo autoriza el inciso final del citado artículo 305 del Código de Procedimiento Civil.

Quiere decir que corresponde al contendiente que estima lesionados sus intereses precisar en qué consiste la infracción y cuáles son las medidas necesarias para obtener una satisfacción plena, sin que pueda modificar sus planteamientos al vaivén del debate, distorsionando así las reglas del juego previamente establecidas.

Ya existiendo claridad sobre la naturaleza del reclamo, el contradictor puede poner de presente la inexistencia del mismo o precisar, por medio de las excepciones, que su exigencia es anticipada, excesiva o que ya desapareció.

Adicionalmente, sí se dan circunstancias novedosas que alteran unas pretensiones ciertas del accionante, nada obsta para que informe sobre su ocurrencia al juzgador y que éste lo tenga en cuenta al dirimir la disputa. Ese aparente beneficio del contradictor, de ilustrar sobre la ocurrencia de acontecimientos en el devenir procesal que deslegitiman las aspiraciones del líbello, no quiere decir que se puedan «formular excepciones» en cualquier momento, puesto que la oportunidad para ello se concreta a la contestación

que de él se haga cuando se refiere a las de mérito o, sí se trata de las previas, en escrito separado en el mismo lapso.

Es por ello que la incongruencia se configura sí en la sentencia se impone un punto de vista desfasado o arbitrario, riñendo con los supuestos fácticos y las exigencias del gestor, fijados en las oportunidades de rigor; cuando no existe un pronunciamiento concreto sobre las «conclusiones a las que llegan los peritos» expuestas en tiempo; así como cuando se tienen por probadas defensas no esgrimidas en tiempo y que eran del resorte exclusivo del beneficiado, que deben ser alegadas expresamente «en la contestación de la demanda».

La H. Corte Suprema de Justicia en sentencia de 15 de enero de 2010, rad. 1998-00181-01, al referirse a la «carga procesal de afirmación de los hechos del litigio» señaló como:

“No obstante el ensanchamiento que esa noción tiene en la actualidad, lo cierto es que su génesis está ligada al concepto de carga procesal, conforme al cual incumbe al sujeto agotar dentro del proceso una conducta determinada con miras a alcanzar un fin; y dentro de las múltiples y muy variadas cargas que recaen sobre las partes, cabe destacar ahora la concerniente con la afirmación de los hechos litigiosos, vale decir, de aquellos que de alguna manera constituyen el fundamento de sus pedimentos y excepciones; desde luego que, en línea de principio, esos supuestos fácticos han de ser aducidos por aquellas en las oportunidades y condiciones que el ordenamiento prescribe. Así, es tangible que en tratándose del demandante, esa carga recae sobre él con mayor rigor y estrictez en la medida en que, de un lado, la exteriorización de los supuestos fácticos que fundamentan sus pedimentos es labor que de manera exclusiva se le confía, de modo que muy poco espacio queda para la intervención oficiosa del juez, la cual se reduce, para decirlo abiertamente, a aquellos eventos, excepcionales por cierto, en los que le es dado pronunciarse sin alegación previa de aquél, como acontece v. gr., en el caso de la nulidad absoluta de los actos o negocios jurídicos (...) De otro lado, porque la alegación de los hechos que apuntalan sus pretensiones no sólo debe hacerse en las oportunidades específica y rigurosamente señaladas en el estatuto procesal, concretamente en la demanda y su reforma (y de ser el caso, en los incidentes que se adelanten en el proceso), sino, también, porque restringen de tal modo la actividad procesal que demarcan el ámbito de atribuciones del juzgador, así como el contorno de la oposición del demandado (...) Relativamente a éste, es palpable que existe mayor flexibilidad, no sólo porque, conforme a las previsiones del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, el juez podrá tener en consideración los hechos modificativos o extintivos del derecho sustancial invocados a más tardar en los alegatos de conclusión, sino, también, porque, aquél, el sentenciador, podrá, atendiendo los mandatos del artículo 306 ejusdem, declarar probados de oficio los hechos que constituyan una excepción, salvedad hecha, en uno y otro caso, de las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse por el demandado en la contestación de la demanda. Quiérese subrayar, subsecuentemente, que, salvedad hecha de las aludidas excepciones, no existe para el demandado un término perentorio en el cual deba aducir los hechos exceptivos, amén que el fallador está facultado para

pronunciarse oficiosamente sobre cualquier otra (...) Empero, aunque es tangible la elasticidad que en el punto favorece al demandado, ella no llega hasta el punto de exonerarlo definitivamente de esa carga, no sólo porque excepciones como las ya referidas únicamente pueden ser decididas en cuanto éste las hubiese aducido, sino, también, porque lo mismo ocurre con las excepciones previas que, en cuanto tales, solamente podrán ser acogidas por el juez cuando aquél, el encausado, las alegue (...) De otro lado, parece conveniente señalar que la actividad del juez, en punto de resolver la causa litigiosa, debe enmarcarse dentro de los límites previstos por el legislador, de manera que no le es dado deducir arbitrariamente cualquier hecho, ni pronunciarse sobre cualquier efecto jurídico, si no han sido afirmados previamente por las partes, a menos claro está, que el ordenamiento le conceda una potestad oficiosa al respecto. No admite discusión, por consiguiente, que la actividad cumplida por dicho funcionario no es ilimitada, de modo que el campo de acción en el que puede desplegar su obrar no es otro que el entorno dentro del cual gira la controversia cuyo conocimiento ha asumido, vale decir, los términos de la confrontación surgida, esto es, lo que pide el actor y excepciona el demandado, sin dejar de lado, por supuesto, las facultades oficiosas que explícitamente le son conferidas (...) Emerge, entonces, de manera nítida, que la actividad que aquél cumple está enmarcada por cuatro vectores que se conjugan para delimitar su función: 1) las pretensiones de la demanda; 2) los hechos que la sustentan; 3) las excepciones invocadas por el demandado (cuando así lo exige la ley); y, 4) las excepciones que debe declarar de oficio. Y, sin duda, cuando el funcionario quebranta esos hitos, incurre en una irregularidad que despunta, ya en un exceso de poder o en un defecto del mismo. En la primera hipótesis, porque decide sobre cuestiones no pedidas o más allá de lo solicitado; en la segunda, en la medida en que deja de resolver sobre las pretensiones o excepciones aducidas.”

Incluso en reciente pronunciamiento, SC6866-2014, resaltó que:

“(...) La Corte no desconoce que las normas en comentario [artículos 305 y 306 del Código de Procedimiento Civil] flexibilizan la oportunidad de alegar hechos modificativos o extintivos del derecho disputado, al autorizar a las partes aducirlos “a más tardar en su alegato de conclusión”, en una especie de economía, siempre y cuando aparezcan demostrados, lo cual supone la debida contradicción, y que hayan ocurrido después de haberse presentado la demanda.

(...)

Esto significa, entonces, que los alegatos de conclusión, respecto de situaciones acaecidas después de formulada la demanda y probadas en el transcurso del proceso, son ajenos al debate probatorio, por lo tanto, carecen de virtud para modificarlo (...) Con mayor razón, cuando el inciso final del artículo 305 del Código de procedimiento Civil, no autoriza aducir cualquier hecho probado, sucedido luego del escrito genitor, sino únicamente los que se correlacionen con los expuestos en la demanda, con las excepciones y demás oportunidades legales, porque siempre deben tener como mira, por ende, su límite, “el derecho sustancial sobre el cual verse el litigio”.

Ahora bien, no cualquier argumento encaminado a desestimar las pretensiones corresponden estrictamente a excepciones, así se les dé esa denominación, en la medida que, como lo dijo la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia de 11 de junio de 2001, rad. 6343,

“(...) el carácter de tal solamente lo proporciona el contenido intrínseco de la gestión defensiva que asuma dicha especie, con absoluta independencia de que así se la moteje. Es bien claro que la mera voluntad del demandado carece de virtud para desnaturalizar el genuino sentido de lo que es una excepción (...) La excepción de mérito es una herramienta defensiva con que cuenta el demandado para desmerecer el derecho que en principio le cabe al demandante; su función es cercenarle los efectos.

Apunta, pues, a impedir que el derecho acabe ejercitándose (...) A la verdad, la naturaleza de la excepción indica que no tiene más diana que la pretensión misma; su protagonismo supone, por regla general, un derecho en el adversario, acabado en su formación, para así poder lanzarse contra él a fin de debilitar su eficacia o, lo que es lo mismo, de hacerlo cesar en sus efectos; la subsidiariedad de la excepción es, pues, manifiesta, como que no se concibe con vida sino conforme exista un derecho; de lo contrario, se queda literalmente sin contendor (...) Por modo que, de ordinario, en los eventos en que el derecho no alcanza a tener vida jurídica, o, para decirlo más elípticamente, en los que el actor carece de derecho porque este nunca se estructuró, la excepción no tiene viabilidad (...) De ahí que la decisión de todo litigio deba empezar por el estudio del derecho pretendido “y por indagar si al demandante le asiste. Cuando esta sugestión inicial es respondida negativamente, la absolución del demandado se impone; pero cuando se halle que la acción existe y que le asiste al actor, entonces sí es procedente estudiar si hay excepciones que la emboten, enerven o infirmen” (G. J. XLVI, 623; XCI, pág. 830).

Es por esto por lo que en el último precedente citado se dijo que:

“En particular no caen en la cuenta [los juzgadores] de lo impropio que es calificar de excepción la simple falta de derecho en el demandante, lo cual, “según los principios jurídicos no puede tener este nombre, porque la falta de acción por parte del actor implica inutilidad de defensa por parte del reo, y aquélla impone la necesidad de la absolución directa sin el rodeo de la excepción”, según viene sosteniendo esta Corporación desde antiguo (XXXII, 202). Débese convenir, entonces, que en estrictez jurídica no cabía pronunciamiento expreso sobre lo que no fue una verdadera excepción, habida consideración de que - insístese- “cuando el demandado dice que excepciona pero limitándose, (...) a denominar más o menos caprichosamente la presunta excepción, sin traer al debate hechos que le den sentido y contenido a esa denominación, no está en realidad oponiendo excepción ninguna, o planteando una contrapretensión, ni por lo mismo colocando al juez en la obligación de hacer pronunciamiento alguno al respecto”; de donde se sigue que la verdadera excepción difiere en mucho de la defensa común consistente en oponerse a la demanda por estimar que allí está ausente el derecho petitionado; y es claro también que “a diferencia de lo que ocurre con la excepción cuya proposición (...) impone la necesidad de que el juez la defina



en la sentencia, la simple defensa no requiere una respuesta específica en el fallo final; sobre ella resuelve indirecta e implícitamente el juez al estimar o desestimar la acción” (CXXX, pág. 19).

La ley 400 de 1997 establece que el Ingeniero o Arquitecto debe utilizar todos los medios aplicables para garantizar la seguridad y hacer una evaluación confiable. En tal sentido, los métodos técnicos representan modernas herramientas que son aplicables en la caracterización del suelo, al comportamiento de una estructura, a la durabilidad de un elemento, etcétera.

La anterior tiene como propósito que los señores Magistrados tengan conocimiento sobre los conceptos que difieren totalmente de la posición tomada por el fallador de primera instancia. Los resultados coincidentes de dos estudios de profesionales firmas especializadas no permiten a nuestro parecer, un debate diferente al de construir soluciones que permitan resolver las deficiencias allí diagnosticadas.

La valoración racional de las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica trasciende las reglas estrictamente procesales, porque la obligación legal de motivar razonadamente las decisiones no se satisface con el simple cumplimiento de las formalidades.

Por el contrario, los instrumentos legales son un medio para alcanzar la verdad de los hechos que interesan al proceso y esta función solo se materializa mediante procesos lógicos, epistemológicos, semánticos y hermenéuticos que no están ni pueden estar reglados por ser extrajurídicos y pertenecer a un plano bien distinto al del tecnicismo dogmático. Así lo precisó la Sala Civil de la H. Corte Suprema de Justicia.

Igualmente, este fallo indicó que estos criterios objetivos garantizan el cumplimiento de la obligación que tiene el juez de motivar las sentencias como garantía del derecho constitucional a la prueba que asiste a las partes.

La apreciación individual y conjunta de las pruebas según la sana crítica no es un concepto vacío, ni una válvula de escape que puede usar el juez para dar la apariencia de racionalidad y juridicidad a sus intuiciones, posturas ideológicas, emociones, prejuicios culturales, políticos, sociales o religiosos, o a sus sesgos cognitivos o de sentido común, explica la alta corporación.

Por el contrario, es un método de valoración que impone a los falladores reglas claras y concretas para elaborar sus hipótesis sobre los hechos a partir del uso de razonamientos lógicos, analógicos, tópicos, probabilísticos y de cánones interpretativos adecuados, que constituyen el presupuesto efectivo de la decisión.

Con base en ello, la valoración individual de la prueba es un proceso hermenéutico, que consiste en interpretar la información suministrada a la luz del contexto dado por las reglas de la experiencia, las teorías e hipótesis científicas y los postulados de la técnica. Para ello, debe contrastar la consistencia del contenido de la prueba (adecuación o correspondencia) con



la realidad, mediante el análisis de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos.

Una vez asignado el mérito individual a cada prueba, se procede a analizar la prueba de manera conjunta mediante el contraste de la información suministrada por cada una de ellas. Con el fin de que sirvan de base para la construcción de hipótesis con gran probabilidad, esto es, sin contradicciones, con alto poder explicativo y concordantes con el contexto experiencia. (M. P. Ariel Salazar Ramírez. H. Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia SC-91932017 (Rad. No. 11001310303920110010801), Mar.29/17).

La valoración de los medios de prueba es una actividad que el juez acomete con un discreto margen de autonomía, inherente al ejercicio de la función de administrar justicia conforme a lo estatuido por el artículo 230 de la Constitución Política, lo que determina que sobre la sentencia que dirime la litis recaiga una presunción de legalidad y acierto, de ahí que la ponderación efectuada sea inmodificable en sede de la impugnación extraordinaria, salvo que se demuestre la existencia de yerros que por sus características de notoriedad y trascendencia, hayan conducido a la violación de normas de derecho sustancial, por lo que debe ser evidente la contrariedad de la decisión adoptada con la realidad que surge del proceso.

La H. Corte Suprema de Justicia, en múltiples oportunidades, ha señalado que el error fáctico generador del indicado quebranto tiene lugar: *«a) cuando se da por existente en el proceso una prueba que en él no existe realmente; b) cuando se omite analizar o apreciar la que en verdad si existe en los autos; y, c) cuando se valora la prueba que si existe, pero se altera sin embargo su contenido atribuyéndole una inteligencia contraria por entero a la real, bien sea por adición o por cercenamiento...»* (CSJ SC, 10 Ago 1999, Rad. 4979; CSJ SC, 15 Sep 1998, Rad. 4886; CSJ SC, 21 Oct 2003, Rad. 7486; CSJ SC, 18 Sep 2009, Rad. 00406).

Empero, para que el fallo sea casado es necesario que la Sala pueda concluir que *«el juicio probatorio del sentenciador es arbitrario o cuando la única ponderación y conclusión que tolera y acepta la apreciación de las pruebas sea la sustitutiva que proclama el recurrente», ya que si la inferencia a la que hubiera llegado, '(...) luego de examinar críticamente el acervo probatorio se halla dentro del terreno de la lógica y lo razonable, en oposición a la que del mismo estudio extrae y propone el censor en el cargo, no se genera el yerro de facto con las características de evidente y manifiesto, por cuanto en dicha situación no hay absoluta certeza del desatino cometido»* (G.J., t. CCLVIII, p. 212 y 213; CSJ SC, 26 Nov. 2010, Rad. 2007-00116-01).

Respecto del estudio de técnico de Iacon S.A.S., se reprocha la falta de valoración, informe delicado que evidencias malas prácticas de construcción desde la perspectiva técnica.

Las conclusiones no puede ser objeto de apreciación de forma aislada, sino dentro del contexto de la misma experticia y de los respectivos soportes.



Así mismo, el dictamen de parte es técnico y detalla las deficiencias encontradas por la perito que corresponden a «vicio de los materiales» y «vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio», por cuales es responsable el constructor en los términos del artículo 2060 del Código Civil.

Los vicios encontrados en las pruebas allegadas son aquellos por los cuales de conformidad con lo preceptuado por el numeral 3° del artículo 2060 del ordenamiento sustantivo civil, están llamados a responder los demandados en su condición de empresarios constructores.

4. FRENTE A LAS PRETENSIONES NEGADAS POR HABER OPERADO EL FENOMENO DE CADUCIDAD y/o PRESCRIPCIÓN POR HABER FENECIDO LA GARANTÍA.

Recuérdese que sólo deberá probarse por parte del consumidor que, dentro de la garantía, se pronunció algún defecto, sin necesidad de demostrar cuáles fueron las causas que lo generaron. Una vez se pruebe el defecto, el constructor sólo podrá excusarse probando alguna de las causales de exoneración.

Frente a este punto de la responsabilidad de los productores y proveedores hay que decir que puede ser uno de los casos excepcionales donde se rompe el principio de relatividad contractual ya que, como menciona la doctora CARMEN LIGIA VALDERRAMA:

“... la garantía es una obligación solidaria entre el productor y el proveedor y, en consecuencia, su cumplimiento puede ser exigido sin limitación alguna, a cualquiera de ellos. De esta forma, la regulación que tiene el estatuto en materia de garantías constituye un claro rompimiento del principio de relatividad de los contratos, pues es una obligación que le puede ser exigida incluso a quien no es parte de la relación contractual, pero que, como consecuencia de hacer parte de la cadena de distribución, estará igualmente obligada” (Valderrama, 2013, 244).

Las deficiencias de las que adolece el proyecto derivan del incumplimiento de la norma desde el mismo proceso de construcción del conjunto residencial compuesto por varios edificios, y por lo tanto, no se requiere documento alguno de manera de antecedente que soporte que tales hechos se presentaron dentro del año de entregadas las áreas comunes como erradamente lo entendió el fallador de primera instancia, a través de la Sentencia recurrida.

Por otro lado, y no menos importante es clarificar lo atinente a que la figura de la solidaridad es aplicable a las cuestiones que atañen a la protección al consumidor, en tanto en artículo 10 de la Ley 1480 de 2011 únicamente hace referencia al proveedor y/o productor.

Como en otrora se anotó, el presente proceso no gira en torno a la declaratoria de incumplimiento de contrato suscrito entre las partes, pues de las pretensiones de la demanda se debe desprender que lo que buscamos es la aplicación de las normas sobre protección contractual plasmadas en el *Estatuto del Consumidor*, invocando que a la relación de consumo surgida entre las partes debe aplicársele un régimen especial de protección, que va más allá de la relación contractual.

La responsabilidad que surge como consecuencia de una relación de consumo va más allá de una relación contractual o extracontractual y se constituye en una relación especial del proveedor o productor frente al consumidor, particularmente si el tema de debate no gira en torno al incumplimiento contractual sino alrededor de la violación de los derechos estatuidos por el legislador a favor de los consumidores.

En lo que respecta a la acción de protección al consumidor, ésta se constituye desde la norma en una importante acción jurisdiccional para que el ciudadano del común acceda a una vía procesal, de carácter declarativo, que le permita instaurar, incluso sin necesidad de abogado, el respectivo proceso verbal sumario⁴, el cual ha de tener en cuenta reglas especiales, las cuales se encuentran establecidas en el artículo 58 de la Ley 1480 de 2011.

Dicha acción de protección al consumidor se instaura ante la SIC en cumplimiento de sus facultades jurisdiccionales, siempre y cuando no exista un trámite especial (Giraldo López, Caycedo Espinel, & Madriñán Rivera, 2012, pág. 175). En dicho sentido, afirma Magdalena Correa Henao: “(...) *el Estatuto del Consumidor se aplica como ius commune (...) en general, a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial; y en los regímenes especiales, la Ley 1480 de 2011 opera en principio como norma suplementaria*”. (Correa Henao, 2013, pág. 109)

Con base en lo anterior, la Ley 1480 coexiste con los sistemas jurídicos presentes en los Códigos General del Proceso, Civil y Comercial, conllevando en la práctica la unificación de diversas regulaciones legales que se encuentran dispersas y refieren a la protección del consumidor (Vargas Ávila, 2013, pág. 477).

Según lo anterior, la acción de protección al consumidor opera sí se dio la siguiente causal: violación de los derechos de los consumidores establecidos en normas generales o especiales en todos los sectores de la economía, que no tengan su origen por responsabilidad de producto defectuoso o en acciones de grupo o populares.

Sin duda, la Ley 1480 de 2011, “*Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones*”, disciplina de manera más amplia, completa, específica y sistemática, la relación producción-consumo,

⁴ “En la disposición del artículo 58 del Estatuto del Consumidor se establece que las acciones de protección al consumidor serán conocidas por la Superintendencia bajo el proceso verbal sumario, sin hacer alusión alguna a la cuantía, lo que indicaría que son de única instancia”. (Giraldo López, Caycedo Espinel, & Madriñán Rivera, 2012, pág. 176).

con el confesado propósito de proteger, promover y garantizar la materialización y el libre ejercicio de los derechos de los consumidores, así como el amparo a su dignidad y sus intereses económicos -*art. 1.º*-. La consagración de estos principios generales cobra inusitada importancia para los operadores jurídicos -*jueces, funcionarios administrativos, abogados, etc.*-, habida consideración de que son normas informadoras de todo el sistema y por tanto vinculantes en cuanto deben aplicarse para decidir los casos concretos.

En el mismo sentido se estatuye en el artículo 2.º el ámbito de aplicación objetivo⁵ y subjetivo -*productores⁶, proveedores⁷ y consumidores⁸*; el catálogo de derechos y deberes de consumidores y usuarios, entre los cuales, en lo que resulta pertinente para el presente escrito, se destacan el derecho a la seguridad e indemnidad, es decir, a que los productos no causen daño en condiciones normales de uso y a la protección contra las consecuencias nocivas; a tener acceso efectivo a las autoridades judiciales y administrativas y reparación integral, oportuna y adecuada de todos los daños sufridos, y a la protección contractual, esto es, ser protegido de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, interpretación favorable, prohibición de ventas atadas, prohibición de modificar unilateralmente el contrato, etc. -*art. 34 y SS.*-. De igual forma, se deja positivizado el carácter de orden público de las normas del Estatuto, lo cual blindará al consumidor frente al productor, proveedor o comercializador, por cuanto cualquier estipulación en contrario⁹ se tendrá por no escrita, amén que en todo caso la ley deberá interpretarse a favor del consumidor.

Se establece la responsabilidad solidaria del productor y proveedor por garantías ante los consumidores, al igual que por daños causados por productos defectuosos -*arts. 6º y 20*-, presumiéndose, cuando no se indique expresamente quién es el productor, que es tal, quien coloque su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo en el producto; y el defecto, cuando se viole una medida sanitaria o fitosanitaria, o un reglamento técnico. También el artículo 42 protege al consumidor de las cláusulas abusivas, estableciendo el concepto de ellas y una enunciación de algunas, con sanción de ineficacia de pleno derecho.

Las referencias últimas que vienen de hacerse, sobre las cuales no se profundiza por cuanto desbordan el objeto de este escrutinio, sin embargo, resultan pertinentes por cuanto, bien en los procedimientos administrativos, ora en los judiciales, surtidos en defensa de los intereses de los consumidores, tienen que ser el norte del operador jurídico, el cual no puede perderlas de vista cuando de cara a un caso concreto desarrolle

5 Regula los derechos y obligaciones surgidas entre productores, proveedores y consumidores y el tema de la responsabilidad en todos los sectores de la economía en los cuales no existe regulación especial.

6 Definido en el numeral 9.º, artículo 3.º como, "*Quien de manera habitual, directa o indirectamente, diseñe, produzca, fabrique, ensamble o importe productos. También se reputa productor, quien diseñe, produzca, fabrique, ensamble, o importe productos sujetos a reglamento técnico o medida sanitaria o fitosanitaria*".

7 Considerando en el numeral 11 de la misma normativa: "*Proveedor o expendedor: Quien de manera habitual, directa o indirectamente, ofrezca, suministre, distribuya o comercialice productos con o sin ánimo de lucro*".

8 Consumidor o usuario es: "*toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no está ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario*".

9 Salvo acuerdos patrimoniales derivados de cualquier método alternativo de solución de conflictos después de surgida una controversia entre el consumidor y productor o proveedor, o los casos específicos referidos en la ley.

su función. Constituyen, pues, verdaderos imperativos legales de aplicación obligatoria y preferente.

Un tema relevante en su tratamiento es del concepto de consumidor, genérica y precariamente definido en la literal c), artículo 1.º del Decreto 3466 de 1982, así: *“toda persona, natural o jurídica, que contrate la adquisición, utilización o disfrute de un bien o la prestación de un servicio determinado, para la satisfacción de una o más necesidades”*, caracterización que hubo de precisar la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos¹⁰:

Aunque en la definición no se emplea ningún parámetro relacionado, por ejemplo, con el hecho de que la persona deba ser consumidor o destinatario final del bien o servicio, o con la circunstancia de que el uso o consumo se enmarque o no dentro de una actividad profesional o empresarial, como ocurre en otros países, ello no puede conducir, por la simple imprecisión terminológica, a pensar que todos los sujetos que interactúan en el tráfico de bienes y servicios conforman tal categoría -consumidores- y que, por ende, a ellos indistintamente les sean aplicables las normas especiales, pues con semejante entendimiento se desnaturalizaría, por vía de la generalización, un estatuto excepcional destinado a proteger a determinados sujetos de las relaciones de intercambio.

Añadió la alta corporación que la vaguedad del concepto legal del consumidor acogido en el referenciado estatuto no puede conducir a un entendimiento indiscriminado, por cuanto perdería toda razón de existencia de un régimen especial, abogando porque se indague sobre la finalidad concreta que el sujeto -persona natural o jurídica- busque con la adquisición, utilización o disfrute de un determinado bien o servicio, para reputarlo consumidor solo en aquellas eventualidades en que se aspire a la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar, doméstica o empresarial, *“en tanto no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica propiamente dicha, aunque pueda estar vinculada, de algún modo, a su objeto social-, que es lo que constituye el rasgo característico de una verdadera relación de consumo”*, conclusión a la cual hizo arribo luego de revisar el Derecho comparado latinoamericano y europeo.

Parece que las voces de la jurisprudencia del órgano de cierre colombiano en lo civil fueron acogidas por el Congreso de la República cuando dictó la Ley 1480 de 2011, dado que en el numeral 3, artículo 5.º estableció: *“Consumidor o usuario. Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no está ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario”*, definición a todas luces guiada por la precisión y un carácter más completo en cuanto involucra elementos no contenidos en el Decreto 3466 de 1982, como el destino final de los bienes o servicios, así como la satisfacción de necesidades propias, privadas,

¹⁰ Sentencia de 3 de mayo de 2005, M.P.: César Julio Valencia Copete.

familiar o doméstica y empresarial, precisando con relación a la empresa, que la adquisición de ese bien o servicio no está ligada o sea conexa a su actividad económica. Es decir, que en tratándose de empresas o personas jurídicas, la adquisición del bien o servicio no debe estar dentro de su objeto social o giro normal de su desempeño económico, puesto que, de ser así, no califica en la concepción que la ley tiene de consumidor y todo el plexo normativo de protección al mismo como parte débil de la operación producción-consumo. Este punto de vista, según la Corte en la Sentencia que se cita, es el que puede identificarse en numerosos ordenamientos jurídicos que, como adelante se examinará, catalogan únicamente como consumidor a quien sea destinatario final del bien o servicio, o, por otro lado, exigen que la adquisición o utilización esté ubicada por fuera de la esfera de actividad profesional o empresarial de quien se dice consumidor; adicionalmente, no está de más anotar que una postura similar es la adoptada por la Superintendencia de Industria y Comercio cuando, dentro de su competencia, ha conceptualizado sobre el alcance del término que se viene estudiando (Concepto 96027242 de 2 de septiembre de 1996, 96060904 de 28 de noviembre de 1996, 97023655 de 15 de julio de 1997, 99067274 de 4 de febrero de 2000, 02108233 de 17 de enero de 2003 y 03025237 de 9 de mayo de 2003; Cfr. Compendio de doctrina sobre protección del consumidor 1992-1999, Ministerio de Desarrollo Económico, Superintendencia de Industria y Comercio, 2000, pp. 152-160, y [<http://www.sic.gov.co>]).

La Superintendencia de Industria y Comercio, en ejercicio de funciones jurisdiccionales, reemplaza al juez de primera o única instancia de la jurisdicción ordinaria que sería competente para conocer de las acciones de protección al consumidor por razón de la cuantía, conforme a lo consagrado en el inciso 2° del numeral 1° del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011. De lo que se colige que, la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales al ejercer sus funciones actúa, excepcionalmente, como un juez de jurisdicción ordinaria.

Sumado a lo anterior, se encuentra que el legislador a través del artículo 24 del Código General del Proceso expresamente confirió funciones jurisdiccionales a la Superintendencia de Industria y Comercio para conocer las acciones de protección al consumidor, a la cual corresponde el trámite de la referencia, como se expuso en líneas anteriores.

Debemos tener en cuenta además que el Código General del Proceso excluyó la falta de legitimación en la causa como excepción previa.

Ahora bien, debemos tener en cuenta, que el artículo 282 del C. G. del P. estableció: *“En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyan una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda.”*

El evidente auge de la construcción de inmuebles y la existencia de normas que regulan específicamente su desarrollo así como las obligaciones y parámetros técnicos a seguir, y la especialización de roles al interior de esa actividad que permite identificar sujetos distintos del constructor, tales

como promotores inmobiliarios, dueños de la obra, vendedores, gerentes de proyecto, financiadores, arquitectos, ingenieros de suelos, ingenieros calculistas, diseñadores de elementos estructurales y no estructurales, e interventores o supervisores técnicos, entre otros, ha determinado que cuando dichos bienes presenten deficiencias, sean diversas las opciones del adquirente para reclamar su protección en relación con los varios intervinientes.

Respecto del constructor, promotor inmobiliarios, dueño de la obra, vendedor, gerente del proyecto, financiador, arquitecto, ingeniero de suelos, ingeniero calculistas, diseñador de elementos estructurales y no estructurales, e interventor o supervisor técnico, entre otros, también se puede denunciar el incumplimiento de las normas técnicas especiales relativas a la idoneidad, calidad y seguridad del bien ante las autoridades administrativas competentes para que sean impuestas las sanciones correspondientes, o solicitar la efectividad de la garantías de eficiencia y calidad, cuya protección procura el Estatuto del Consumidor y el artículo 78 de la Constitución Política, que consagra en beneficio del consumidor la exigencia de la «calidad de bienes y servicios».

Por último, la responsabilidad del constructor está regulada por diversos tipos de normas:

Ley 9 de 1989, Ley 388 de 1997 y demás normas complementarias, sobre reforma urbana y reordenamiento territorial, la Ley 546 de 1999 que estableció el sistema de financiación para la construcción y adquisición de vivienda, la Ley 400 de 1997, modificada por la Ley 1229 de 2008, sobre construcciones sismo resistentes.

Igualmente, los estatutos profesionales de la ingeniería y la arquitectura (leyes 842 de 2003 y 435 de 1998), así como la actividad de los técnicos constructores Ley 14 de 1975, Decreto 1469 de 2010, Ley 1796 de 2016 denominada: “Ley de vivienda segura” y el Decreto 1203 de 2017, entre otras; a través de las cuales se impone deberes específicos de prevención de perjuicios a terceros, que debe observar el constructor para que su conducta sea diligente. So pena, de que se considere que el Constructor ha incurrido en culpa por negligencia a los preceptos legales y consecuentemente estará obligado a los apremios legales de su conducta.

Por su parte, el constructor es responsable del trabajo ejecutado por las personas que ocupe en la obra, de tal manera, que asume la responsabilidad por los trabajos efectuados por los diferentes oficios.

Además, el constructor está llamado a cumplir con la entrega del inmueble comprado según diseños, especificaciones, precio y tiempo. Como normalmente en un alto porcentaje el comprador no tiene conocimiento técnico y no sabe si lo que le entregan cumple con todas las especificaciones técnicas. Tanto para el constructor como para el comprador es importante tener claras las garantías que el primero debe cumplir y que existen entidades dedicadas a verificar su cumplimiento.

La Ley 400 de 1997, contempla las siguientes definiciones:

" Para los efectos de esta Ley se entiende por:

1. Acabados o elementos no estructurales. Partes y componentes de una edificación que no pertenecen a la estructura o a su cimentación.

(...)

18. Estructura. Es un ensamblaje de elementos, diseñado para soportar las cargas gravitacionales y resistir las fuerzas horizontales.

(...)

26. Líneas vitales. Infraestructura básica de redes. Tuberías o elementos conectados o continuos, que permite la movilización de energía eléctrica, agua, combustibles, información y el transporte de personas y productos, esencial para realizar con eficiencia y calidad las actividades de la sociedad.

(...)".

Sobre el particular, la doctrina ha realizado el siguiente análisis:

“En este sentido, la ley estableció una garantía mínima legal de 10 años para la estabilidad de la obra, y de un año para los acabados, término de que no puede ser disminuido en ningún caso. Sobre la estabilidad de la obra, ésta puede verse afectada principalmente por tres situaciones: problemas de suelos, problemas de materiales o problemas de construcción; los constructores y vendedores deberán responder por cualquiera de ellas.

Para los acabados, se debe responder no solo con los internos de la vivienda como puertas, ventanas, etc., sino también los que hacen parte de las zonas comunes, en caso de que el inmueble haga parte de una propiedad horizontal.¹¹”

El mismo Estatuto del Consumidor señala en el segundo inciso de su artículo 2, que las normas allí consagradas tienen una aplicación suplementaria, esto es, complementaria o supletiva de las regulaciones especiales que se establezcan para cada sector de la economía¹².

De allí, que no sea cierto que la Ley 1480 de 2011, derogue todos los regímenes especiales y dé un tratamiento idéntico a todos los sectores de la economía. Las normas y garantías allí establecidas se aplican de manera complementaria a otro tipo de normas especiales, con lo cual las múltiples regulaciones se suman o adicionan, en vez de superponerse o derogarse mutuamente (Echeverri, 2012; Giraldo, Caycedo & Madriñán, 2012; Ossa, 2013).

No se trata de constitucionalizar, a cambio de las leyes naturales, todas las coyunturas y controversias que surgen entre los particulares, o bien, entre estos y el Estado por los defectos en la construcción, aunque el propósito general de la Norma Superior es la protección de derechos de quienes han

¹¹ Giraldo López Alejandro, Caycedo Espinel Carlos Germán y Madriñán Rivera Ramón Eduardo, Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor, Legis, Primera Edición, 2012, página 48.

¹² Ley 1480 de 2011. Artículo 2°. Inciso 2. Las normas contenidas en esta ley son aplicables en general a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial, evento en el cual **aplicará la regulación especial y suplementariamente las normas establecidas en esta Ley.** (Resalto y subrayo).

adquirido una vivienda¹³ para su propia habitación, goce o uso o, incluso, de quien la adquiere para negocio o comercio, lo que sí es claro, independientemente del tipo de proceso, el entendido constitucional que advierte que “... *El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades*”¹⁴, especialmente cuando lo que conllevan son riesgos sociales.

En consecuencia, dichas responsabilidades deben ser asumidas por los generadores de los riesgos de conformidad con el orden jurídico establecido y, su procedimiento judicial o administrativo es el fijado según el asunto, usuarios, compradores y constructores están sujetos a lo que han establecido en los contratos de uso o compra venta. No obstante, la libertad contractual, les está completamente prohibido apartarse de las reglamentaciones establecidas.

Esta situación impregna y le da el carácter de “orden público” a estas cláusulas, las cuales se entienden como una exigencia perentoria para la protección de la parte débil del contrato y, además, sirve como garantía para que se dé el cumplimiento de “*las condiciones mínimas de seguridad, tranquilidad, salubridad y moralidad que deben existir en el seno de la comunidad*”.

El objetivo, es proteger los intereses, tanto de los relacionados y vinculados por un contrato como los derechos que tienen los terceros de evitar la construcción de edificaciones sin el cumplimiento de los requisitos técnicos que las hacen altamente riesgosas y viciosas. Lo que se trata, en estos términos, es lograr una buena práctica de conformidad a la naturaleza misma de las construcciones que, en todos los casos, tiene vocación de durabilidad y permanencia en perfecto estado de conservación y buen funcionamiento.

En idéntico sentido, como eslabón substancial en todo el andamiaje constructivo, está el deber profesional de quienes intervienen en las distintas actividades, como el dueño del proyecto, el constructor, el arquitecto, el ingeniero, el interventor y, así, todas las personas que participan en la ejecución de la obra, quienes se obligan al ejercicio profesional conforme las buenas prácticas de las reglas del arte, quedando atados, solidariamente, con el dueño de la obra de acuerdo al rol desempeñado y conforme su oficio o profesión.

Estas situaciones, más que razones, exigen de los constructores respeto por las reglas de la pericia y la *lex artis*¹⁵, pues se entiende que los vicios en la construcción van más allá del posible perjuicio derivado de un incumplimiento contractual, “*interpartes*”, toda vez que afectan la seguridad del público en general.

Es posible entender entonces que el constructor no queda relevado de su responsabilidad, aunque existan actas de recibo, ni quien reciba la obra

¹³ Constitución Política, art. 51.

¹⁴ Constitución Política, art. 95.

¹⁵ “Lex Artis” término que proviene de la lengua latina y traduce como “Ley del Arte”. También denominada como buena técnica o correcta práctica en una determinada profesión.



tenga todos los conocimientos en virtud de su oficio o profesión, además, se mantendrá la contingencia de la responsabilidad respecto de terceros, aunque la obra le haya sido recepcionada con pleno conocimiento de vicios o defectos.

La obligación de garantía es solidaria entre los intervinientes en la construcción y comercialización del proyecto inmobiliario o el inmueble nuevo, que conforme a las definiciones legales puedan ser considerados como productor o proveedor. Esta obligación comprende que el bien sea conforme, es decir, que el inmueble nuevo que se venda en Colombia cumpla con la calidad, idoneidad y seguridad del bien legalmente exigibles o las ofrecidas (art. 5 núm. 5 Ley 1480 de 2001). Por calidad se entiende, según esta norma: *"Condición en que un producto cumple con las características inherentes y las atribuidas por la información que se suministre sobre él"*; ello implica que el inmueble tenga las características que tienen todos los inmuebles nuevos de su tipo o las que el vendedor le informó al consumidor. En cuanto a lo inherente, debe tenerse en cuenta que las normas obligatorias de construcción (nacionales o municipales) y de propiedad horizontal imponen requisitos mínimos en cuanto a las especificaciones de los inmuebles nuevos, las cuales deben ser cumplidas por los constructores; todos esos requisitos se entienden como inherentes y por lo tanto la falta de alguno de ellos implicará una infracción a la obligación de garantía, sancionable desde la órbita de las normas de protección al consumidor. Igualmente, lo inherente se referirá a todo aquello que de manera habitual en el mercado cumple o hace parte de un inmueble, por ejemplo, que tenga unas zonas comunes destinadas a la recreación de los niños, o inclusive sería lógico pensar que, si el inmueble es nuevo, los accesorios y bienes que son considerados inmuebles por adhesión o destinación sean igualmente nuevos. Para soportar dichas afirmaciones basta recordar que el artículo 3 de la Ley 1480 de 2011, en su numeral 1.1, postula que los consumidores tienen derecho a recibir productos de calidad de conformidad con la garantía legal, lo ofrecido y las condiciones habituales del mercado.

Mientras tanto, por idoneidad, según el *Estatuto de Protección al Consumidor*, se entiende la *"aptitud del producto para satisfacer la necesidad o necesidades para las cuales ha sido producido o comercializado"*, lo que implica que un inmueble nuevo destinado a vivienda será idóneo si efectivamente puede ser habitado en las condiciones normales que se esperan o que se promocionaron (art. 5 núm. 6). Igualmente dice la norma que cuando exista reglamento técnico el bien inmueble debe cumplir con el mismo (art. 6). Al respecto debe acotarse que en Colombia existen reglamentos técnicos aplicables a bienes inmuebles nuevos. El no cumplimiento de lo especificado por el reglamento técnico, incluyéndose aquí el Código de Construcción de Bogotá Acuerdo 20 de 1995, implica una infracción a la obligación de garantía, y en este caso el producto se presumirá inseguro según el numeral 14 del artículo 5 del mencionado Estatuto.

Así mismo, en el caso de no entrega del inmueble o retardo en ella, este asunto queda cobijado por la obligación de garantía, dado que la imposibilidad de gozar del bien según la norma hace parte de dicha

obligación (art. 11 núm. 6). El no cumplimiento de la entrega de las áreas privadas o comunes anunciadas también queda comprendido en este tema, tanto como el incumplimiento en materia de acabados y líneas vitales del inmueble, así se trate de asuntos meramente estéticos, ya que estos se ligan a la calidad del bien. Con mayor razón el deterioro de los acabados y de la estructura del inmueble, ya sea al interior de las unidades habitacionales o en áreas comunes, se entiende incluido en la calidad. Adicionalmente, la obligación de garantía también cobija la seguridad del bien, es decir, el caso en que un bien inmueble nuevo, por un problema de construcción o diseño, no ofrezca la razonable seguridad a que los consumidores tienen derecho. En este último caso el consumidor, sin necesidad de haber sufrido un daño, puede exigir que se ordene al constructor adecuar el inmueble para garantizar dicha seguridad o, en caso de que no sea posible, pedir la indemnización de los perjuicios.

Tan es así que importantes doctrinantes han presentado y desarrollado ciertas críticas frente al alcance de la mencionada garantía inmobiliaria. Así, por el ejemplo, el Doctor Javier Tamayo Jaramillo, considera que la garantía decenal es desproporcionada y va en detrimento de los constructores.

Concretamente menciona:

“Esa garantía de 10 años es muy peligrosa e inequitativa para los constructores en relación con los daños producidos en algunos componentes de la construcción. Uno entiende que la garantía de 10 años se aplique a la estructura de la construcción y a ciertos equipamientos, pero no es justo ni lógico que el constructor tenga que responder durante diez años por la calidad de la pintura, o por la calidad de algunos componentes eléctricos” (Tamayo, 2010, 1373).

Ahora bien, ¿qué sucede si las partes pretenden modificar alguno de los términos legales previstos por la ley civil y el Estatuto en esta materia? **Ocurre, que las partes no pueden pactar en contrario para efectos de fijar un término de garantía inferior.**

En palabras de la doctora Carmen Ligia Valderrama se resolvería esa duda de la siguiente forma:

“Al respecto téngase en cuenta que la imposibilidad de pactar un término inferior al de los 10 años, no tiene sustento en que dicho término previsto en la ley 1480 de 2011, pues se reitera dichos términos son de aplicación residual, sino con base en que el término por la estabilidad de la obra tiene consagración expresa en el código civil. No sucede lo mismo con el término previsto para los acabados de la obra, pues al no estar consagrados en una disposición distinta a la ley 1480 de 2011, las partes podrán pactar, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, un término inferior a un año” (Valderrama, 2013, 263).

La anterior conclusión tiene respaldo por parte de otros doctrinantes, como son el doctor Javier Tamayo Jaramillo o Dionisio Manuel de la Cruz, el cual en la publicación de la revista Contexto No. 37 de la Universidad del



Externado afirma que *“en los contratos de compraventa de inmuebles, cualquier cláusula que vaya contra esa norma (la que establece el termino de 10 años) se tendrá por no escrita, y no tendrá campo para la interpretación”* (Cruz, 2012, pág. 19).

Por desgracia, las definiciones encontradas pertenecen a doctrinantes de otros países específicamente Argentina y Chile, sin embargo, por efectos netamente investigativos, se traen a colación para realizarles el respectivo examen.

Sobre la noción de Ruina el tratadista chileno ARTURO ALESSANDRI RODRÍGUEZ expone que: *“Para que exista el daño es necesario que provenga de la caída de los materiales incorporados al edificio, de los materiales que lo forman o constituyen, sólo ahí hay ruina”* (Alessandri, 1949, pág. 348).

Por otro lado, la doctrina argentina, especialmente el doctor ROQUE FORTUNATO GARRIDO, menciona que no se debe entender el concepto de ruina como algo restringido.

Concretamente señala que:

“No es necesario que se produzca el derrumbe del edificio o la destrucción total de la obra, bastando un deterioro de tal importancia que determine un peligro cierto o inmediato o signifique una amenaza - próxima o remota - de que la cosa puede llegar a arruinarse o deteriorarse, comprometiendo la existencia, la solidez y duración de la obra, es decir su estabilidad...” (Garrido, 1984).

El concepto anterior es más apropiado, puesto que la norma es clara al anunciar tanto a la ruina propiamente dicha, como a la simple amenaza de ruina, motivo por el cual el ámbito de aplicación de este artículo 2060 del Código Civil debe considerarse de manera amplia. Ahora bien ¿Qué sucede en la normatividad colombiana si los daños producidos no provienen del concepto de ruina?

Frente a estos casos, y en el aspecto jurídico local, hay que mencionar al reconocido jurista TAMAYO JARAMILLO el cual formula la tesis de la necesidad de hacer extensiva la garantía a daños diferentes a la ruina, en los siguientes términos:

“no vemos porque en el derecho colombiano no pueda hacerse extensiva la garantía a daños diferentes a los de la ruina. La voluntad del legislador de consagrar la garantía decenal es la de obligar a los constructores a edificar en forma adecuada. Piénsese así mismo que la mayoría de los defectos de construcción sólo se pueden percibir al cabo de los años, por lo tanto, prácticamente le es imposible al comprador o al dueño del edificio detectar los defectos de construcción que, en cierta forma son imperceptibles al momento de la recepción de los trabajos o durante los primeros meses posteriores a la entrega. Sin embargo, creemos que el vacío legal no tiene mucha importancia, por cuanto nuestro artículo 2060 habla de que la garantía decenal es aplicable si el edificio perece o amenaza ruina. Esto quiere decir que cualquier defecto

de construcción que haga eventual la producción de un daño debe considerarse amparado por la norma. En conclusión, podemos decir que la garantía decenal de los artículos 2060 y 2451 del Código Civil es aplicable a todos los daños provenientes de un vicio en la construcción independientemente de que haya ruina” (Tamayo, 2010, pág. 1369).

Dicho vicio es de suma importancia ya que el indebido uso de los materiales puede hacer que ocurran un sinnúmero de contratiempos, estos pueden poner en riesgo la estabilidad de la obra y en mismo sentido la vida y protección de las personas que ocupan el sitio.

Cuando se habla de los vicios en los materiales es necesario distinguir y diferenciar las responsabilidades de los intervinientes ya que el artículo 2060 del Código Civil, específicamente el numeral 3ro expone lo siguiente:

“Si el edificio perece o amenaza ruina, en todo o en parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales, será responsable el empresario; si los materiales han sido suministrados por el dueño, no habrá lugar a la responsabilidad del empresario sino en conformidad al artículo 2041, 2057 inciso final” (Código Civil, Artículo 2060, 2010).

El doctor JAVIER TAMAYO JARAMILLO, considera que la garantía decenal es desproporcionada y va en detrimento de los constructores.

Concretamente menciona:

“Esa garantía de 10 años es muy peligrosa e inequitativa para los constructores en relación con los daños producidos en algunos componentes de la construcción. Uno entiende que la garantía de 10 años se aplique a la estructura de la construcción y a ciertos equipamientos, pero no es justo ni lógico que el constructor tenga que responder durante diez años por la calidad de la pintura, o por la calidad de algunos componentes eléctricos”- (Tamayo, 2010, 1373).

Ahora bien. ¿Qué sucede si las partes pretenden modificar alguno de los términos legales previstos por la ley civil y el Estatuto en esta materia? Ocurre, que las partes no pueden pactar en contrario para efectos de fijar un término de garantía inferior.

En palabras de la doctora CARMEN LIGIA VALDERRAMA se resolvería esa duda de la siguiente manera:

“... en cuanto al término de 10 años de garantía por estabilidad de la obra, debemos precisar que esta es una disposición que replica lo dispuesto en el artículo 2060 del Código Civil, motivo por el cual, teniendo en cuenta los criterios de aplicación de los términos de garantía, no es posible que las partes fijen un término inferior, dado que este tiene consagración expresa en la ley.”

“Al respecto téngase en cuenta que la imposibilidad de pactar un término inferior al de los 10 años, no tiene sustento en que dicho término previsto en la Ley 1480 de 2011, pues se reitera dichos términos son de aplicación residual, sino con base que el término de la estabilidad de la obra tiene consagración expresa en el Código Civil. No sucede lo mismo con el término previsto para los acabados de la obra, pues al no estar consagrados en una disposición distinta a la Ley 1480 de 2011, las partes podrán pactar, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, un término inferior a un año” (Valderrama 2013, 263).

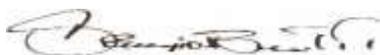
La anterior conclusión tiene respaldo por parte de otros doctrinantes, como lo son el doctor TAMAYO JARAMILLO o DIONISISO MANUEL DE LA CRUZ, el cual en publicación de la revista Contexto No. 37 de la Universidad Externado afirma que *“en los contratos de compraventa de inmuebles, cualquier cláusula que vaya en contra de esa norma (la que establece el término de 10 años) se tendrá por no escrita, y no tendrá campo para la interpretación”*. (Cruz, 2012, pág. 19).

Los vicios encontrados en las pruebas allegadas son aquellos por los cuales de conformidad con lo preceptuado por el numeral 3° del artículo 2060 del ordenamiento sustantivo civil, están llamados a responder los demandados en su condición de empresarios constructores, como quedó anotado.

De contera, el fallador tuvo por probada el vencimiento de la garantía y la prescripción de la acción mediante un inadecuado y erróneo cálculo que aplicó injustamente a todas las torres que componen el Conjunto Residencial, para la torre 12 inclusive, a la cual no se le puede aplicar el vencimiento de garantía por *“acabados”* al haberse efectuado requerimiento al respecto el 3 y el 5 de marzo de 2019 antes del agotamiento anual desde fecha de entrega, y por ende, quedando sin cabida la prescripción de la acción.

De conformidad con los anteriores argumentos, solicito atentamente que se **REVOQUE** la decisión de instancia, en cuanto accederse a las pretensiones elevadas, ordenándose en su lugar acceder a las conclusiones a las que llegaran los expertos, tanto en el informe técnico elaborado por la firma IACON SAS, como el peritaje radicado y que no quiso ser valorado, no sin antes precisar que no debe haber lugar a condenar en costas al recurrente, ante la eventual prosperidad del recurso.

De la señora Magistrado, atentamente;



SERGIO ANDRÉS BELLO MAYORGA

C.C. No. 79'779.727 de Bogotá,
T.P. No. 121.863 del C. S. de la J.

JOSE MANUEL CHAVEZ VELOZA

ABOGADO CONCILIADOR

Señores

MAGISTRADOS TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA SALA CIVIL

M.P. Dra. CLARA INES MARQUEZ BULLA

Ciudad.

REF: VERBAL DE MAYOR CUANTIA No. 2018-0511-01

DEMANDANTE: ADIEL GUERRERO ACERO Y OTROS.

DEMANDADOS: ELIECER AICARDO VILLAMIL, CARLOS EDUARDO DIAZ

GALVIS; SEGUROS DEL ESTADO Y COOPERATIVA ASOCIACION DE

TRANSPORTADORES DE COLOMBIA- COOPTELETAXI-

SUSTENTACION RECURSO APELACION SENTENCIA

En calidad de apoderado judicial de la demandada COOPERATIVA ASOCIACION DE TRANSPORTADORES DE COLOMBIA- COOPTELETAXI-, dentro del término legal acudo a su despacho para manifestar que SUSTENTO el recurso de **APELACION** propuesto contra la sentencia de primera instancia, proferida por su despacho con fecha 22 de febrero, notificada por estado el 23 de febrero del año en curso, RATIFICANDOME INTEGRAMENTE en los argumentos esbozados ante el A-quo, así:

RAZONES DE INCONFORMIDAD CON LA DECISION DE PRIMERA INSTANCIA:

PRIMERA: Respecto a la excepción denominada **COMPENSACION DE CULPAS**, respeto, pero no comparto el criterio del despacho al negar esta excepción con fundamento en que el demandante no tuvo ninguna injerencia en el accidente y que fue la conducta desplegada por el conductor del taxi la causa, preponderante, decisiva y determinante de la causación del accidente.

Es claro que el demandante al momento del accidente asumía el rol de conductor de la motocicleta, por tanto, a él también le aplican todos los principios y presunciones de una actividad peligrosa, el acatamiento de las normas de tránsito, el deber objetivo de cuidado, el principio de confianza, pero por su cuenta y riesgo se expuso al hecho dañoso porque transitaba por un carril prohibido, iba con exceso de velocidad y no bajó la velocidad al llegar al cruce.

Dentro del proceso no se probó documentalmente que el demandante tuviera autorización para transitar por el carril exclusivo de trasmilenio, luego estaba infringiendo las normas de tránsito de que trata la Ley 769 de 2002.

Enseña el alto tribunal que, tratándose del tráfico terrestre, se deben seguir las siguientes pautas.

1-. Los usuarios de las vías deben actuar como lo haría una persona razonable y prudente puesta en el lugar del agente, de manera que si no obra con arreglo a esas exigencias infringirá el deber objetivo de cuidado.

En este caso demandante y demandado, eran usuarios de la vía en calidad de conductores y a ambos correspondía el deber objetivo de cuidado y el cumplimiento de las normas de tránsito.

2.- Acatar las normas de orden legal o reglamentario, en este caso el demandante se desplazaba por un carril prohibido y el conductor del taxi jamás lo imaginó. Contrario a lo señalado por el A-quo, con las lesiones sufridas, daños de los vehículos y lugares de impacto, se puede definir claramente, que el demandante se desplazaba a una

Calle 28 No. 32 A-67 Oficina 204 Telefax 2 440622

Cel. 310 3111949 E mail: Luzabogados@hotmail.com

Bogotá D.C.

JOSE MANUEL CHAVEZ VELOZA

ABOGADO CONCILIADOR

velocidad superior a la permitida, pues si hubiera ido, como dijo, a 30 K/H, ni siquiera se hubiera producido el accidente pues fácilmente habría evadido al conductor del taxi.

Es así, que el demandante en su interrogatorio aceptó que iba a mayor velocidad cuando manifestó que iba entre 40 y 50 K/H cuando la realidad debió ser mucho mayor la velocidad porque no le dio capacidad de reacción frente al obstáculo presentado en la vía.

Existen además contradicciones en el dicho del demandante respecto de las circunstancias del accidente y lo registrado por el agente, como es el caso del semáforo ya que el señor ADIEL dice que estaba en verde, pero el informe dice que estaba intermitente, es decir, que tanto el conductor de la moto como el del taxi debieron tener mayor precaución al llegar a la intersección.

No existe una señal de tránsito que indique que estaba prohibido el giro a la izquierda y por esa razón en el informe el agente NO dejó plasmado que hubiera señal alguna pues en efecto no hay señal ni vertical ni horizontal que así lo prohíba.

Sin embargo, en este proceso, a pesar de que el lesionado también era conductor, no se valoró su conducta al momento del accidente y toda la responsabilidad la endilgan al conductor del taxi.

3.- Dar cumplimiento al principio de confianza, consistente en que quien se comporta en el tráfico de acuerdo con las normas puede y debe confiar en que todos los participantes en el mismo tráfico también lo hagan, a no ser que de manera fundada se pueda suponer lo contrario.

4.- Observar el criterio del hombre medio, en razón del cual el funcionario judicial puede valorar la conducta comparándola con la que hubiese observado un hombre prudente y diligente situado en la posición del autor.

El proceder del demandante salió de los parámetros mencionados por tanto su conducta si influyó en el resultado dañoso.

De acuerdo con lo normado en el artículo 2357 del ordenamiento civil, según el cual *“la apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente”*, se debe aplicar en este caso, teniendo en cuenta que el demandante también fungía como conductor al momento del accidente y con su actuar imprudente, negligente e imperito participó en la causación de sus lesiones.

En sentencia SC2107-2018, radicación 11001-31-03-032-2011-00736-01 de la Corte Suprema de Justicia Sala Civil, de fecha 21 de febrero de 2018 MP Dr. Luis Armando Tolosa Villabona, respecto al tema de la compensación de culpas o concurrencia de hechos señaló:

“En cuanto a la conducta de la víctima, analizada desde lo culpabilístico, es concurrente del hecho dañoso, por infringir los artículos 77 y 79 de la Ley 769 de 2002 (Código Nacional de Tránsito Terrestre), al aparcar en lugar prohibido y sin encender las luces de parqueo. Empero, la violación de tales normas viales, no resultan incidentes en un 50% de la causa del accidente, pues amén de su transgresión, el otro maquinista lo vio a cierta distancia estacionado, sólo que éste fue negligente, pues al no disminuir la velocidad ni cambiar de calzada, chocó con él.

*Sin embargo, aunque el obrar de Carlos Alirio Méndez Lache no fue determinante en una mitad en la producción del resultado dañoso, su actuar, aunque pasivo por no desarrollar al momento de la colisión la actividad peligrosa de la conducción, fue causante como mínimo del mismo, porque al detenerse sobre la carretera, **asumió un riesgo razonablemente previsible, propio de las incidencias de la circulación,***

Calle 28 No. 32 A-67 Oficina 204 Telefax 2 440622

Cel. 310 3111949 E mail: Luzabogados@hotmail.com

Bogotá D.C.

JOSE MANUEL CHAVEZ VELOZA

ABOGADO CONCILIADOR

como lo es el de resultar impactado, ya sea por la actividad de otro conductor.
(negrilla y subrayado fuera de texto)

Debió entonces tomar “precauciones” a fin de evitar el siniestro, como haber parqueado en una berma, o en un lugar permitido para ello, evitando, en todo caso, convertirse en un obstáculo directo para vehículos en marcha en un segmento de la vía que les permite alcanzar altas velocidades.

Así las cosas, la mencionada negligencia y situación de riesgo provocada por el demandante, conducen a esta Corte, en atención a los elementos concausales y culpabilísticos, a modificar su porcentaje de concurrencia en un 40%.”

En este caso, si fue tenido en cuenta el incumplimiento de las normas de tránsito de la víctima como concurrente del hecho dañoso, lo que conllevó a aplicar un porcentaje de concurrencia para ser descontado de las sumas reconocidas.

En cambio, en el caso que nos ocupa, considero el titular del despacho que el incumplimiento de las normas de tránsito en que incurrió el demandante (ir por un carril prohibido, exceso de velocidad, no parar en cruce) no tuvieron ninguna incidencia en la ocurrencia del accidente, con lo que difiero totalmente, teniendo en cuenta el antecedente jurisprudencial al que hago referencia.

Por esta razón es que solicito al Ad-quem que, al momento de resolver el recurso, se sirva discernir en profundidad la conducta desplegada por el lesionado, que también era conductor de la motocicleta al momento del accidente y se sirva aplicarla en su justa medida.

SEGUNDA: Respecto a la **OBJECCIÓN** en la cuantificación de perjuicios, que echa de menos el A-quo, difiero de su apreciación toda vez que como se puede observar en el proceso, con la contestación de la demanda este apoderado objetó la estimación de perjuicios presentada por la actora por considerarlos excesivos en razón a que el demandante como funcionario activo de la policía siguió devengando su salario y prestaciones sociales, porque la atención médica fue cubierta inicialmente por el SOAT y luego por la EPS y porque se estaban cobrando perjuicios a la familia extensiva sin fundamento alguno.

Esto se probó con las declaraciones de los testigos arrimados por el demandante cuando manifestaron que la compañera no convivía con el demandante al momento de los hechos, ella vivía en Ocaña y él en Bogotá, laboraba para obtener sus propios ingresos es decir, que no dependía económicamente del señor ADIEL; por su parte la mamá del demandante, tampoco vivía con él, la veía en muy pocas ocasiones y tampoco dependía económicamente de él y la hija no convivía de tiempo completo con el demandante y no estaba viendo por ella de manera voluntaria, sino por una demanda de alimentos donde le descontaban alguna suma de dinero, luego tampoco se causó afectación.

Por otro lado, en cuanto a los supuestos perjuicios o afectaciones causadas al señor ADIEL, no se dieron toda vez que como él mismo lo manifestó en su interrogatorio así como el testigo compañero de trabajo señor EDISON, después del accidente siguió laborando en la policía y devengando sus salarios y prestaciones sociales y fue retirado en el 2019 a través de un proceso donde hizo valer todos sus derechos económicos, es decir, que no hubo afectación económica pues nunca dejó de percibir sus salarios y prestaciones.

Y me da la razón la sentencia, cuando en ella se condenó a una suma muy inferior a la pretendida, precisamente porque los perjuicios eran excesivos y no fueron demostrados; no se demostró la calidad de compañera permanente de una de las

Calle 28 No. 32 A-67 Oficina 204 Telefax 2 440622
Cel. 310 3111949 E mail: Luzabogados@hotmail.com
Bogotá D.C.

JOSE MANUEL CHAVEZ VELOZA

ABOGADO CONCILIADOR

demandantes e incluso se declaró probada de oficio la excepción de falta de legitimación en causa por activa.

Por tales razones, la objeción del juramento estimatorio debe prosperar con las consecuencias legales a que haya lugar.

TERCERA: Respecto a **LA COMPAÑÍA DE SEGUROS** del Estado, que fue llamada en garantía por la parte que represento y que a pesar de que concilió parcialmente, no estuvimos de acuerdo con su desvinculación del proceso, disiento de la decisión del A-quo de absolverla de cualquier pago adicional incluyendo condena en costas, toda vez que si bien es cierto pagó el monto máximo asegurado, también lo es que ese valor debió ser indexado a la fecha del pago, porque lo vino a ofrecer después de haber contestado demanda, propuesto excepciones y estar en la audiencia del 372 del C.G.P., cosa diferente si hubiera conciliado ese valor antes del proceso o en el mismo año en que ocurrió el accidente (2016).

Es por eso que solicito al Ad-quem modificar la sentencia y condenar a la compañía de Seguros al pago de la indexación de la suma reconocida, hasta la fecha de la sentencia para que esa suma adicional, también sea descontada de las sumas reconocidas.

Respecto de la condena en costas a la Compañía de Seguros, considero que también debe ser condenada porque participó activamente durante todo el proceso y solo fue desvinculada en la sentencia.

CUARTA: Respecto a la liquidación del **LUCRO CESANTE FUTURO**, con todo respeto considero que sigue siendo excesivo si se tiene en cuenta que no se están descontando los gastos de manutención del demandante, que al restarlos lógicamente baja esta cifra, por lo que solicito tener en cuenta lo establecido en el código Civil artículo 2341 y la basta jurisprudencia respecto a este tema.

PETICION:

Con fundamento en los anteriores argumentos solicito al AD-QUEM, **REVOCAR** la sentencia apelada y declarar probadas las excepciones propuestas.

En subsidio, solicito declarar probada la excepción denominada Compensación de Culpas y su correspondiente incidencia en la liquidación de perjuicios; teniendo en cuenta que SI se objetó el juramento estimatorio y se probó que era excesivo, con sus consecuentes incidencias legales, re liquidando el Lucro Cesante futuro para descontar los gastos de manutención; condenando a la Compañía de Seguros al pago de la indexación de la suma reconocida en conciliación hasta la fecha de la sentencia para que esta suma también sea descontada de los valores reconocidos y condenando en costas a la Compañía de Seguros con fundamento en su actividad en todo el proceso.

Cordialmente,

JOSE MANUEL CHAVEZ VELOZA

C. C. No. 3.047.795 de Guachetá

T. P. No. 122.219 del C. S. de la J.

Calle 28 No. 32 A-67 Oficina 204 Telefax 2 440622

Cel. 310 3111949 E mail: Luzabogados@hotmail.com

Bogotá D.C.

*Señores
Tribunal de Bogotá, Sala Civil de Bogotá, D.C.
E.S.D.
Ciudad.*

*referencia: Proceso 2018-00511,
Juzgado fallador 5 Civil del Cto.*

Pablo alfonso López Parra, abogado en ejercicio, identificado con c.c. No 19.411.071 de Bogotá y T.P.81.890 del c.s.j., actuando en calidad de apoderado de los señores Eliecer Villamil y Carlos Díaz, me permito ratificar la sustentación del recurso ordinario de apelación, interpuesto y sustentado oportunamente.

las razones de discrepancia del fallo de primera instancia y que fueron aportadas mediante memorial, considero no tienen adición alguna por parte de este apoderado, en razón a lo cual solicito respetuosamente sean tenidas como la sustentación

del honorable tribunal,

atentamente,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Pablo Alfonso López Parra', with a date '2018' written below it.

PABLO ALFONSO LOPEZ PARRA
C.C. 19.411.071 de Bogotá, d.c.
pabloalopez@hotmail.com
3123703161.

Señores
**Juzgado Quinto Civil del Circuito de
Bogotá, D.C.**
E.S.D.

*Referencia: Proceso No 11001-31-03-005-2018-00511-00
Proceso Civil de Adiel Guerrero y otros, vs Carlos Díaz Galvis y otros.*

Pablo Alfonso López Parra, abogado en ejercicio, identificado como aparece al pie de mi nombre y firma, actuando en calidad de apoderado de los señores Eliecer Villamil y Carlos Díaz Galvis, me permito interponer y hacer una breve sustentación del recurso ordinario de Apelación, interpuesto en contra de la sentencia del día 22 de febrero y emitida por auto de la misma fecha a las 5.00 horas gmt. de acuerdo con las siguientes consideraciones.

*Petición al juez de primera instancia, 4 Civil del Circuito.
Por cumplir con los requisitos legales y formales, ruego elevar la alzada ante el superior.*

*Petición al honorable tribunal de Bogotá, Sala Civil.
Ruego analizar los puntos en descenso del fallo recurrido y emitir una decisión conforme a mi respetuosa petición.*

*Razones de inconformidad.
Muy a pesar del gran análisis probatorio realizado por el fallador, considero que algunos puntos del fallo, han de acondicionarse, como son.*

1- De la no condena a la aseguradora Seguros del estado.

1a- Es cierto, que dentro del proceso está contenido que el día 13 de julio de 2020, en audiencia, la compañía de Seguros del Estado, concilió con las víctimas del presente proceso, entregando la suma de \$ 41.367.300, correspondientes a la totalidad del valor de la cobertura de la póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No 43-30-101090593, afectando el amparo de Lesiones o muerte a una persona y solicitando ser excluida del proceso.

Es cierto que en razón a que fue aceptada esta conciliación parcial (respecto a los varios demandados), dicha aseguradora fue no solo vinculada directamente, sino también llamada en garantía y esta última razón es por la que el Juez de la causa no la excluyó sino hasta el final del proceso.

Lo cierto es que la aseguradora afrontó el proceso y tan solo concilió cinco años después de ocurrido el accidente, cancelando cifras de aquella época (4 de agosto de 2016, fecha del accidente de tránsito), sin ser sometida a indexar las coberturas, como si lo han sido las demás partes, concretando una desproporción y desigualdad.

Considero, que la cifra a indemnizar, no es la contenida como tal en el contrato de seguros, si no que esta se debe actualizar a la fecha del pago, esto es.

Valor indemnizado por conciliación. \$ 41.367.300 (salario 2016, \$ 689.455).

Valor salario 2021 \$ 908.526

Valor cobertura actualizada \$ 54.512. 000.00

Diferencia. \$ 13.144. 700.00

Este valor de indexación debe ser restado del valor fallado, en razón a dos circunstancias.

a- Porque la víctima no solicitó la actualización de las cifras

b- Porque el señor juez no hizo totalización de la sentencia descontando esto de lo indemnizado o la indexación ha debido ser objeto de condena a la aseguradora

16- de las costas procesales.

Si bien es cierto que Seguros del Estado concretó una conciliación, la aseguradora afrontó el proceso durante cuatro años, el mismo tiempo que mis prohijados luego entonces las costas procesales deben incluir a la aseguradora.

2- De la culpa compartida o concurrencia de culpas.

Esta figura procesal, que genera disminución a la hora del pago de perjuicios, consiste en que acorde con la normatividad y especialmente la sentencia 18594 y el artículo 2357 del C.C., en el primer caso, el juez a la hora de fallar, cuando concurren actividades peligrosas, no presume la culpa, sino que analiza el comportamiento de las partes.

Muy a pesar de que el señor juez de primera instancia, hace un análisis de la culpa, en el caso del conductor de la motocicleta, este análisis es muy tenue, veamos.

a- El señor Adiel Guerrero transitaba al mando de una motocicleta, por la vía destinada al Transmilenio, sin avisar su

presencia, como una sirena, unas luces especiales o señales auditivas.

- b- El señor Guerrero, acompañaba presuntamente al último bus de Transmilenio en esa ruta, luego debería ir cerca al vehículo y en su parte posterior.*
- c- A pesar de no existir un informe o dictamen pericial de velocidades, la motocicleta conducida por la víctima iba rauda y a una velocidad superior a la permitida en el lugar, que es de 30 k/h, por ser una intersección 8 artículo 74 de la ley 769 de 2002), esto es concordante con las lesiones y los daños en ambos vehículos.*
- d- La manobra realizada por su victimario, no era prohibida, de hecho, no hay señalización al respecto en el lugar de la intersección de la carrera decima con calle 17, esto escapa al comentario del fallador, en el sentido de que no había señal permisiva, en la legislación de tránsito, estas señales no existen, existen son las prohibitivas (no gire, prohibido giro en u, prohibido parquear, límite máximo de velocidad, cruce prohibido, etc).*
- e- El señor Adiel guerrero al mando de su motocicleta, genera la ruptura del principio de confianza, en razón a que cuando el sr Eliecer Villamil conductor del vehículo taxi de servicio público, va a realizar el giro verifica que no venga ningún articulado y esto es el principio de supervivencia, ya que no enfrentaría su humanidad a una colisión con un vehículo de esta envergadura, cediéndole el paso al Transmilenio , con lo que no cuenta una vez hecha esta verificación, es que una motocicleta rauda y sin anunciar su presencia circule por esta vía, vía que no es para el tránsito de motocicletas.*

En síntesis, es la aparición rauda del motociclista, muchos metros atrás del Transmilenio, es la causa de la colisión y a pesar de que es

cierto que esta maniobra de giro emprendida por mi defendido es riesgosa, no es prohibida.

Dentro de las consideraciones del señor juez, el giro riesgoso, se fundamenta adicionalmente, en que el agente que conoce el accidente, le impone un comparendo al conductor del taxi y esto no es relevante, por cuanto el agente que hace el informe llega mucho tiempo después de haber ocurrido los hechos, no es testigo presencial y de hecho no se conocen los resultados del comparendo, vale indicar que el comparendo es una invitación a debatir una posible falta, que en este caso el agente no vio.

Lo mismo ocurre con la hipótesis plasmada, ya que es una simple consideración

En síntesis, la culpa de la víctima así sea en una proporción menor, genera de igual forma la reducción de la indemnización de perjuicios.

3- Del lucro cesante consolidado y futuro.

Considera este apoderado, que las cifras tasadas son cifras brutas, a las que no se ha descontado el porcentaje legal de manutención, gastos necesarios y otros propios de la supervivencia diaria, que de acuerdo con el manual de indemnizaciones (Luis Eduardo Mariño Camacho, ISBN 958-635-349-4, primera edición 1999, es del 25% e incluso más dependiendo de lo devengado, concretando que entre sueldos de 10 y 20 salarios la deducción es de 35% y para salarios superiores, hasta el 40 %.

Lo anterior es concordante con el fundamento de la acción indemnizatoria contenida en el artículo 2341 del c.c y demás artículos referentes al tema, donde se determina que la acción indemnizatoria, no es fuente de enriquecimiento.

Las cifras tasadas como lucro cesante, están comprendidas haciendo proyección de supervivencia y considera el suscrito que han de tasarse es hasta la proyección laboral (62 años, en el caso de los hombres).

Por estas breves consideraciones, este apoderado, solicita respetuosamente analizar el fallo de primera instancia y adecuarlo a las pretensiones.

Fundamentos legales.

-artículo 2341 del c.c

-manual de indemnizaciones (Luis Eduardo Mariño Camacho, ISBN 958-635-349-4, primera edición 1999,

-artículo 74 de la ley 769

la sentencia 18594

- artículo 2357 del C.C.

Del señor Juez

De los Honorables magistrados

Con respeto,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Pablo Alfonso Lopez Parra', with a date '13/09/04' written below it.

PABLO ALFONSO LOPEZ PARRA

C.C. 19.411.071 de Bogotá

T.P. 81.890 del C.S.J.

Correo : pabloalopez@hotmail.com

Doctor
GERMAN VALENZUELA
Magistrado Ponente
Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C. – Sala Civil-

SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN

RADICADO: 11001310302020190027101
DEMANDANTE: CARLOS JUNIOR VELOZA
DEMANDADO: JOSE EDWIN GUZMAN
PROCESO: EJECUTIVO

NATALIA IVONNETH CELEITA PEÑUELA, identificada como aparece bajo mi correspondiente firma, actuando en mi condición de apoderada de la parte demandada dentro del asunto de referencia, por medio del presente escrito, en los términos del artículo 14 del Decreto 806 de 2020, me permito sustentar el recurso de apelación interpuesto por mi parte en contra de la sentencia de fecha 03 de noviembre de 2020, proferida el JUZGADO 20 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C., siendo la sustentación del recurso de apelación la siguiente:

1. Se afirma en la providencia recurrida que a pesar que se encuentra plenamente acreditado, en virtud de la confesión de las partes, que los títulos base de recaudo al momento de su suscripción contaban con espacios en blanco, dentro de los cuales se encontraba la fecha de vencimiento de los cartulares, no media un indebido diligenciamiento de la fecha de vencimiento de los mismos, toda vez que en virtud de la cláusula aceleratoria, el acreedor se encontraba facultado para reclamar el reintegro del capital prestado, la cancelación de los intereses adeudados y diligenciar los espacios en blanco para declarar extinto el plazo, toda vez que mi poderdante no efectuó a tiempo el pago de los intereses correspondientes a los meses de noviembre y diciembre de 2018.

Sobre tal aseveración es menester precisar que, si bien es cierto la fecha de vencimiento de los títulos base de recaudo se encontraba en blanco al momento en que fueron suscritos por mi poderdante, no corresponde a la realidad que el diligenciamiento de tales

espacios en blanco haya sido efectuado conforme las supuestas instrucciones impartidas por el señor GUZMAN y mucho menos que la fecha allí plasmada corresponda a la fecha real de vencimiento.

Es imperativo poner de presente que dentro del contrato de mutuo celebrado entre las partes, jamás se definió el plazo para el cumplimiento de las obligaciones contenidas en los pagarés, circunstancia que se acreditó mediante las declaraciones de parte rendidas por el señor CARLOS VELOZA y mi poderdante, de las cuales se pudo colegir que el señor JOSE EDWIN GUZMAN entregó los títulos base de recaudo sin carta de instrucciones o instrucciones verbales para su diligenciamiento, habiendo acordado las partes que las fechas de vencimiento de dichas obligaciones sería convenido de manera posterior, fechas que finalmente no fueron fijadas de consuno con mi mandante y que fueron diligenciadas de forma unilateral por el señor VELOZA, quien reconoció haberlos diligenciado en compañía de su abogado y bajo sus directrices.

De lo anterior se puede colegir que el *a quo* erró al considerar que, pese a que las partes confesaron que no había ningún tipo de instrucción para el diligenciamiento de los espacios en blanco, las fechas de vencimiento de los títulos base de recaudo habían sido diligenciadas en debida forma, ya que, según su parecer, en los contratos de mutuo de elevadas sumas de dinero, no resulta posible que no se haya fijado una fecha de vencimiento para los pagarés.

Por los motivos expuestos, no se cumplen los presupuestos contenidos en el artículo 622 del Código de Comercio, ya que no fueron diligenciados los pagarés conforme las instrucciones del suscriptor; así mismo, ya que dichos títulos valor no cuentan con el lleno de los requisitos para su existencia en los términos del artículo 620 *ibídem*, en lo atinente a la fecha de vencimiento, no producen efectos jurídicos, siendo improcedente la presente acción ejecutiva.

2. En lo atinente a la condena en agencias en derecho dispuestas por el fallador de primera instancia, es menester indicar que el ACUERDO No. PSAA16-10554, de fecha agosto 5 de 2016, establece las tarifas de agencias en derecho, y así mismo prevé la

posibilidad que el juez se abstenga de condenar en agencias en derecho en caso que la demanda prospere parcialmente, en el siguiente sentido:

"Artículo 3.

(...)

PARÁGRAFO 5º. De conformidad con lo establecido en el numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso, en caso de que la demanda prospere parcialmente, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, lo cual, por ende, también cobija a las agencias en derecho."

Con fundamento en lo anterior, toda vez que dentro de la sentencia recurrida el *a quo* declaro probada parcialmente la excepción de mérito denominada "cobro indebido de capital e intereses", resulta viable la abstención de condena en agencias en derecho respecto de mi poderdante, aspecto que fue pasado por alto por el *a quo*.

Cabe acotar que dada la naturaleza de las agencias en derecho, la liquidación de las mismas supone sin embargo, un análisis más reposado del juez o magistrado de cada uno de los factores para su cálculo¹, factores dentro de los cuales se encuentran la naturaleza, la calidad y la duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y demás circunstancias especiales directamente relacionadas con dicha actividad, que permitan valorar la labor jurídica desarrollada; Dichos aspectos también fueron obviados por el *a quo* a momento de fijar las agencias en derecho, ya que desconoció la incipiente complejidad del asunto de referencia, la duración de la gestión adelantada, la prosperidad parcial de las excepciones de mérito propuestas, aspectos que de haber sido considerados hubieran resultado en la no fijación de agencias en derecho o en la fijación de las mismas en un porcentaje menor.

¹ Corte Constitucional, sentencia C 089-02

PRETENSIONES

1. Revóquese la sentencia de fecha 03 de noviembre de 2020, para que en su lugar se disponga el reconocimiento de las excepciones de mérito propuestas.

Atentamente,



NATALIA IVONNETH CELEITA PEÑUELA
C.C. No. 1.026.288.822 de Bogotá D.C.
T.P. No. 274.539 C.S. de la J.

**HONORABLE TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ- SALA CIVIL-
(REPARTO)**

MP: JUAN PABLO SUAREZ OROZCO

E-MAIL: secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co E.

S. D.

REF: EFECTIVIDAD DE LA GARANTÍA REAL N° 2017- 721.

JUZ ORIGEN: 11 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ.

Demandante: GRUPO EMPRESARIAL PÚRPURA S. A. S.

Demandados: BAUDILIO RINCÓN FERNÁNDEZ Y LUZ MARINA MOYANO MOYA.

**ASUNTO. RECURSO DE APELACIÓN QUE DEBE SER RESUELTO POR
EL HONORABLE TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA- SALA CIVIL-.**

ANA MARÍA TORRES DÍAZ, mayor de edad, actuando en mi calidad de apoderada de la parte actora, encontrándome dentro del término legal, interpongo RECURSO DE APELACIÓN, bajo los parámetros del artículo 322 del CGP, en contra de la sentencia de primera instancia, proferida por la señora juez 11 civil del circuito de Bogotá de fecha 26 de marzo de 2021, notificada en el estado electrónico de día 06 de abril del presente año, para ser resuelto por el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, sala civil.

REPAROS CONCRETOS

I. . EN CUANTO A LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA:

La señora juez 11 civil del circuito de Bogotá, al proferir sentencia que acoge la excepción de prescripción extintiva, incurre en inconsistencias por cuanto ante la ausencia de reestructuración de la obligación, ninguno de los términos de prescripción y caducidad pueden empezar a contabilizarse, como bien el Señor Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Dr. AROLDO WILSON QUIRÓZ MONSALVO en su Sentencia de Tutela STC4530 del 30 de Marzo de 2.017 manifiesta: "...En ese orden de ideas, no hay manera de empezar a contar el término prescriptivo, pues la obligación no se ha hecho exigible, en razón a que el crédito no se ha reestructurado" ... "pues se está frente a un tipo especial de crédito para vivienda, que tiene un tratamiento constitucional y legal excepcional".

Teniendo en cuenta que la reestructuración es la modificación de una o varias condiciones originales del crédito, acordada entre el deudor y la

entidad financiera, con el fin de facilitar a aquél el pago del crédito (no eximirlo de honrar las deudas) si presenta dificultades reales o potenciales de pago, en consecuencia no se trata de un acto unilateral de la Entidad Financiera, sino una conjunción de voluntades, tendiente a modificar las condiciones del contrato de mutuo, obedeciendo la norma, ajustando el pago a las condiciones económicas del deudor.

El Juzgado 4° Civil del Circuito de esta ciudad, a través de sentencia de segunda instancia proferida el 24 de octubre de 2016 ordenó la reestructuración de la obligación, que fue gestionada diligentemente por el acreedor, pero se encontró con la renuencia del deudor; así mismo no se estaba cumpliendo el término de 3 años, pues el presente proceso data del año 2017 la notificación se surtió en debida forma, cuya fecha interrumpe el conteo de la prescripción, con total desconocimiento por la señora juez 11 civil del circuito, la obligación NO se encuentra prescrita, por convalidación del juzgado 4 civil del circuito que determinó y observó a plenitud el mandato jurisprudencial, de contera se entiende que se debe seguir adelante la ejecución toda vez que entonces sería inane que una decisión judicial no se acate y sea flagrantemente agredida por un deudor moroso protegido con decisiones judiciales adversas a los principios legales y constitucionales.

No es aplicable el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, toda vez que sobre el tema existe un valioso compendio de doctrina constitucional que han sido enfáticos y reiterativos en que estas deudas no son exigibles hasta tanto no se reestructuren

En este caso dice el juez 4 es palmar que el juez a quo se apartó de la REESTRUCTURACIÓN ley 546 de 1999, para continuar es necesario que además de lo concerniente debe acreditarse la reestructuración, sala Corte Constitucional ha adoptado el siguiente criterio: "condiciones: que el derecho a la reestructuración es debe tanto de la entidad financiera como de los cesionarios"

"Como no obra la reestructuración no se puede seguir adelante con la ejecución y dispone que para dar cumplimiento al art 38 de la Ley 546/99 no es exigible, reiteradamente lo ha dicho la jurisprudencia sentencia SCT 3 de julio de 2014 que "del art. 42 se extrae la obligación de las entidades financieras de Reestructurar por ser un título ejecutivo complejo" dice que la cesionaria junto con el deudor debían haber llegado a un acuerdo de reestructuración presentándoles fórmulas y si el deudor no acepta se debe acudir ante el juez para el cobro coactivo de la obligación pero todo ello debe surtirse antes de dar inicio al proceso ejecutivo, pues de no hacerse como los sostenido la corte suprema y corte constitucional, por tanto no es exigible. En virtud de lo expuesto, no se anexó reestructuración de la obligación, requisito sine quanon, carece de los requisitos de exigibilidad,

así las cosas, la misma no era exigible y en su lugar se debió negar el mandamiento de pago por el juez municipal, es menester cumplir con el requisito. Resuelve: revoca el fallo del proferido por el juzgado 26 civil municipal de Bogotá, carece de exigibilidad revocando el mandamiento de pago, levanta medidas.”

(CSJ STC-8059-2015, reiterada recientemente en STC1383-2018), siendo entonces deber de los jueces, incluido el de ejecución, revisar si junto con el título base de recaudo, la parte ejecutante ha adosado los soportes pertinentes para acreditar la tan nombrada reestructuración de la obligación, pues como lo ha dicho esta Corte, esos documentos «conforman un título ejecutivo complejo y, por ende, la ausencia de alguno de estos no permit[e] continuar con la ejecución»

Bajo las anteriores premisas, no cabe duda que se encuentra acreditada la vulneración alegada por las accionantes, porque el funcionario judicial censurado al resolver sobre la solicitud invocada por éstas, se apartó de la jurisprudencia que esta Corte junto con la del Máximo Tribunal Constitucional, han emitido sobre el deber de «reestructurar» el crédito de vivienda adquirido antes de la vigencia de la Ley 546 de 1999, como requisito para adelantar y proseguir la ejecución, si en cuenta se tiene que, por una parte, la obligación exigida por el banco ejecutante fue adquirida por los deudores el 21 de junio de 1995 (fl. 31, cdno. 1, exp. original), es decir, bajo el sistema UPAC, y por la otra, que de manera alguna se certificó en la controversia que en efecto se hubiera practicado el requisito contemplado en el artículo 42 de la Ley 546 de 1999 (fls. 63 y 64, ibídem». (STC3774-2019 MP: : ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO C)

II. EN CUANTO A LA REESTRUCTURACIÓN DEL CRÉDITOS HIPOTECARIOS PACTADOS INICIALMENTE EN UPAC

"[E]s preciso observar que, de acuerdo con la ley, para el otorgamiento de un crédito, '... el establecimiento de crédito deberá obtener y analizar la información referente al respectivo deudor y a la garantía, con base en una metodología técnicamente idónea que permita proyectar la evolución previsible tanto del precio del inmueble, como de los ingresos del deudor, de manera que razonablemente pueda concluirse que el crédito durante toda su vida, podría ser puntualmente atendido y estaría suficientemente garantizado.' De este modo, si no obstante que la obligación ha sido reliquidada y se han aplicado los abonos previstos en la ley, es claro que el deudor carece de la capacidad de pago para asumir la obligación reestructurada, carecería de sentido imponer la necesidad de acceder a una reestructuración que, a ciencia cierta, se sabe, va a resultar fallida. En esa hipótesis, el proceso ejecutivo debería continuar hasta su culminación, dada la imposibilidad de reestructurar la obligación. El alcance de la

jurisprudencia constitucional en esta materia es el de imponerle a la entidad crediticia la obligación de acceder a una reestructuración si el deudor está en capacidad de asumirla, caso en el cual el proceso ejecutivo termina, aun cuando queden saldos insolutos.”

Tal situación no ha sido posible por renuencia de los deudores quienes además de aceptar que deben, no quieren pagar y mucho menos cumplir un mandato judicial, se ha cumplido por parte del acreedor hipotecario el deber de contactarlos en repetidas ocasiones, tales como citaciones a conciliar, invitaciones para la realiza la reestructuración, teniendo en cuenta su situación económica, y NINGUNA de ellas la han aceptado, ni ha prosperado.

La a quo manifiesta en el fallo que:

“De acuerdo a lo anterior, merced a la aplicación de los principios generales del derecho, se ha considerado que debe contabilizarse el nuevo término prescriptivo, no desde el día siguiente al cual ocurrió la interrupción [notificación del mandamiento de pago], sino una vez en firme decisión de poner fin a la ejecución con venere en lo estatuido por el artículo 42 de la precitada Ley 546 de 1999, lo cual en el presente caso, de acuerdo a la documental obrante en el plenario, acaeció el 10 de noviembre de 2005, esto es, cuando quedó ejecutoriado el auto proferido el 26 de octubre de la misma calenda, a través del cual el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá decretó la nulidad y consecuente terminación del proceso. Bajo esas premisas, el término prescriptivo de conformidad con el artículo 789 del Código de Comercio [tres años a partir del vencimiento], operaría el 10 de noviembre de 2008, respecto de las cuotas causadas hasta el 10 de noviembre de 2005; no obstante, nuevamente se inició ejecución, como ya se mencionó, el 26 de mayo de 2014, ante el Juzgado Veintiséis Civil Municipal de esta ciudad, esto es, aproximadamente 8 años y 6 meses después; incluso, si se tiene en cuenta que la última cuota del crédito vencía el 26 de abril de 2009 [como se estableció en el pagaré], el total de la obligación contenida en el título base de la ejecución, prescribió el 26 de abril de 2012, lo que significa que para el momento en que se formuló la demanda ante el Expediente N° 11001310301120170072100 13 precitado Juzgado 26 Civil Municipal, ésta ya había prescrito y, por ende, no existía legalmente ningún término que interrumpir”

Así lo anterior se estaría olvidando por completo un compendio de jurisprudencia constitucional suscitada alrededor de estos casos, y omitido en absoluto por la Juez al manifestar que los tres años se cuentan desde 2005 cuando lo que la Ley y la Jurisprudencia está exigiendo es la REESTRUCTURACIÓN para que la deuda no se quede impagada y no se desprotejan al acreedor hipotecario que tiene también derechos que son

amparados en las sentencias que han sido emitidas por la corte Constitucional.

«[Del] artículo 42 de la Ley 546 de 1999, se extrae el deber ineludible [de los acreedores], de reliquidar y reestructurar los créditos de vivienda en UPAC, vigentes al 31 de diciembre de 1999 (...) cuya recuperación pretendían ante los estrados judiciales, pues, para esa fecha todos ellos quedaron con la posibilidad de replantear la forma de pago, de acuerdo con las condiciones económicas de los propietarios que estaban en peligro de perder su lugar de habitación.

El incumplimiento de esa carga, en consecuencia, se constituye en un obstáculo insalvable para el inicio y el impulso de los procesos hipotecarios estrictamente relacionados con créditos de vivienda inicialmente concedidos en UPAC, por formar parte de un título ejecutivo complejo cuya acreditación se hace imprescindible, para obtener la orden de apremio en caso de mora de los deudores o si, llevado a cabo ese trabajo, es manifiesta la imposibilidad de satisfacción de éstos con sus actuales ingresos.

Si tal falencia no es advertida al momento de librar mandamiento de pago, exige un pronunciamiento de los falladores a petición de parte o por vía del examen oficioso de los instrumentos representativos del crédito cobrado, aún en segunda instancia, por tratarse de un tópico relacionado con la exigibilidad de las obligaciones hipotecarias que llevan inmersos los elevados derechos a la vivienda digna e igualdad entre los deudores de ese sistema.

Aunado a lo anterior, la Corte ha advertido que «la ejecución no finaliza con la ejecutoria de la sentencia, debido a que después del fallo siguen cursando actuaciones en busca de su realización y del cumplimiento del objeto del juicio, consistente en la efectividad de la garantía para satisfacer el crédito cobrado, antes de la almoneda, y mientras ello ocurre, como ha advertido la jurisprudencia, (...) e[s] viable resolver de fondo la petición» (resalta la Sala, CSJ STC5462-2020), por lo que es deber de los jueces, incluidos los de ejecución, revisar si junto con el título base de recaudo la parte ejecutante ha adosado los soportes pertinentes para acreditar la tan nombrada reestructuración de la obligación, pues, como lo ha dicho esta Sala, esos documentos «conforman un título ejecutivo complejo y, por ende, la ausencia de alguno de estos no permit[e] continuar con la ejecución» (ídem).

En efecto, esta Corporación ha sido enfática en precisar que tratándose del cobro ejecutivo de una obligación contraída antes del 31 de diciembre de 1999, en UPAC e incluso en pesos con capitalización de intereses, para la adquisición de vivienda, que no ha sido reestructurada en los términos de la Ley 546 de 1999, es deber de los operadores judiciales atender la solicitud del deudor tendiente a que se cumpla esta exigencia, pues tal olvido resta exigibilidad a la obligación» (resalta la Sala).»

Para el efecto indicado en el inciso anterior se anexó copia de acta emitida por personería de Bogotá y correo certificado con resultado positivo sobre remisión a los demandados de las condiciones para la reestructuración de la obligación atendiendo principios de favorabilidad y teniendo en cuenta la situación económica de los deudores BAUDILIO RINCÓN FERNÁNDEZ Y LUZ MARINA MOYANO MOYA, lo que prueba que el acreedor si ha cumplido los preceptos legales requiriéndolos para la Reestructuración del crédito no pagado.

Adicionalmente, téngase en cuenta que en la sentencia SU-787 de 2012 la Corte Constitucional también consideró que no era posible finiquitar la ejecución hipotecaria cuando en contra del deudor existieren otros cobros judiciales, a saber: «[C]uando cumplidas las anteriores condiciones se advierta por el juez, o que existen otros procesos ejecutivos en curso contra el deudor, por obligaciones diferentes, o que no obstante la reestructuración, el deudor carece de la capacidad financiera para asumir la obligación, se exceptúa el mandato de dar por terminado el proceso, el cual continuará, en el estado en el que se encontraba, por el saldo insoluto de la obligación».

Además de lo anterior, el Despacho acusado desconoció la jurisprudencia constitucional de esta Sala con relación a la viabilidad de ceder de créditos de vivienda a personas naturales, en la cual se ha determinado que no existe una prohibición o limitación al respecto y el cesionario, aun siendo ajeno al sistema especializado de financiación de vivienda a largo plazo, tiene la obligación de asegurar las garantías reconocidas a los deudores por la Ley 546 de 1999 y sus modificaciones, entre ellas, la concerniente a la reestructuración de la deuda. Al respecto esta Sala ha dicho que:

Adicionalmente, debe repararse en que la cesión a una persona natural de un crédito hipotecario destinado a la adquisición de una solución de vivienda, no tiene aptitud para mutar la naturaleza de la obligación, ni produce el efecto de la supresión o eliminación de los beneficios y garantías que el legislador le ha conferido a los deudores en razón de esa esencia y del bien jurídico constitucional que está llamado a proteger -la vivienda digna-, lo que impone al cesionario en su condición de actual titular del derecho de crédito un conjunto de cargas cuya satisfacción es obligatoria, entre ellas, la reestructuración » (CSJ STC10965-2021). Apartes de la sentencia (STC3696-2021 SALA DE CASACIÓN CIVIL- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA MP: ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO)

III. EN CUANTO AL CUMPLIMIENTO DE FALLOS JUDICIALES DEL JUZGADO 5 CIVIL DEL CIRCUITO Y 4 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ.

El referido proceso fue terminado por el Juzgado 4° Civil del Circuito de esta ciudad, a través de sentencia de segunda instancia proferida el 24 de octubre de 2016, en la que se decidió revocar el mandamiento de pago por no haber sido reestructurado el crédito, conforme a la ley de vivienda y la jurisprudencia emitida sobre el particular, es decir el título ejecutivo, aun no era exigible.

Los demandados BAUDILIO RINCÓN FERNÁNDEZ Y LUZ MARINA MOYANO MOYA, adujeron no contar con los medios económicos necesarios para sufragar el pago y tampoco para adquirir un compromiso a largo plazo para dar cumplimiento a la reestructuración que ordena la Ley y el Juzgado 4° Civil del Circuito de Bogotá, toda vez que la conciliación fue fallida por falta de intención de los convocados a quienes se les expuso el objeto de la misma como da cuenta el acta de NO acuerdo. Fallo aportado como prueba con la demanda.

En tal virtud se procede a dar curso al presente proceso a tenor de la sentencia SU 787 de 2012, emitida por la Honorable Corte Constitucional en casos similares al presente, cuando el valor de la deuda supera el avalúo del inmueble y el deudor no cuenta con capacidad económica para asumir la nueva obligación reestructurada, no es procedente dar por terminado los procesos ejecutivos hipotecarios, en consecuencia, la Reestructuración no ejerce ninguna función.

Situación que es dable en el presente proceso, toda vez que dentro de las pruebas aportadas y las pruebas practicadas por la a quo se pudo evidenciar, incluso de boca del deudor en su interrogatorio de parte, que NO contaba con capacidad económica para solventar la deuda con la actual acreedora hipotecaria, además de manifestar que luego de realizada la reliquidación del crédito en el año 2000 por la superintendencia bancaria, hoy superfinanciera no habían cancelado cuota alguna.

No puede castigarse al acreedor hipotecario por la renuencia del deudor a realizar la reestructuración del crédito, ya que han sido rechazadas de plano, todas y cada una de las propuestas que se les ha puesto de presente, razón por la cual se impetro la demanda objeto del presente debate jurídico, que correspondió al juzgado 11 civil del circuito de Bogotá, en la cual se debía resolver en derecho acorde a los preceptos constitucionales,

legales y jurisprudenciales que tratan los créditos de vivienda adquiridos antes del años 1999, cobijados por la ley 546 de 1999.

En el presente caso, como bien la menciona la juez en la sentencia emitida por ella, en el presente caso se excepciona la condición de reestructurar la obligación, porque el deudor no tiene capacidad económica y el valor del inmueble supera el valor del bien; no opera el fenómeno de la prescripción extintiva, toda vez que la demanda fue interpuesta en el año 2017, meses después de proferido el fallo por el juzgado 4 civil del circuito de Bogotá en segunda instancia, en él ordena reestructurar la obligación es decir, no era exigible el título ejecutivo, razón por la cual la prescripción esta interrumpida por faltar tan condición.

IV. **PRUEBAS**

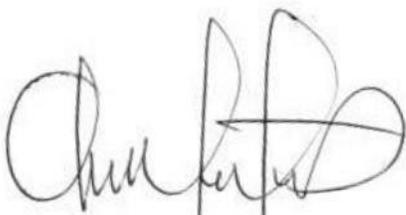
Solicito al honorable Magistrado tener como pruebas las obrantes en el expediente y el interrogatorio de parte realizado por la juez 11 civil del circuito de Bogotá al demandado Baudillo Rincón.

V. **SOLICITUD**

Le solicito a los honorables magistrados revocar la sentencia que aquí se apela y declarar prosperas las pretensiones de la demanda inicial.

De los honorables Magistrados:

Atentamente;



ANA MARÍA TORRES DÍAZ

C.C: 1.073.240.448

T.P: 319.313 C.S.J

amtdabogada@gmail.com

Bogotá, D.C. junio 23 de 2021

Señores

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

Atención Señora M.P.: RUTH ELENA GALVIS VERGARA.-

secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

La Ciudad.

REFERENCIA: PROCESO DE PERTENENCIA
DEMANDANTE: AMÉRICA TENIS CLUB
DEMANDADO: ANDRES PARDO MONTOYA Y OTROS
No. EXPEDIENTE: 110013103024201400005501
ASUNTO: SUSTENCIÓN ALZADA

Respetadas señorías,

Francisco Javier Arango Hoyos, mayor de edad y vecino de Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía N°10.262.960 y T.P. 58.482 del C. S. de la J. en mi condición de apoderado del señor Andrés Pardo Montoya, dentro del término señalado en el auto del quince (15) de junio pasado, me permito sustentar el recurso de apelación en contra de la sentencia emitida por escrito por el señor Juez Cincuenta y Uno (51) Civil del Circuito de Bogotá dentro del proceso referido y en la forma como fue dispuesto por la Ley (decreto 806 del 2020), para lo cual,

MANIFIESTO:

Sustentaré los reparos que hice al proponer la alzada y para ello sea oportuno señalar que la declaración de la sentencia sobre la cual sustenté mi rotunda inconformidad, señala:

DECLARAR que AMÉRICA TENIS CLUB con Nit 860006788-2 adquirió por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio el bien inmueble identificado con matrícula inmobiliaria No. 50C-1256438, con código catastral AAA0163MSFT, denominado lote América, cuyos linderos son: “Por el norte en 62.00 metros aproximadamente con terrenos que son o fueron de OPUS DEI; por el sur en 92,35 metros aproximadamente con terrenos que son o fueron del América Tenis Club; por el este en 60,00 metros aproximadamente con terrenos que son o fueron de Helena Pardo de Gutiérrez y Andrés Pardo Montoya, hoy Avenida Circunvalar o Paseo Bolívar, y por el oeste en 64,00 metros aproximadamente con terrenos que son o fueron de la clínica Santa Tomás”, con un área de 4.784,95 metros cuadrados (linderos tomados del certificado de matrícula inmobiliaria).

Es decir, sobre esta declaratoria que hizo el Juzgado Cincuenta y Uno Civil de Circuito de

Bogotá sobre la cual se centrará el desarrollo de los tópicos que señalé, siguiendo el mismo orden en que las referí en el escrito en que se propuso el recurso.

1.- La arbitrariedad de la sentencia proferida por ausencia de carga argumentativa o motivación de la sentencia. Garantía procesal desde la perspectiva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Motivación y Congruencia.

Como se dijo en los artículos 29 y el artículo 228 de la Constitución Política se encuentran los principios del debido proceso y desde la perspectiva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que traen aparejada de forma implícita la obligación de motivación como garantía y forma de protección de estos derechos fundamentales¹

Se ha dicho que éste es un derecho complejo², en el que se suceden diversos momentos: (i) el acceso a la jurisdicción en todos sus grados; (ii) la audiencia y la defensa en el desarrollo del proceso con la garantía contra los formalismos; (iii) la obtención de una resolución a través de los mecanismos de ejecución.

La exigencia de motivación se sitúa en el tercer momento y requiere, en primer lugar, que la decisión judicial esté fundada y ha de estarlo precisamente en una regla del ordenamiento jurídico. Se produce aquí otro enlace: el del momento subjetivo con el momento organizativo de la motivación. La decisión judicial está fundada, porque se remite a las reglas del sistema de fuentes y elimina así la arbitrariedad consagrando la primacía de la ley.

La motivación supone así la exteriorización del fundamento y a la vez la exterioridad de ese fundamento, su trascendencia respecto al acto judicial. De ahí que se resalte también la relevancia constitucional de la segunda función de la motivación como elemento de control de la decisión: “facilita de nuevo el examen por el Tribunal Superior en la vía del recurso”³, por lo que hay que decir que el derecho a alzarse forma parte también del derecho a la tutela judicial efectiva cuando está previsto por la ley.

Aparejado a la función de control hay otra de legitimación: la motivación persigue también “mantener la confianza de los ciudadanos en la justicia, en cuanto expresa las razones que el

¹ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIA, Sentencia T-589 del 26 de julio de 2010 Bogotá D.C. MP. María Victoria Calle Correa.

² J. GONZALEZ PÉREZ, *El derecho a tutela jurisdiccional*, Madrid (Civitas), 1989, pp. 43-45, y A. FIGUERUELO BURRIEZA, *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Madrid (Tecnos), 1990, pp. 69-77.

³ L. PRIETO-CASTRO, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Pamplona (Aranzadi), 1985, 2 ed., t. I, p. 772.

órgano judicial ha tenido en cuenta para decidir en el sentido que lo ha hecho”⁴

Como lo ha sostenido Guasp⁵, la motivación afecta al fundamento de la sentencia; la congruencia a la decisión. Desde esta perspectiva se sitúan en ámbitos distintos: en la motivación el fallo se relaciona con su fundamentación, mientras que para establecer la congruencia se compara la parte dispositiva con la pretensión y la oposición. Aunque en la práctica la separación no es tan patente: en determinados casos un defecto en la motivación indica que el asunto no ha sido resuelto (incongruencia omisiva) y un desajuste en la motivación puede mostrar a su vez, como en asunto sub iudice, que se está alterando la causa de pedir o los términos de la oposición (incongruencia por alteración de los términos del debate). La doctrina constitucional muestra estas relaciones y su trascendencia constitucional: el derecho a obtener una resolución fundada en derecho se relaciona con el derecho a la respuesta judicial y con las garantías del principio de la contradicción y el propio derecho a la defensa

La Corte Constitucional ha emitido diversos pronunciamientos en torno al concepto de la debida motivación de las decisiones judiciales y de las consecuencias de su inobservancia, argumentos construidos en fallos de tutela y de constitucionalidad que en algunos casos han generado enfrentamientos entre las altas cortes colombianas, en la medida en que por alguna de ellas se considera insuficiente o ausente la motivación dada por otra en sus sentencias. Son entonces varios los contextos en donde la Corte Constitucional ha desarrollado sus líneas jurisprudenciales al respecto

La exigencia de motivación de las sentencias judiciales es presupuesto de la garantía⁶ de la doble instancia, del debido proceso⁷, y es un mecanismo de legitimación de la actividad

⁴ L. PRIETO-CASTRO, *ibid.* Sauvel señala que “motivar una decisión es expresar sus razones y por eso es obligar al que la toma a tenerlas”, alejando así el arbitrio, pero la motivación también permite a quien ha perdido un pleito “saber cómo y por qué”, y así “los motivos le invitan a comprender la sentencia y le piden que no se abandone durante demasiado tiempo al amargo placer de maldecir a los jueces”. Vid. T. SAUVEL, “Histoire du jugement motivé”, *Rev. Dr. Pobj.*, 1945, apud Ch. PERELMAN, *op. cit.*, pp. 202-203

⁵ J. GUASP, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid (Aguilar), 1948, v., I, pp. 935-936 y M. SERRA DOMINGUEZ, *Incongruencia civil y penal*, *cit.*, p. 399.

⁶ Corte Constitucional en T—259 de 2000 dijo al respecto: “La función del juez radica en la definición del derecho y uno de los principios en que este se inspira reside en el imperativo de que, sin excepciones, sus providencias estén clara y completamente motivadas. La obligatoriedad e intangibilidad de las decisiones judiciales proviene de la autoridad que les confiere la constitución para resolver los casos concretos con base en la aplicación de los preceptos. Principios y valores plasmados en la propia Carta y en las leyes, y de ninguna manera emanan de la simple voluntad o de la imposición que pretenda hacer el juez de una determinada conducta o abstención forzosa para el sujeto pasivo del fallo. De modo que toda sentencia debe estar razonablemente fundada en el sistema jurídico mediante la aplicación de sus reglas a las circunstancias de hecho sobre las cuales haya recaído el debate jurídico surtido en el curso del proceso y la evaluación que el propio juez, al impartir justicia, haya adelantado en virtud de la sana crítica y de la autonomía funcional que los preceptos fundamentales le garantizan.”

⁷ “Las decisiones que toma el juez, que resuelven asuntos sustanciales dentro de un proceso –p. ej. una sentencia–, deben consignar las razones jurídicas que dan sustento al pronunciamiento; se trata de un principio del que también depende la cabal aplicación del derecho al debido proceso (...) (...) ha de ser precisamente la necesidad de exponer los fundamentos que respaldan cada determinación, la obligación de motivar jurídicamente los pronunciamientos que profiere el funcionario

jurisdiccional; por ello las razones suficientes son las únicas que no pueden faltar en una construcción argumentativa, de lo contrario la sentencia carecería de una *ratio decidendi* y los diferentes argumentos sólo alcanzarían la categoría de aceptables o relevantes, con lo cual la decisión en sí misma estaría inmotivada, con las consecuencias jurídicas que ello implica. Al respecto ha dicho la Corte:

*Dado que en la práctica, si el juez no expresa suficientemente las razones de su fallo, se privaría a la parte afectada por el mismo, del ejercicio efectivo de los recursos que pueda haber previsto el ordenamiento jurídico, sino también como elemento de legitimación de la actividad jurisdiccional, puesto que los destinatarios de la misma deben recibir de manera clara el mensaje según el cual la decisión no es el fruto del arbitrio del funcionario judicial sino el producto de la aplicación razonada del derecho a los hechos relevantes y debidamente acreditados en el proceso.
[...] De este modo, los jueces deben exponer suficientemente la manera como su decisión se deriva del derecho aplicable y corresponde a una adecuada valoración de los hechos que fueron sometidos a su consideración. Esa exigencia tiene un elemento adicional cuando se trata de decisiones de segunda instancia, pues en tales eventos el juez debe no solo justificar el sentido de su propia providencia, sino mostrar, además, las razones por las cuales, cuando ese sea el caso, se ha revocado la decisión del inferior.⁸*

Es indispensable la coherencia y la uniformidad de la motivación en las decisiones judiciales como lo dicho la Corte también en referencia al respeto por el precedente judicial y un mecanismo de garantía de la eficacia del mismo, dejando de lado que dichos requisitos son elementos constitutivos de la motivación en sí misma, independientemente de si se trata de un caso sobre el cual exista algún tipo de precedente. Al respecto dejó dicho:

Una de las consecuencias que se siguen de afirmar la necesidad de respetar los precedentes en materia judicial tiene que ver, indudablemente, con el renovado significado que adquiere la obligación del juez de motivar sus fallos. La necesidad de coherencia y uniformidad que se exige de los pronunciamientos judiciales que versan sobre hechos similares, no puede satisfacerse al precio de desconocer las particularidades de cada caso, o evitar un examen riguroso de los hechos –esencial dentro de la labor judicial– para determinar la procedencia de la reiteración de una línea específica de precedentes, o la conveniencia de apartarse de ella.⁹

La sentencia respecto del cual sustento esta alzada quedó huérfana de los más elementales

judicial. Siempre será necesario, entonces, aportar razones y motivos suficientes en favor de la decisión que se toma, mucho más si de lo que se trata es de garantizar el derecho a la igualdad, acogiendo argumentos ya esbozados por la jurisprudencia para la resolución de un caso”: sentencia C-252 de 2001, M. P.: Carlos Gaviria Díaz.

⁸ Sentencia T-247 de 2006, M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

⁹ Sobre la necesidad de presentar las razones y motivos que soportan el seguimiento o modificación de una línea jurisprudencial pueden consultarse las siguientes sentencias: T-175 de 1997, M. P.: José Gregorio Hernández, T-123 de 1998, M. P.: Alejandro Martínez Caballero, T-267 de 2000, M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

razonamientos por los cuales el *a quo*, por sí y ante sí, concluye que el América Tenis Club intervirtió el título en el año 1999 cuando el Tribunal Superior de Bogotá desestimó el proceso ejecutivo por obligación de hacer¹⁰.

Se ha dicho por la doctrina que la exigencia de motivación tiene por finalidad asegurar el conocimiento de la parte sobre las razones de hecho y de derecho que justifican una determinada decisión como garantía de la exclusión de la arbitrariedad, y como instrumento para posibilitar la impugnación de la sentencia. Los fundamentos de contenido de una sentencia, permite cumplir la doble finalidad de la exigencia de motivación, de una parte exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada, y de la otra permitir su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio del derechos a recurrir. Por lo que el juez se halla, en todo caso, “obligado a *mostrar* que se encuentra vinculado según Derecho a dictar el fallo que ha dictado¹¹

La motivación actúa así, como un control interno al proceso que facilita la formación de un nuevo juicio y tiene por destinatarios a las partes y al Tribunal que conocerá del recurso. Pero, junto a la anterior función, la motivación exigida constitucionalmente cumple otra adicional de carácter extrapocesal, que consiste en hacer posible un control externo, general y difuso sobre el fundamento lógico, fáctico y valorativo de la decisión.¹²

La doctrina constitucional ha señalado de forma inequívoca que es éste el elemento determinante de la relevancia constitucional de estas formas de incongruencia por cuanto la desviación que suponga una completa modificación de los términos en que se produjo el debate procesal implica por su contenido una vulneración del principio de contradicción y, por tanto, del fundamental derecho de defensa, porque priva a la parte desfavorecida de la oportunidad de defenderse sobre las nuevas posiciones a que el órgano judicial sitúa *el ratio decidendi*, ya que el debate previo debe establecerse en toda su amplitud ante las partes para que ellas puedan ejercer el derecho fundamental a la defensa.

¹⁰ Refiere al proceso ejecutivo 1992 2112 iniciado por el ATC mediante el cual pretendió que se obligará a los condueños Pardo Rubio a suscribir la escritura de compraventa, proceso que a la postre fue adverso al América Tenis Club).

¹¹ R. HERNANDEZ MARIN, *Teoría General del Derecho y de la Ciencia jurídica*, Barcelona (PPU), 1989, p. 313.

¹² P. CALAMANDREI, señala que: “este requisito de la motivación tiene preponderantemente una función exhortativa y por así decirlo pedagógica. El juez no se conforma con ordenar, no se limita ya al *sic uolo, sic iubeo* enunciado desde lo alto de su sitial, sino que desciende al nivel del justiciable y al mismo tiempo que manda, pretende explicarle la racionalidad de esa orden. La motivación es antes que nada, la justificación que quiere ser persuasiva de la bondad de la justicia (...), pero además de esta finalidad psicológica de justificación y de persuasión, la motivación tiene también otra función más estrictamente jurídica, o sea la de poner a las partes en condición de verificar si en el razonamiento que ha conducido al juez a decidir en determinado sentido, puede descubrirse alguno de aquellos defectos que dan motivo a los diversos medios de impugnación (...), la motivación llega a ser de este modo el espejo revelador de los errores del juzgador”, *La crisis de la motivación. Proceso y Democracia*, Buenos Aires, 1960, p. 115

Descendiendo al asunto *sub iudice* note el H. Tribunal que en la sentencia apelada el mismo reconoció que el América Tenis Club ingresó como de tenedor al predio que se comprometió a comprar. En efecto se dice en la sentencia: *De la cláusula en cita, encuentra el Despacho que se puede extractar lo siguiente: Establece la obligación de entrega material del predio a la Corporación prometedora compradora y le permite la realización de obras materiales, pero además, en caso de que no se materializara la compraventa prometida, obligaba a la devolución del lote previa indemnización. No se puede colegir en ese pacto, que las partes hubieren acordado cosa diferente a una entrega del predio –aprehensión física-, pues en ninguno de los apartes o demás cláusulas se observa que esa entrega implicara además el señorío del predio, es decir, los hermanos Pardo al hacer entrega material del predio, mantuvieron para sí esa calidad de señores y dueños sobre el predio en cuestión.*

En esas condiciones, sea oportuno decir que de contera la incongruencia demostrada hace que el proveído fue pronunciado de manera *ultra petita* por cuanto “la parte dispositiva de la sentencia concede lo que nadie ha pedido”, ya que contiene un exceso un exceso cualitativo al excederse en la pretensión que se había pedido.¹³

Es lo que, Serra Domínguez¹⁴ con referencia a la variación del fundamento de la pretensión, define como “incongruencia en cuanto al modo”. Esta modalidad comprende “la alteración de hechos alegados, variación de la causa de pedir y modificación de las excepciones y medios de defensa del demandado.

Precisamente es ese defecto que se reprocha a la conclusión del Despacho, pues en la propia sentencia sin que obre o medie petición en la demanda; sin que cite prueba alguna y sin que lo explique el fallador, porque solo se limitó a opinar lo que en su creer fue el agotamiento de la *paciencia* del promitente comprador *ante las constantes prorrogas y aplazamientos para suscripción de las escrituras públicas* para de allí derivar que el América Tenis Club intervirtió el título que de tenedor hizo gala porque así lo venía reconociendo; a flamante poseedor, cuando las pruebas legalmente aportadas y aducidas le obligaban al juez a concluir congruentemente lo evidente: que el América Tenis Club, seguía siendo, como lo es hoy tenedor del predio. Esas conclusiones propias del juez, hechas sin aplicar las normas que informan el asunto y sin respaldo probatorio alguno hace ficticia o supuesta la sentencia y por tanto ella contiene deficiencias graves de motivación¹⁵ y de congruencia porque lo cierto es

¹³ .GUASP, *Comentarios. ...*, cit., p. 944. Para Guasp la fórmula de la incongruencia *ultra petita*, siendo P la pretensión y S la sentencia, es la siguiente: $P = a + b$; $S = a + b + c$; de donde $S > P$.

¹⁴ M. SERRA DOMINGUEZ, *Incongruencia civil y penal*, cit., p. 410

¹⁵ La Corte Suprema de Justicia en SC12377—2014 rad. 2010—02249—00 Puntualizó: “el cuestionamiento a la providencia por deficiencias graves de motivación, no puede obedecer a un replanteamiento de la cuestión litigiosa o un disentimiento de la valoración probatoria del fallador, sino a la demostración de que la fundamentación que este brinda es ficticia o supuesta en relación con el tema que se somete a su estudio, por ser ajena al mismo o abiertamente contraria

que, si se hubiera dado aplicación a la Ley, se hubieran tenido en cuenta los precedentes jurisprudenciales y se hubieran mirado las pruebas practicadas, la suposición y lo ficticio hubiera dejado de serlo para darle paso a la verdad. En cualquier caso, el derecho a la tutela judicial efectiva no se satisface si no es acompañando al fallo judicial de un discurso justificativo del mismo.

Lo anterior quiere decir ni más ni menos que para llegar a la sentencia proferida *el a quo*, paso por encima el mandato del artículo 281 del Código General del Proceso¹⁶, por cuanto sin que fuera objeto de la *causa petendi*, ni invocado como hecho, ni alegado en ninguna de las oportunidades, el señor Juez decidió establecer una inteversión del título que nadie pidió. El poseedor precario no puede cambiar su título, o sea invertirlo, sino por el hecho de un tercero o porque contradiga el derecho del propietario oponiéndole su posesión. No es suficiente para cambiar la causa de la posesión, la simple manifestación que al respecto haga el interesado de que su ánimo ha sido el de poseer como dueño.¹⁷

2.- La sentencia carece de los requisitos de Racionalidad y Razonabilidad.

Como se expresó toda decisión judicial deberá justificar la racionalidad jurídica de la decisión, racionalidad que guarda íntima relación con la identificación con la legitimidad de la opción por la cual se decidió el fallador, es decir, se exige una solución jurídicamente aceptable.

La sentencia es racional cuando la decisión tomada está justificada y sea vertida válidamente según lo que se dispone en el ordenamiento jurídico. Lo que significa, que el juez debe cumplir con todos los requisitos y exigencias dados por la Ley, ya que la racionalidad de la sentencia viene determinada justo por ese cumplimiento. En otras palabras, la racionalidad de la decisión judicial para resolver un conflicto está supeditada al respeto por los procedimientos legales establecidos y por el respeto al principio de sumisión a la Ley, situación que se echa de menos en la decisión proferida por el señor Juez Cincuenta y Uno Civil del Circuito de Bogotá adolece por completo de esa racionalidad¹⁸ exigida al compararse lo decidido con las

¹⁶ 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.

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.

¹⁷ (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Cas., 27 julio 1935, XLII, 338).

¹⁸ “Una decisión será racional cuando sea a su vez racional el procedimiento y lo criterios con los que el juez pueda lograr la decisión más racional según el contexto dado, o bien, cuando la decisión se derive de razones

normas que regulan el régimen de la prescripción adquisitiva de dominio.

Por el contrario, el mutismo en la sentencia sobre los siguientes puntos, son la elocuente demostración de la existencia del grave yerro enrostrado, véase:

2.1.- El artículo 777 del Código Civil establece que: “*el simple lapso de tiempo no muda a la mera tenencia en posesión*”. La ley que prohíbe, permite lo que excluye y en consecuencia otras circunstancias diferentes a “el tiempo” en principio, lo pueden hacer.

2.2.- El artículo 2531 del Código Civil se ocupa nuevamente del dominio de las cosas para decir:

PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA DE COSAS COMERCIALES. El dominio de cosas comerciables, que no ha sido adquirido por la prescripción ordinaria, puede serlo por la extraordinaria, bajo las reglas que van a expresarse:

1a. Para la prescripción extraordinaria no es necesario título alguno.

2a. Se presume en ella de derecho la buena fe sin embargo de la falta de un título adquisitivo de dominio.

3a. Pero la existencia de un título de mera tenencia, hará presumir mala fe, y no dará lugar a la prescripción, a menos de concurrir estas dos circunstancias:

1a.) Que el que se pretende dueño no pueda probar que en los últimos diez (10) años se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por el que alega la prescripción.

2a.) Que el que alegue la prescripción pruebe haber poseído sin violencia clandestinidad, ni interrupción por el mismo espacio de tiempo.

2.3.- Como puede verse el numeral tercero del artículo 2531 del Código Civil cuando menciona el título de mera tenencia en relación con la prescripción lo hace para complementarla. No se limita a desconocer toda eficacia al título de tenencia para efectos de usucapir un bien respecto a un factor, sino que lo hace de manera general con un corto y tajante pero claro mandato “no dará lugar a la prescripción”.

2.4.- La norma en comento crea una excepción en su numeral 3º autorizando que con el título de tenencia se produzca los efectos que la ley le concede al poseedor cuando se llenan dos requisitos o exigencias, a saber: (i) que el que se pretende dueño no pueda probar que en los últimos 10 años se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio al dueño del bien; y, (ii)

válidas de hecho y de derecho.” COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio La motivación de las Sentencias: sus exigencias constitucionales y legales. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, P.169

que el que alegue la prescripción pruebe haber poseído sin violencia clandestinidad, ni interrupción por el mismo espacio de tiempo.

2.5.- He ahí la fuente legal de la interversión del título¹⁹, que, sin estar probada, el juez alegremente le reconoce al América tenis Club, sin que ni siquiera el demandante la hubiera alegado.

2.6.- Bien es sabido que no poder probar y probar son actividades procesales negativas y positivas que deben ejecutarse dentro de los lineamientos del debido proceso, así se trate de pruebas anticipadas por fuera del proceso formal o dentro de él. Y el debido proceso exige demanda, contradicción y decisión judicial.

2.7.- Demandar implica poner en conocimiento del fallador que tomará la decisión vinculante la pretensión, que en casos como el *sub iudice* consiste en que el Juez declare que quien pretende prescribir con título de tenencia, pueda probar las exigencias de la excepción del numeral 3° del artículo 2531 del Código Civil, so capa de ni si acción ni tu pretensión “*no dará lugar a la prescripción*”; se deberá indicar las pruebas que pretende hacer valer, el derecho que invoca y demás requisitos que la ley impone al demandante;

2.8.- Por su parte **contradecir** implica que el propietario sea enterado formal y legalmente de la demanda y se le conceda un plazo para contestar y pedir pruebas; que se practiquen las pruebas y se contradigan las mismas, según el derecho que les asiste a las partes.

2.9.- Decisión, que es la conclusión del juez, obligatoria para las partes, que en esta materia es tan importante como la sentencia.

2.10.- En la sentencia recurrida el procedimiento brilla por su ausencia; En efecto, no hay demanda ni solicitud para que se decrete la existencia de la interversión del título. Revisada

¹⁹ Sobre el particular, La sala civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 15 de septiembre de 1983 dijo: “Y así como según el artículo 777 del Código Civil, el simple lapso de tiempo no muda la mera tenencia en posesión, quien ha reconocido dominio ajeno no puede frente al titular del señorío, trocarse en poseedor, sino desde cuando de manera pública, abierta, franca, le niegue el derecho que antes le reconocía y simultáneamente ejecute actos posesorios a nombre propio, con absoluto rechazo de aquél. Los actos clandestinos no pueden tener eficacia para una interversión del título del mero tenedor. Con razón el artículo 2531 del Código Civil exige, a quien alegue la prescripción extraordinaria, la prueba de haber poseído sin clandestinidad”.

cuidadosamente la demanda de pertenencia, no se lee en ninguna parte que se haya postulado esa precisa pretensión.

2.11.- Al analizar la pretensión principal leemos que consiste en que se declare que el América Tenis Club ejerce la posesión material sobre el predio a partir del 26 de abril de 1999, pretensión que se liga con el hecho 2.6.1.3. donde se afirma: “*A partir de la ejecutoria de la sentencia²⁰ el AMÉRICA TENIS CLUB viene de manera ininterrumpida ejerciendo actos de señor y dueño sobre el inmueble sin consideración alguna respecto de quienes fueran sus prometientes vendedores.*”

2.12.- La pretensión con su fundamento fáctico reclama el inicio de la posesión sobre el predio en disputa por la ejecutoria de una sentencia judicial y como se lee, no menciona título de tenencia.

2.13.- Ese silencio respecto del título de tenencia debe leerse en concordancia con los hechos 2.5; 2.6.1.2; 2.7; 2.7.1 y 2.8 en los que, lejos de aceptar la existencia de un título de tenencia, se reclama venir ejerciendo la posesión desde la entrega a título de tenencia que los propietarios le hicieron el día 9 o 25 de junio de 1975.

2.14.- Esa omisión de la mención del título no fue producto de un mero olvido, proviene de propio conocimiento subjetivo del demandante respecto de que la posesión alegada, lo era sin animus *rem sibi habendi*, ó ánimo de tener para sí la cosa y el *animus domini*, es decir de ejercerla como señores y dueños.

2.15.- Siendo así queda entonces enhiesto el título precario de la entidad demandante y que sigue inmutable a pesar de las obras y mejoras del inmueble, pues éstas apenas confirman el *animus detinendi* o voluntad de conservación de la cosa de los actores, que de ella se servían por benevolencia y tolerancia de los propietarios quienes desde 1975 permitieron las obras (canchas de tenis y frontón) que el América Tenis Club requería hacer para el cometido deportivo que por años ha explotado económicamente, pero que ahora, mintiendo²¹, alegan como hechos posesorios.

²⁰ Refiere a la fecha en que quedó en firme la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá del 14 de abril de 1999

²¹ Sala Penal de la Corte Suprema de justicia. Sentencia de dieciocho (18) de diciembre de 2020 Radicación 53923 desde una perspectiva valorativa del tipo objetivo, en los términos en que finalmente hubo de sustentarse la decisión recurrida, fuera de toda duda emerge que al presentarse la demanda se incurrió en una conducta engañosa, propia del tipo penal de fraude procesal previsto en el art. 453 del C.P., cuya idoneidad como medio fraudulento se deriva de la propia naturaleza de la acción encaminada a obtener la propiedad de

2.16.- Con ocasión de este tópico, en palabras de Alessandri y Somarriva, la benevolencia por razones de fraternidad o vecindad, con independencia del mayor o menor uso o goce del bien por parte de los beneficiarios de aquélla, es muestra de actos de “*mera tolerancia*” de los dueños que por esas nobles razones son condescendientes en razón de los propósitos del negocio. Esos doctrinantes en materia de posesión, señala que la prueba del “*animus domini*” es relevante a la manera de la teoría subjetiva, para lo cual señalan:

*“(…) Los actos de mera tolerancia no están definidos por la ley. Pero puede decirse, desde el punto de vista del que los tolera, que son aquellos que para él entrañan el ejercicio de un derecho, como es permitirlos o no, y a cuya ejecución no se opone por benevolencia y considerando que no atentan contra la integridad del contenido de su derecho. Desde el punto de vista del tercero, son actos de mera tolerancia los que él realiza sin la intención de ejercitar un derecho propio, sino basándose en la condescendencia del titular del derecho ejercitado. (...) la falta de reacción defensiva del tolerante encuentra su explicación en la benevolencia, y ésta se deriva, por lo general, de lazos familiares, amistosos, de buena vecindad o de otros por el estilo que, en último término exteriorizan alguna fraternidad humana (...) facilita la convivencia el que la ley se apresure a declarar que los actos de mera tolerancia de que no resulta gravamen no confieren posesión, ni dan fundamento a prescripción alguna. De este modo el dueño de una cosa no tiene por qué inquietarse del uso o goce que de ella haga un tercero y que para él – el propietario – resulta inocuo. Si el legislador no hubiera aclarado el punto, todos vivirían desconfiados y recelosos del más insignificante roce a sus derechos, pensando que con el transcurso del tiempo podría conducir a la pérdida o mengua de los mismos (...) el fundamento de los actos de mera tolerancia es el anhelo de facilitar la buena convivencia de los hombres. Nada más y nada menos.”*²² (Negritillas fuera de texto).

2.16.- A esos actos de mera tolerancia que hizo a tenedora desde un principio y para lo cual hizo la promesa de compraventa, el quo les dio la trascendencia de actos posesorios cuando dijo que después de la sentencia del 14 de abril de 1999 proferida por el Tribunal Superior de Bogotá de 1999 *el Club siguió haciendo adecuaciones, mejoras, mantenimiento y demás de las instalaciones, labores estas que, si bien estaba ejecutando desde 1975, lo hacía bajo las regulaciones y autorizaciones dadas en la promesa de compraventa, pero desde 1999 ante la imposibilidad de materializar lo allí prometido, empezó a hacer por su cuenta y sin consideración de ninguna otra persona.* Olvida el señor juez decir en la sentencia que los propios testigos, todos socios del Club manifestaron contestemente que desde que ellos habían ingresado al Club, las obras hechas en los terrenos de los Pardo, ya estaban ejecutadas, porque

un inmueble que bien se sabía le pertenecía a su consanguínea, hechos mendaces que determinaron el sentido de la actuación y de la decisión finalmente adoptada.

²² Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva U. Curso de Derecho Civil. “*Los Bienes y los Derechos Reales.*” Cuarta Edición. compilación de Antonio Vodanovic. Editorial Nascimento. Santiago de Chile. 1984.

esas obras como consta en las pruebas documentales se hicieron tan pronto el Club recibió el lote como tenedor y por una conducta de solidarismo contractual de los hermanos Pardo.

2.17.- Si respecto de la interversión, en la demanda no hubo solicitud de pruebas ni traslado, y si en el proceso nada hubo por controvertir ni oportunidad para hacerlo, de manera que ni los propietarios ni el América Tenis Club tuvieron la oportunidad procesal de probar o de impugnar las pruebas de los supuestos de hecho que determinan los sub numerales 1° y 2° del numeral 3° del artículo 2531 del C. Civil.

2.18.- Por ello, la sentencia que declaró la existencia de la interversión de un título de tenencia cuya existencia no se alegó, además de violar las normas del Código Civil, se pronunció con carencia de motivación, de consonancia y de congruencia, amén de haber desconocido el debido proceso y por ello debe ser revocada.

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

2.20.- Por contra, lo cierto es que en el proceso hay suficientes pruebas para cumplir con las exigencias que hace el su numeral 1° del numeral 3° del artículo 2531 del Código Civil. En efecto, la norma dispone que de existir título de tenencia para ejercer la prescripción adquisitiva extraordinaria *“no dará lugar a la prescripción a menos de concurrir estas dos circunstancias:”* (Significa que con una sola de ellas que no concurra, fracasa el intento de prescribir.) Sigue la norma: *“1° Que el que se pretende dueño no pueda probar que en los últimos diez (10) años se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por el que alega la prescripción.”*

2.21.- Este último hecho está plenamente probado por los demandantes y fue un grave error del Juez *a-quo* no haberlo registrado antes de pronunciarse sobre la interversión del título. En efecto, el 30 de enero de 1991 el doctor Pedro E. Sanchez Castillo, mismo apoderado del

América Tenis Club en esta causa, confiesa al señor Juez Civil del Circuito de Bogotá (Reparto) para presentar una demanda ejecutiva para que la judicatura ordene a los hermanos Pardo suscribir la escritura a raves de la cual se haga la transferencia en favor de su representada el derecho de *dominio y de propiedad* en favor de su cliente como una obligación de hacer derivada del contrato promesa de compraventa:

PEDRO E. SANCHEZ CASTILLO
ABOGADO

Señor
JUEZ CIVIL DEL CIRCUITO (reparto)
Santa Fé de Bogotá.

Yo, PEDRO EDUARDO SANCHEZ CASTILLO, mayor de edad, vecino de esta ciudad, abogado identificado con la C. C. 19'078.997 de Bogotá T. P. 12.516 del M. de J., obrando en nombre y representación de la entidad sin ánimo de lucro AMERICA TENNIS CLUB, según el poder que me ha conferido su representante legal y que anexo a la presente, manifiesto a usted que mediante los trámites de proceso de ejecución de mayor cuantía de que tratan los artículos 488, 493, 495, 497 y 501 del C.P.C., demando a los señores ANDRES PARDO MONTOYA y HELENA PARDO DE GUTIERREZ, quienes son mayores de edad y vecinos de esta ciudad, para que con su citación y audiencia y previos los trámites legales se libre mandamiento ejecutivo así:

PRIMERO.- Ordenar a los ejecutados ANDRES PARDO MONTOYA y HELENA PARDO DE GUTIERREZ para que dentro del término de los tres días siguientes a la notificación del mandamiento ejecutivo que se libre, suscriban en favor del AMERICA TENNIS CLUB, la escritura pública por medio de la cual le transfieran el derecho de dominio y propiedad sobre el inmueble situado en esta ciudad de Bogotá, cuyos linderos y especificaciones en el hecho primero de la demanda se indican, previniéndoles que si así no lo hacen, por ellos y en su nombre, la escritura la suscribirá el Titular del Juzgado.

Además, el doctor Pedro E. Sanchez Castillo, que es el mismo apoderado del América Tenis Club en esta causa, confiesa lo siguiente: "*solicito al Juzgado decretar las siguientes medidas de embargo y secuestro sobre el bien inmueble que a continuación indico y que bajo juramento denuncio como de propiedad de los ejecutados* y que es el bien de cuyo cumplimiento de la promesa de contrato base de la ejecución se trata." Y más adelante precisa

La validez de este documento podrá verificarse en la página www.srbogotadepago.gov.co/certificado



SNR
SUPERINTENDENCIA
DE NOTARIADO
& REGISTRO
DE BOGOTÁ

OFICINA DE REGISTRO DE INSTRUMENTOS PUBLICOS DE BOGOTA ZONA CENTRO

CERTIFICADO DE TRADICION

MATRICULA INMOBILIARIA

Certificado generado con el Pin No: 210614592143947204 Nro Matricula: 50C-1256438

Página 2 TURNO: 2021-374525

Impreso el 14 de Junio de 2021 a las 04:15:52 PM

"ESTE CERTIFICADO REFLEJA LA SITUACION JURIDICA DEL INMUEBLE HASTA LA FECHA Y HORA DE SU EXPEDICION"

No tiene validez sin la firma del registrador en la última página

ANOTACION: Nro 002 Fecha: 15-05-1992 Radicación: 1992-31899

Doc: OFICIO 700 del 14-05-1992 JUZ. 7 C.CTO. de SANTAFE DE BOGOTA VALOR ACTO: \$0

ESPECIFICACION: 401 EMBARGO EJECUTIVO (POR OBLIGACION DE HACER)

PERSONAS QUE INTERVIENEN EN EL ACTO (X-Titular de derecho real de dominio, I-Titular de dominio incompleto)

DE: AMERICA TENIS CLUB

A: PARDO DE GUTIERREZ HELENA	CC# 20128644 X
A: PARDO MONTOYA ANDRES	CC# 2878700 X

2. 23.- Ese reconocimiento que no solo se circunscribió al momento de presentar el memorial, tuvo efectos, primero ante el Juez Séptimo Civil del Circuito quien encontrando la petición ajustada a derecho, acató la pretensión y mediante oficio número 700 del 14 de mayo de 1992 fue debidamente diligenciado por funcionarios del América Tennis Club, quienes transforman al Juez en cadena transportadora de su reconocimiento de la propiedad del lote en cabeza de los hermanos Pardo embargados así ante el señor Registrador de Instrumentos Públicos de Bogotá, quien encontrando ajustada a derecho la orden del Juez la transmite, erga omnes, mediante el registro²⁴ del embargo realizado el día 15 de mayo de 1992 a folio 050- 1253468.

a la vida jurídica. La institución del registro de instrumentos públicos garantiza el tráfico y confiere seguridad. La inscripción es la anotación o asiento que se hace en el respectivo folio de matrícula siguiendo las indicaciones dadas por el calificador en el correspondiente formulario de calificación. La inscripción es la anotación o asiento que se hace en el respectivo folio de matrícula siguiendo las indicaciones dadas por el calificador en el correspondiente formulario de calificación.

²⁴ El registro público inmobiliario tiene como objetivos básicos, servir de medio de tradición del dominio de los bienes raíces y de otros derechos reales constituidos con el Art. 756 del Código Civil; dar publicidad a los instrumentos públicos que **trasladen, transmitan muden, graven, limiten, declaren, afecten, modifiquen o extingan derechos reales sobre los bienes raíces y revestir de mérito probatorio a todos los instrumentos públicos sujetos a inscripción.** (Estatuto Registral, Ley 1579 de 2012, Art. 2). Dentro de los fines del registro inmobiliario es importante destacar que estos se caracterizan por transferir la propiedad; sin el registro no será posible la transferencia de los derechos reales de inmuebles, esto es, no podrá el acreedor ser dueño de la cosa. **Así como el de dar mayores garantías de autenticidad y seguridad a los actos sujetos a registro: ello va en bien de los contratantes y de sus sucesores. El de hacer que tales actos presten fe en juicio, de igual manera este atañe a las partes, en cuanto que pueden hacer efectivos sus derechos ejerciendo ante los jueces las respectivas acciones.** La finalidad de publicidad, implica directamente a terceros, ante quienes no tendrán efectos los actos jurídicos que no hayan cumplido con el requisito del registro.

2.24.- Es decir hasta este momento el reconocimiento de dominio de los hermanos Pardo sobre el predio que pretende usucapir en este proceso trasciende al público el 15 de mayo de 1992, porque el fenómeno se prolonga durante los años que ha durado el proceso ejecutivo.

2.25.- El expediente que se tramitó en el Juzgado 7° Civil del Circuito de Bogotá no solamente puede ser examinado por las partes, por los abogados en ejercicio y algunas autoridades en ejercicio de sus funciones, una vez notificado como lo fue, el público en general tuvo acceso a el, es por ello que hasta el día de hoy 24 de junio de 2021 el público en general son notificados por medio de la oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá a través de la expedición de folios de matrícula inmobiliaria, siguen creyendo en la declaración²⁵ bajo juramento que hizo el América Tenis Club en 1992 para convencer al Juez de que ordenara el embargo del bien, que recordemos era que el lote que hoy pretenden usucapir era de propiedad de los demandados y los demandados eran los hermanos Pardo.

2.26.- Alegar que el vínculo material que el América Tenis Club tiene con el predio que pretende usucapir es de señor y dueño, engaña gravemente a la administración de justicia y al público en general que siguen creyendo la declaración pública que hizo en 1992, porque lo cierto es que la medida cautelar de embargo la ha mantenido inscrita, omitiendo levantarla, no solo por desidia, sino porque subjetivamente sabe y reconoce a los hermanos Pardo como propietarios, porque lo cierto es que si se considerara poseedor hubiera levantado la inscripción²⁶ del embargo desde el 26 de abril de 1999 fecha de ejecutoria de la sentencia de Tribunal Superior de Bogotá desestimó su pretensión ejecutiva, hito que es sacado como de un cubilete de mago por el señor Juez para señalar la fecha de la supuesta rebeldía para catalogarlo como poseedor.

2.27.- Pero nótese que, yendo a la norma propiamente dicha, se está frente a una posesión clandestina, oculta a los ojos de quienes consultan el folio de matrícula inmobiliaria 50C

²⁵ Código General del Proceso. ARTÍCULO 193. **CONFESIÓN POR APODERADO JUDICIAL.** La confesión por apoderado judicial valdrá cuando para hacerla haya recibido autorización de su poderdante, la cual se entiende otorgada para la demanda y las excepciones, las correspondientes contestaciones, la audiencia inicial y la audiencia del proceso verbal sumario. Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita. (Negrillas mías).

²⁶ Inscripción: Característica del registro inmobiliario y consiste en dejar sentado en el folio real, todo lo concerniente al acto jurídico que se inscribe y sus intervinientes. La inscripción tiene dos modalidades, **La Inscripción Constitutiva** o sea aquella que tiene que ver con el nacimiento o constitución de un Derecho Real, también tiene que ver con la afectación, modificación y con la extinción del mismo, también hay otra modalidad, que es la **Inscripción Declarativa**, que tiene que ver con registrar un hecho que ha modificado un Derecho real, esa inscripción declarativa tiene que ver con las decisiones Judiciales, como la adquisición de dominio, adhesión, la ocupación la sucesión por causa de muerte. En todo caso la inscripción es de tracto sucesivo, queriendo ello decir que mientras no se cancele o modifique, su vigencia permanece en el tiempo.

1256438 que es la fuente de información inmobiliaria creada por la ley. Razón por la cual conforme el numeral 3° del artículo 2531 del Código Civil y habiéndose demostrado que el título existente es de mera tenencia, cualquiera que sea el fenómeno alegado “*no dará lugar a la prescripción*” porque no concurre la segunda de las dos circunstancias exigidas por la norma para autorizar esta manera de adquirir la propiedad.

2.28.- Debe resaltarse que estando más que probado por confesión que América Tenis Club ingresó materialmente el 9 o el 25 de junio de 1975 al lote que pretende usucapir su reconocimiento bajo juramento de dominio en cabeza de los demandados hecha en 1992 determina necesariamente que el título de ingreso fue de mera tenencia.

2.29.- Tiene dicho la sala civil de la Corte Suprema de Justicia:

La promesa de compraventa, per se, envuelve reconocer dominio ajeno, pues en su virtud, las partes contraen recíprocamente la prestación calificada de hacer consistente en la celebración del posterior contrato definitivo de compraventa, por cuya inteligencia se obligan a transferir y adquirir la propiedad del dueño (titulus), lo que se produce con la tradición (modus), resultando elemental por ineludibles principios lógicos, el reconocimiento de esa calidad, que por su naturaleza y concepto legal, es incompatible con la posesión” SC 30 de julio de 2010, expediente 00154. En el mismo sentido, SC 22 de octubre de 2004, SC 9 de noviembre de 2009 y SC 5 de julio de 2014.

2.30.- La actora además reconoció dominio ajeno y con ello queda desvirtuado el elemento subjetivo o “*ánimus domini*” necesario que le permita acceder a la declaración de dominio pedida, todo ello como se evidencia del análisis que ahora hago pero que debió haber hecho el sentenciador de la instancia para emitir una sentencia con la carga argumentativa exigida conforme al caudal probatorio recaudado en el proceso.

2.31.- Entonces, el demandante que tan siquiera ubicó las probanzas que mostrarían de manera irrefutable la inclusión del inmueble en su patrimonio y la demanda obedece más a la astucia y deseo de apropiarse indebidamente de lo ajeno y el derecho que a través de los siglos ha estructurado convenciones para calificar esa relación objetiva, que materialmente es idéntica, pero que jurídicamente puede resultar notoriamente distinta.

2.32.- El pacto social elevado a la categoría de lo jurídico, enseña que la persona puede ser dueña, poseedora o simple tenedora, según las normas le otorguen una calidad especial a los deseos, apetitos y aún a las necesidades de las personas ante los demás, todo ello visto desde el panorama de lo jurídica. Se dice lo anterior para significar que los actos externos usualmente son equívocos, pues propietarios, poseedores y simples tenedores, ejecutan sobre la cosa

acciones que son de idéntica naturaleza. Si eso es así, se pregunta, debe existir un elemento adicional que distinga las relaciones de propiedad, posesión y tenencia.

2.33.- La posesión, fenomenológicamente es relacional, lo que implica lo que no se pueda ejercer por sí y ante sí, sin respecto de los demás., por eso cuando se exige que la posesión sea pública, se descarta la clandestinidad para incorporar en el fenómeno a los demás, así sea pasivamente.

2.34.- El canon constitucional que consagra el principio de la buena fe impone que no haya porosidad en la actitud del que siendo tenedor pretenda convertirse en poseedor, este debe haber enviado al dueño, el mensaje inequívoco de que no ejerce la posesión o los actos que la externalizan, mañosamente.

2.35.- Otras consideraciones añaden turbidez a la posición de la entidad demandante, el hecho de ser intervinientes en otros procesos ante la jurisdicción donde ha reconocido la condición de propietarios a los hermanos Pardo. La suma de esos dos lastres que merman la posición de pretensa poseedora, y ni ella misma rebatió con un alegato explícito de que el título mudó radicalmente y que la vocación de poseedora se explicitó nítidamente para trastocar su condición de tenedora a la de poseedora.

2.36.- De allí que el tenedor que aduzca ser prescribiente del dominio de un bien, tenga la carga de demostrar el momento de la interversión del título o mutación de la condición, cambio que, a su vez, resulta esencial, pues del momento de su ocurrencia empieza el conteo del tiempo requerido para que la posesión material común sea útil (inequívoca, pública y pacífica) para obtener el dominio de la cosa. Por lo tanto, hay que concluir que mientras se tenga materialmente un bien como promitente comprador, el tiempo de esta tenencia no resulta apto para usucapir el bien, pues en tal evento, se carece del ánimo de señor y dueño, y, por lo tanto, no se estructura la posesión material común, que, como se vio, es la que resulta útil para la usucapión ...".

En conclusión, el *a quo* sostiene que hubo una rebeldía, pero sólo atina a decir que aconteció en 1999, con ocasión de sentencia de la sala civil del Tribunal Superior de Bogotá y ello resulta insuficiente para demostrar el despojo de la condición de tenedor, para asumir el protagonismo como poseedor, porque como se verá en los años siguientes aparecen coruscantemente hechos de reconocimiento como propietarios a quienes el América Tenis Club ha querido despojar de su terreno.

3.- La sentencia fue emitida en violación grosera del artículo 164 del Código General del Proceso que señala que *“Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”*.

3.1.- En la sentencia confutada dice el juez que: el despacho está obligado resolver el siguiente problema jurídico: *¿Adquirió el América Tennis Club el pleno dominio del lote denominado América, ubicado en los linderos descritos en la demanda e identificado con la matrícula 50C-1256438, en virtud de la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio?*

3.2.- Para resolver el problema el sentenciador señala que hay copiosa prueba documental, sin embargo sobre tal cúmulo concluye contraevidentemente y sacrificando la verdad que: *De los demás documentos, especialmente de los exhibidos por el Club a petición de las partes pasivas, debe decirse que poco o nada aportan a la resolución de este proceso”*. Con esa base, concluye contrafactualmente que: *“en síntesis, de lo ocurrido, encuentra el despacho que América tennis Club acreditó el ejercicio público e ininterrumpido de la posesión sobre el referido lote, por un espacio que supero los diez años contados desde la entrada en vigencia de la Ley 791 de 2002 estando satisfecho el requisito C, para declararse la prosperidad de la pertenencia.”*

3.3.- De la lectura de la breve providencia se advierten muchos yerros, pero sobre todo que ningún esfuerzo hizo el señor juez para referirse al torrente probatorio recaudado en el proceso y para tapar el brillo de semejante caudal de pruebas que acreditan que la entidad demandante jamás ha tuvo ánimo de señor y dueño, pues estando reconocido que ingresó al predio como tenedor, sin que en el iter procesal, se hubiere alegado la fecha desde la cual hubiere mutado su calidad de la ocupación sobre el inmueble. En efecto en todas las actas de Asamblea General y de Junta directiva del América Tennis Club, pero en especial en las posteriores a 1999 o incluso a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 791 del 2002 hay referencias de reconocimientos explícitos, confesiones y documentos que demuestran que la entidad demandante todo el tiempo aceptó a mi poderdante y la familia Pardo como genuinos dueños, baste mirar en el expediente las siguientes documentales:

3.3.1.- A folios 206 y 207 del cuaderno de pruebas No. 2, mediante Acta de Junta Directiva del 20 de Enero del 2000, en la que la junta directiva solicita autorización para que el socio y miembro de comité jurídico del Club doctor Hernán FabioLópez Blanco negocie con la señora Helena Pardo hasta por la suma de \$150.000.000.oo el valor del predio., dice así el acta:

Informe del Presidente.- Hace uso de la palabra el socio GABRIEL SANCHEZ, quien manifiesta como temas de importancia para la reunión del día de hoy los siguientes:

- a) *Asunto del Lote.-*
- b) *Situación Financiera*
- c) *Alimentos y bebidas*

Agrega que los puntos b) y c) serán objeto de análisis en el informe del tesorero, y por ello se referirá fundamentalmente al primero, destacando de manera particular que en materia financiera el Club se encuentra relativamente bien teniendo en consideración las dificultades por las que atraviesan otros clubes de la ciudad.

Tema del Lote.- Manifiesta tener buenas noticias al respecto, en particular por los buenos oficios del socio HUGO HERRERA con doña HELENA PARDO MONTOYA, quien ha manifestado su deseo de conversar con el doctor HERNAN FABIO LOPEZ socio del Club persona a quien la señora PARDO MONTOYA profesa respeto por sus calidades profesionales y humanas. Solicita en consecuencia autorización a la Junta para que autorice al doctor LOPEZ BLANCO para que negocie hasta por la suma de \$150'000.000.

3.3.2.- A folios 227 y 228 del cuaderno de pruebas No. 2: Acta Asamblea General de socios del 10 de marzo de 2005, en el que informa el presidente del Club sobre el proceso 2001-11016 del juzgado 7 civil circuito en el que reconocen el contrato de promesa de compraventa del lote del costado nororiental, informa sobre la conclusión frustrada de la etapa conciliatoria.

3.3.3.- A folios 247 y 248 del cuaderno de pruebas No. 2²⁷: Acta de junta directiva del 11 de febrero de 2005. En el ítem tercero del folio 249, el presidente del Club propone que se haga una reserva o provisión ante una eventual contingencia derivada del pleito (2001-11016-7CC), para que el comité financiero lleve un registro en los libros contables de todas las mejoras que se hagan al predio que siguen denominando como Pardo Rubio. Proposición que se aprueba. De allí tenemos que contablemente se tenga una partida independiente para el tema del lote Pardo Rubio, dice el acta:

- Siguiendo con el tema del Lote Pardo Rubio, el Presidente propuso acoger tanto la recomendación del señor Carlos Alberto Sandoval en el sentido de que el Comité Financiero analice la forma como se debe provisionar una eventual contingencia derivada del referido pleito, como la recomendación del señor Luis Augusto Fajardo en el sentido de que toda obra que se haga en el lote quede registrada en los libros de contabilidad del América como prueba futura de las mejoras en que se ha incurrido, proposición que se aprueba.

3.3.4.- A folio 253 del cuaderno de pruebas No. 2: Acta de junta directiva del 14 de noviembre de 2003, en el que en el numeral 3.5- Pleito Pardo Rubio, se dice textualmente: "**Hay una citación al Juzgado el próximo 9 de Diciembre para lo cual se recomienda preparar una respuesta lógica y estructurada en la que se reconozca que el ATC siempre ha estado**

²⁷ Este cuaderno contiene las copias de las actas producto de la inspección a la documental de la demandante.

dispuesto a pagar a valores indexados el saldo de lo adeudado". Importante manifestación del órgano principal del demandante, puesto que se reconoce las obligaciones de la promesa de compraventa de 1975 y por consiguiente la calidad de propietarios de los hermanos Pardo.

3.3.5.- A folios 257 y 258 del cuaderno de pruebas No. 2: Acta de junta directiva del 9 de marzo de 2004, en la que informa el presidente que se intentó la reunión de conciliación con la Familia Pardo Rubio, lo que demuestra la falta de ánimo de señorío del América Tenis Club. No se concilia con quien no se reconoce como titular de las "propiedad" con exclusión de cualquiera que tenga derecho real sobre el predio.

3.3.6.- En el folio 260 del cuaderno de pruebas No. 2: Acta de junta directiva del 22 de abril de 2004, en el que el presidente informa del "proceso de conciliación con la familia Pardo Rubio, sobre el lote en negociación".

3.3.7.- En los folios 295 y 296 del cuaderno de pruebas No. 2: Acta de junta del 28 de marzo de 2011, en la que se toca nuevamente las propuestas conciliatorias, en las que sedice que: *"hay una propuesta de reconocerles (a los Pardo) una suma equivalente a \$516.000 traídos desde el año 1975 a valor presente en términos reales, es decir, reconocer la inflación registrada en tal periodo; se hizo informalmente y supeditada a la decisión o ratificación del órgano colegiado pertinente en el Club"*.

3.3.8.- Como prueba trasladada a este asunto, del proceso ordinario 2011-179 que conoció en primer lugar el Juzgado 21 Civil del Circuito de Bogotá y que ahora se tramita por el 2º Transitorio Civil del Circuito, en el que los señores Gutiérrez Pardo, herederos de doña María Helena, demandan el *mutuo disenso* de las obligaciones adquiridas por las partes con la citada promesa de compraventa del año 1976; allí el América Tenis Club notificó el 29 de Mayo de 2012 y no propuso como excepción la de prescripción adquisitiva o de posesión o pertenencia como hubiera sido lo pertinente si tenía ánimo de prescribir -la prescripción adquisitiva también se puede proponer por la vía de excepción- como se dice en la sentencia; por el contrario, el Club, íntimamente sabiendo que no es dueño, por intermedio de su apoderado se refirió a la promesa, y propuso los siguientes medios de excepción: (i) "Petición indebida, carencia de causa y falta de presupuestos para la prosperidad de las pretensiones tanto principales como subsidiarias." (ii) "Prescripción extintiva de la acción resolutoria intentada y prescripción extintiva de la acción consecencial de restitución intentada en la demanda en razón o por la modalidad de la entrega que de manera real y material los promitentes vendedores hicieron al América Tenis Club del predio prometido en venta" (iii) "Prescripción extintiva de la acción resolutoria de mutuo disenso formulada como pretensión principal en esta demanda".

3.3.9.- A Folios 619 al 622, obra con brillo la práctica y aducción de la prueba solicitada con la contestación de la demanda, -Interrogatorio de parte- en desarrollo de ella que lo fue el 25 de octubre de 2004 al señor Lázaro Pardo Silva, a la sazón representante del Club para la época, dentro del proceso 2001-11016 del Juzgado 7CC en donde se puede ver con claridad el

representante legal del Club confiesa que el contrato de promesa de compraventa de 1975 sigue vigente,

*PREGUNTA No. 1: De conformidad con la cláusula séptima de la promesa de compraventa firmada entre el AMÉRICA TENNIS CLUB y los Pardo que pongo de presente a folio 9 y subsiguientes, explíqueme al despacho si la compraventa se realizó, y en caso afirmativo en que documento consta. Se deja constancia de que se pone de presente los folios anteriormente descritos. CONTESTO: **La entrega del lote se cumplió tal como está establecido en la cláusula séptima;(...)***

*PREGUNTA No. 3: Puede usted decirle al despacho si el AMÉRICA TENNIS CLUB dio cumplimiento a la cláusula octava de la promesa de compraventa; en caso afirmativo puede usted afirmarle al despacho en que documentos consta. Se deja constancia que se pone de presente al folio No. 10 del expediente al declarante: **CONTESTO: EL AMÉRICA SI DIO CUMPLIMIENTO a la cláusula octava, y dicho cumplimiento consta en los soportes contables que reposan en la institución.***

*PREGUNTA No. 5. Diga usted cómo fue que el AMÉRICA TENNIS CLUB completó el valor del precio acordado y en que documentos consta. CONTESTO: **El América continuo el pago en la forma como estaba previsto y aún resta por cancelar el saldo, el soporte de los pagos que se sucedieron a los \$15.000.00 de arras constan en la contabilidad del club.***

*PREGUNTA No. 11. Puede usted explicarle al despacho si el AMÉRICA TENNIS CLUB ha dado cumplimiento a la cláusula décima del contrato de promesa de compraventa que pongo de presente a folio 10 y verso. Se deja constancia que se pone el documento anteriormente dispuesto: **CONTESTO: EL AMÉRICA no ha dado cumplimiento esta cláusula de este contrato porque no ha dejado de cumplir el contrato.***

3.3.9.- Hay otra estelar prueba documental existente en el expediente, pero desechada por el fallador, me refiero a la que obra a los folios 693 y 694, aportada en la contestación de la demanda, y que consiste en el memorial con el que el apoderado⁷ del Club, Doctor Sánchez interpone recurso de reposición dentro del proceso divisorio 2011-286 que originalmente se tramitó en el Juzgado 42 Civil del Circuito y ahora se tramita en el 45 Civil del Circuito, en ese recurso suscrito **el 13 de Septiembre de 2013**, brilla sideralmente la falta del ánimo de señorío que del América Tennis Club desde 1975 o 1999, comoquiera que a través de ese recurso el ahora demandante se opuso a su vinculación dentro de tal asunto, para lo cual confesó, reitero en septiembre 13 de 2013:

*“En el caso de autos se acompañó (sic) con la demanda la matrícula inmobiliaria 50C-1256438 en el cual se establece, corroborando el contenido de las escrituras allegadas con la demanda, que son comuneros conductores del inmueble, en cuya división se pretende, Helena Pardo Gutiérrez y Andrés Pardo Gutiérrez en proporciones de dos terceras y una tercera parte respectivamente.” Y continuó: “El América Tennis Club **NO FIGURA COMO TITULAR DE DERECHO DE PROPIEDAD NI DE CUOTA en los títulos de propiedad ni en la matrícula inmobiliaria allegadas con la demanda, de lo cual se deduce que no puede ni es parte en este proceso divisorio.**” (Negritas mías)*

3.3.10.- A folio 754 se ve prueba documental elaborada en el año dos mil trece (2013) aportada en la contestación de la demanda, pero despreciada en la sentencia, correspondiente al certificado contable de resumen de pagos del “lote Pardo Rubio” del América Tenis Club, este documento firmado por la contadora de ese club social, la doctora Yolanda Garzón Verano hace provisión de las sumas que el Club viene disponiendo para atender los montos de los gastos que se han hecho en el predio que con esa contabilización queda más que demostrado que se reconocen como ajenos.

3.3.11.- A folio 923, se encuentra otra certificación fuera aportada en la primera diligencia de inspección judicial a la que se acompañó de otra más actualizada visible a folio 924, para el año 2018. Esta nueva certificación²⁸ contable suscrita por la doctora Yolanda Garzón Verano quien también aparece firmando los estados contables a corte de 31 de diciembre de 2006-2005 visibles a folios 315 al 325 del cuaderno de las actas que esta como independiente o de pruebas, así como aparece firmando los estados contables a 31 de diciembre de 2008- 2007 visibles a folios 335 al 340 del anterior cuaderno de pruebas.

3.3.11.- En octubre 15 de 1999 y con posterioridad a fallo de segunda instancia del 14 de abril de 1999 del Tribunal Superior de Bogotá, el cual es señalado en la sentencia apelada como el hito desde el cual el pretense poseedor Club se rebeló en contra de los dueños, dijo el Club en su acta de Junta Directiva N°8:

Informe del Presidente.- Hace uso de la palabra el socio GABRIEL SANCHEZ, quien se refiere a los siguientes temas.

a) **Asunto del Lote.-** Informa a la Junta que la familia PARDO MONTOYA ha hecho circular una carta que no ha llegado a la Junta en donde se da a la tarea de cuestionar una circular que el Presidente hizo circular entre los socios en torno a los derechos del

²⁸ La Sección Cuarta del Consejo de Estado Consejo de Estado, en Sentencia 25000233700020150028501 (23111), May. 22/19, (C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto) señaló que un certificado de contador público o de revisor fiscal que dé certeza de la veracidad de las afirmaciones contenidas en dicho documento constituye prueba contable suficiente: “Así las cosas, el certificado emitido por estos profesionales debe contener algún grado de detalle en cuanto a los libros, cuentas o asientos correspondientes a los hechos que pretenden demostrarse.

Con todo lo anterior, afirmó que la calidad de “prueba suficiente” que le otorga la norma tributaria no puede limitarse a simples afirmaciones sobre las operaciones de orden interno y externo carentes de respaldo documental. Ello toda vez que el profesional de las ciencias contables es responsable de la contabilidad o de la revisión y análisis de las operaciones de un ente social y está en capacidad de indicar los soportes, asientos y libros contables donde aparecen registradas las afirmaciones vertidas en sus certificaciones.

...(...) La fe pública predicable de un contador o revisor no se ve restringida o anulada por la exigencia que en materia tributaria deben presentar en sus certificaciones. Por el contrario, comprueba en debida forma la veracidad de sus afirmaciones permitiendo que las autoridades administrativas y **jurisdiccionales puedan darle la eficacia, pertinencia y suficiencia que se requiere al momento de evaluar: La confiabilidad, La razonabilidad y La credibilidad de la contabilidad del contribuyente, responsable o agente retenedor**

Club sobre el predio. Agrega que conversó con el socio HERNAN F. LOPEZ destacado jurista quien recomendó buscar un acercamiento en razón de la edad de los hermanos PARDO MONTOYA con miras a buscar una solución amigable al conflicto. Hace uso de la palabra el socio CARLOS CONVERS quien manifiesta que el valor del lote no supera los \$400'000.000, circunstancia por la cual sugiere, en las conversaciones directas hacerle ver a los PARDO MONTOYA el valor real del predio y los beneficios de un arreglo directo indexando el valor adeudado conforme a los términos de la promesa que con ellos se firmó. El socio LUIS A. FAJARDO considera recomendable solicitarle al socio HUIHO HERRERA que acometa esta tarea, ya que él los conoce y de esta manera se puede lograr un arreglo justo

Cfr. folio 202 y 203 en el expediente digitalizado

3.3.12.- Para el 23 de enero del 2001 consta en acta N° 10 que el presidente club le informa a su Junta Directiva:

b) Pleito Laxe Familia Pardo.- Informa a la Junta que el doctor PEDRO SÁNCHEZ apoderado en el proceso ejecutivo que finalmente revocó la sentencia de primera instancia, le ha informado que hasta la fecha no se ha presentado ni iniciado acción por parte de la familia PARDO en contra del CLUB, por los pretendidos perjuicios, ni en demanda de restitución o reivindicatorio.

3.3.13.- En el año 2002 con dentro del proceso ordinario de Helena Pardo de Gutiérrez contra el América Tenis Club, que se tramitó bajo el radicado 11016 en el juzgado 7 Civil de Circuito de Bogotá, en el cual actuó como apoderado de esa entidad el mismo apoderado doctor Pedro Sánchez, quien al contestar la demanda señaló al oponerse a las pretensiones en cuanto a la validez del contrato de compraventa celebrado en 1975:

I.- LAS PRETENSIONES.

Me opongo, a nombre de mi defendido, a todas y cada una de las pretensiones principales y subsidiarias formuladas en la demanda pues no hay lugar a la Resolución del Contrato demandada, pretensión primera, toda vez que la parte actora incumplió con sus obligaciones y en especial con la de concurrir a la Notaria a suscribir la correspondiente escritura (1609 Código Civil); tampoco hay lugar a la declaratoria de inexistencia del contrato solicitada, como subsidiaria, pues no se trata de un asunto cuya causa y debate se surta entre comerciantes y además de no darse los supuestos previstos en la ley (898 Código de Comercio) el contrato que se celebró entre las partes produjo plenos efectos ya que cumplió todas las exigencias legales.

Como las demás pretensiones son consecuenciales de las antes nombradas deberán negarse.

Cfr. Folio 195 de la prueba documental trasladada como expediente 2001 11016 el juzgado 7 Civil de Circuito de Bogotá

3.3.14.- Dentro de se mismo proceso el al América Tenis Club a través de su apoderado

pide que el señor juez le reconozca a su cliente el derecho de retención por las mejoras, para lo cual dijo:

IV.- DERECHO DE RETENCION POR MEJORAS.

De conformidad con los artículos 92 del Código de Procedimiento Civil, 961, 964, 965, 966 en concordancia con el 1546, 1746 y concordantes del Código Civil solicito RECONOCER a favor de EL AMERICA TENIS el derecho de retención por las expensas y mejoras que realizo en el predio materia de la promesa de contrato cuya resolución se demanda y que fueron ejecutadas con la autorización expresa de la parte actora.

Las expensas y mejoras ejecutadas por la parte demanda consintieron en:

- a.- Cerramiento, vigilancia, cuidado y mantenimiento del predio, desde el 25 de junio de 1.975 y hasta la esta época en que se dicte la sentencia
- b.- Preparación y adecuación del predio para la construcción y la construcción de dos canchas de tenis.

Ruego al Juzgado reconocer el derecho de retención por las mejoras.

Cfr. Folio 202 de la prueba documental trasladada como expediente 2001 11016 el juzgado 7 Civil de Circuito de Bogotá

3.3.15.- Para probar las mejoras el América Tenis Club pidió como prueba la siguiente:

5.3.- Prueba Pericial.

De conformidad con los artículos 233 y siguientes del C. P. C. para establecer el monto o valor de las expensas y mejoras que en el cuerpo de esta contestación de demanda se han invocado ruego al Juzgado designar dos peritos de la lista de auxiliares de la justicia a quienes se les autorizará el ingreso al predio materia del proceso y se les permitirá el acceso a la información correspondiente contenido en las actas de la Junta Directiva de EL AMERICA TENIS CLUB y en su contabilidad.

Sírvase designar los peritos, comunicarles la designación y señalar fecha y hora para su posesión.

3.3.16.- Efectivamente el peritazgo pedido por el American Tenis Club lo hizo el perito Pedro A. Salazar y lo entregó al despacho el 16 de noviembre de 2007, en el cual absolvió las siguientes preguntas que le fueron planteadas por la parte peticionaria de la prueba:

“ el Perito deberá dictaminar sobre los siguientes puntos:

1. Deberá levantar plano del predio, identificando linderos, dimensiones, y Area del mismo.
2. Deberá aportar documentos de carácter representativo del predio en donde se pueda apreciar el cercamiento del predio y mejoras allí levantadas.
3. Deberá determinar sobre el monto de las mejoras levantadas dentro del Predio y de que época data cada una de ellas.
4. Como la solicitud de la prueba pericial efectuada en contestación de la demanda folio 203, deberá examinar las actas de la junta directiva del AMERICAN TENNIS CLUB, a fin de que si en ellas aparecen datos de las construcciones que el Club acordó hacer dentro del lote para tenerlo como referencia para saber cuales mejoras se hicieron desde la época en que se efectuó el contrato y el valor que se invirtió en ellas.
5. Proceda a evaluar el lote actualmente, el Perito deberá tener en cuenta lo consignado en la contestación de la demanda folio 202 numeral 4 derecho de retención por mejoras y 5.3. prueba pericial folio 203
6. Dictaminara sobre la calidad del sector en donde esta ubicado el inmueble”

3.3.16.- También el 25 de octubre del año 2004 dentro del trámite de ese proceso N° 11016 rindió interrogatorio de parte el Doctor Lázaro Pardo, en su condición de presidente del Club confesó que el Club aún debía dinero por la promesa de compraventa firmada en 1975 y que aún [año 2004] no se había firmado la escritura de compraventa, véase:

folio 22 del expediente. Se le solicita al declarante explique al despacho como es que el AMÉRICA cumplió y como llega a la suma de \$878.088,60. En este estado de la audiencia el apoderado que viene interrogando aclara la pregunta, dado que el apoderado de la parte demandada pone de presente el absolvente en una de sus respuestas a que había quedado un saldo. Se aclara que: De conformidad con los recibos que aparecen en el expediente por la suma de \$370.747,00, puede usted explicarle al despacho como es que el AMÉRICA dio cumplimiento al contrato de promesa de compraventa. CONTESTÓ: En una respuesta anterior manifesté que quedaba un saldo por pagar ya que aún no se ha firmado la escritura, en relación con el monto del saldo tendría que atenerme a la suma que figura en la contabilidad del club.

Cfr. Folio 323 de la prueba documental trasladada como expediente 2001 11016 el juzgado 7 Civil de Circuito de Bogotá

3.3.16.- Por si lo anterior no bastare, el 12 de enero de 2010 el abogado Pedro Sánchez al rendir los alegatos de conclusión dentro del proceso 2001 -11016 pidió que se declarara que los contratantes de la promesa del 1975 no cumplieron el contrato e iteró la solicitud para que a su cliente el América Tennis Club le fueran reconocidas las mejoras que esa entidad había hecho en el lote de los Hermanos Pardo, constituyéndose esa petición en elocuente reconocimiento del apoderado del Club del domino ajeno. Dijo el apoderado:

Dentro del término, del nuevo traslado, para alegar reitero al juzgado la petición contenida en la contestación de la demanda de NEGAR las suplicas del libelo y declarar fundadas las excepciones propuestas, por cuanto los hechos soporte de las mismas están plenamente demostrados en el proceso; además para el supuesto de que las súplicas llegaren a prosperar, deberá reconocerse el derecho de retención por las mejoras que se encuentran probadas y que en su oportunidad se invocaron por la parte demandada.

En efecto:

1.- Esta probado, en el expediente existe copia de la sentencia del 14 de abril de 1.999 proferida en el proceso ejecutivo que mi mandante intento en contra de los demandantes, que los promitentes vendedores no concurrieron a la Notaria 17 de Bogotá el 31 de enero de 1.991 a cumplir con el negocio prometido; también está probado que el América Tennis concurrió a la **Notaria 6ª y no a la 17ª**, ambas de Bogotá, **POR LO QUE LOS CONTRATANTES**, el América Tennis y los Pardo, **NO cumplieron ni se allanaron a cumplir con los términos de la promesa de contrato**, materia de este proceso.

Ni la parte demandante ni la parte demandada cumplieron con la obligación emanada de la promesa de contrato, luego la excepción de contrato no cumplido debe reconocerse como judicialmente fue reconocida en el proceso ejecutivo mencionado.

Deberá declararse probada la excepción invocada **de contrato no cumplido** y de que trata el numeral 3. 1 del respectivo escrito de excepciones.

6.- En relación con las mejoras alegadas, de las cuales se deriva el derecho de retención invocado, están acreditadas con la prueba documental aportada, la confesión vertida, la pericia que si bien es cierto las reconoció NO LAS CUANTIFICO, dando lugar a la OBJECCION por error grave que se formulo y que deberá declararse probada conforme al escrito de su formulación.

Cfr. Folios 1010 y 1011 de la prueba documental trasladada, expediente 2001 11016 el juzgado 7 Civil de Circuito de Bogotá.

3.3.17.- Para el año 2011 en otro proceso 2011 el América Tennis Club seguía reconociendo ante las autoridades judiciales como comuneros o condueños del inmueble a los señores **Helena Pardo Gutiérrez y Andrés Pardo Gutiérrez**, para negar la comparecencia al proceso proceso divisorio que se tramita bajo el radicado 11001310304220110028600 que cursaba en juzgado 42 Civil del Circuito de Bogotá. Esto expuso ante la judicatura el América Tennis Club:

PEDRO E. SANCHEZ CASTILLO
ABOGADO

Señor
JUZGADO 42 CIVIL DEL CIRCUITO
Bogotá

Ref. Divisorio Andrés Pardo Montoya contra herederos determinados de Helena Pardo de Gutiérrez
indeterminados de Carolina Gutiérrez Pardo
Rad. 2011-00286.

226
JUZGADO 42 CIVIL DEL CIRCUITO
BOGOTÁ
2011 SEP 13 PM 12:21
CORRESPONDENCIA
0223077

PEDRO EDUARDO SANCHEZ CASTILLO, mayor de edad, vecino de esta ciudad, identificado como aparece al pie de mi firma, obrando en mi condición de apoderado especial de la entidad América Tennis Club, según el poder que anexo y que me ha otorgado su representante legal, por el presente de conformidad con las normas que adelante cito y los artículos 52, 348 y 351 del C. P. C. manifiesto al Juzgado que interpongo recurso de REPOSICION y SUBSIDIARIO DE APELACION contra los autos de 16 y 24 de junio de 2011, modificadorio el segundo del primero, por medio de los cuales se admitió la demanda divisoria y se dispuso la vinculación del América Tennis Club " en calidad de tercero interviniente, dado que eventualmente puede verse afectada desfavorablemente con las resultas de una decisión de fondo dentro del presente asunto.- ...".

Finalidad de los recursos

Tienden los recursos a lograr del Juzgado se revoque la decisión que ordena vincular a mi representada como tercero interviniente en este proceso toda vez que de acuerdo con la ley en este tipo de procesos, divisorios, no es viable ni procedente la vinculación de terceros intervinientes según lo tiene establecido el artículo 52 del Estatuto Procesal Civil.

Los recursos los fundos en los siguientes breves aspectos:

- 1.- Conforme al inciso cuarto del artículo 52 del Estatuto Procesal "la intervención adhesiva y litisconsorcial es procedente en los procesos de conocimiento.....".
- 2.- El Código del Procedimiento Civil en su Libro Tercero Sección Primera Título 21 Capítulos I, II, y III regula todo lo relativo a los procesos de conocimiento, a los cuales alude la remisión del artículo 52 en mención.

En relación con los procesos divisorios el citado estatuto se ocupa en el Título XXXVI Capítulo I, que es un título específico que hace referencia a un proceso especial de los denominados procesos divisorios al cual no se le pueden aplicar las normas de los procesos declarativos y de conocimiento.

- 3.- Según las voces del artículo 467 del mismo Estatuto son partes en el proceso divisorio los comuneros pues esta disposición establece que **"todo comunero puede pedir la división material de la cosa común, o su venta para que se distribuya el producto"**.
"La demanda deberá dirigirse contra los demás comuneros y a ella se acompañara la prueba de que demandante y demandado son condueños. Si se trata de bienes sujetos a registro, se presentara también certificado del registrador de instrumentos públicos sobre la situación jurídica del bien y su tradición, que comprenda un periodo de 20 años si fuere posible." (he resaltado)

Queda claro que partes en el proceso divisorio son exclusivamente los comuneros y la prueba de esa calidad de comunero emerge o surge del título así como del certificado de libertad o matrícula inmobiliaria del respectivo inmueble por dividir.

227

4. En el caso de autos se acompaño con la demanda la matrícula inmobiliaria No.50C- 1256438 en la cual se establece, corroborando el contenido de las escrituras allegadas con la demanda, que son comuneros o condueños del inmueble, cuya división se pretende, Helena Pardo Gutiérrez y Andrés Pardo Gutiérrez en proporciones de dos terceras y una tercera parte respectivamente.

5.- El América Tennis Club NO FIGURA COMO TITULAR DE DERECHO DE PROPIEDAD NI DE CUOTA en los títulos de propiedad ni en la matrícula inmobiliaria allegadas con la demanda, de lo cual se deduce que no puede ni es parte en este proceso divisorio.

6.- No satisfaciéndose la exigencia establecida por el art.467 del C.P.C. y encontrándonos en frente a un proceso especial -divisorio-, cuyo trámite, es igualmente especial, no se pueden aplicar las reglas contenidas en el art.52 del C.P.C. que permite la intervención del tercero, como ya se precisó, en los procesos de conocimiento.

7.- Además de no ser viable procesalmente en el proceso especial divisorio la vinculación litisconsorcial y adhesiva, no se precisa, en los autos recurridos, en que condición de tercero interviniente se le cita a mi representada si como litisconsorte facultativo o necesario, caso en el cual a que parte o comunero podrá coadyuvar(?), si como sucesor procesal, o como tercero ad-excludendum, o como llamado en garantía, o como denunciado del pleito, etc., aspecto que como mínimo deberá aclararse y precisarse en los autos recurridos, lo que es procedente conforme a los artículos 309 y 311 del C. P. C.

Por lo anterior ruego al Juzgado revocar el auto admisorio, de la demanda y su modificatorio en cuanto dispuso la vinculación del América Tennis Club como tercero interviniente.

Igualmente solicito al Juzgado reconocirme personería para actuar como tal según el poder que anexo.

En la fecha estoy solicitando la entrega de las copias de la demanda según el citatorio que se le remitió a mi representada

Anexo certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá relativo a la existencia y representación del América Tennis Club en el que consta que su representante legal es el Dr. LAZARO PARDO SILVA junto con el poder que me confiere, lo anterior en 3 folios útiles.

Debo precisar al juzgado que la NOTIFICACION POR AVISO le fue entregada a mi representada por la empresa de correos el día 30 de agosto de 2.011.

Señor Juez,


PEDRO EDUARDO SANCHEZ CASTILLO
C.C. 19.078.997
T.P. 12.516 del C. S. J.

Bogotá, septiembre 2 de 2.011.

JUZGADO 42 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.
AUTENTICACION

Deposito D.C. 02 SEP 2011

En la fecha compareció el Sr. (s) Pedro Eduardo Sánchez Castillo T.P. 12516-D.C.S.J. del

con C.C. No. 19.078.997 de Bto

(Este certificado solo tiene validez en el proceso en curso, es ineficaz para otros procesos en otros juzgados)

De Suscripción: 

El Procurador: 

3.3.18.- Dijo ufano el apoderado Sánchez el dos de septiembre del 2011, en el numeral 4 de su escrito de defensa del América Tennis Club para que no fuera vinculado al proceso: *Acompaño con la demanda la matrícula inmobiliaria N° 50- 126438 en la cual se establece, corroborando el contenido de las escrituras allegadas con la demanda, que son comuneros o condueños del inmueble, cuya división se pretende, Helena Pardo y Andres Pardo*

Gutiérrez en proporciones de dos terceras y de una tercera parte respectivamente.

3.3.19.- Ese virtuoso alegato del togado Sánchez, fue suficiente para que el señor Juez Cuarenta y Dos Civil del Circuito reconociera mediante auto del 29 de septiembre de dos mil once (2011) en su consideración tercera que como el demandante había demostrado la condición de tenencia del Club, la vinculación al proceso darle oportunidad procesal para que defendiera cualquier interés que asistiera frente al inmueble materia de división, para finalmente revocar la participación del América Tennis Club por solicitud de su apoderado. Señala el auto:

-JUZGADO CUARENTA Y DOS CIVIL DEL CIRCUITO

BOGOTÁ D.C. VEINTINUEVE (29) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL ONCE
(2011).

REF. 0286 2011. DIVISORIO.
ANDRÉS PARDO MONTOYA contra HEREDEROS
DE HELENA PARDO DE GUTIÉRREZ Y OTROS.

Procede el juzgado a resolver el recurso de REPOSICIÓN interpuesto por el citado AMRECIA TENNIS CLUB contra los autos proferidos el 16 y 24 de junio del año en curso..

ANTECEDENTES

1. En autos recurridos el juzgado dispuso admitir la demanda divisoria y vincular a AMERICA TENNIS CLUB, en calidad de tercero interviniente..
2. El citado pretende revocatoria de la decisión recurrida; toda vez que conforme el mandato contenido en el art. 52 del C. de P.C. en este tipo de procesos especiales no es no es procedente la vinculación de terceros intervinientes, siendo llamados única y exclusivamente los comuneros, amén que no se precisó si se le cita como litisconsorte facultativo o necesario, como tampoco eventualmente a que parte o comunero puede coadyuvar.
- 3.- La parte activa se opone a la prosperidad del recurso, toda vez que es posible que alguna de las alternativas que la ley da para resolver el conflicto pueda ejercitar AMERICA TENNIS CLUB quien ostenta la tenencia sobre el bien, siendo el citado quien debe calificar en defensa de sus intereses si quiere participar en el proceso y en caso positivo en que calidad.

CONSIDERACIONES

- 1.- El recurso de reposición es un medio de defensa judicial del que disponen los intervinientes procesales a fin de obtener del juzgador de instancia, la revocatoria, adición o reforma de sus decisiones siempre que sean susceptibles de esa censura.
- 2.- Que una persona sea parte en un proceso, o sea tercero ha de dilucidarse para la solución de problemas prácticos. Puede haber sujetos de una relación jurídica litigiosa que no están en el pleito (comuneros), como sucede en el sub iudice, pero que pueden aprovechar o verse perjudicados con los resultados del proceso. Esta la razón por la cual el juzgado a petición de parte dispuso su intervención..
- 3.- Si bien es cierto, como lo advierte el recurrente, en tratándose de procesos especiales como el que nos ocupa, la ley no ha previsto la intervención adhesiva y litisconsorcial; no lo es menos que dadas las circunstancias especiales del mismo, en que el demandante ha afirmado la tenencia del predio en cabeza de AMERICA TENNIS CLUB,

fue el motivo por el cual se ordenó la citación, sin que ella resulte vinculante para el proceso, toda vez que no tiene por fin imponerle responsabilidad como ocurre en los casos anteriores, sino por el contrario, darle la oportunidad procesal de defender sus intereses frente al inmueble objeto de división, ante una eventual división material o ad valorem en pública subasta.

Corolario de lo expuesto ha de revocarse el numeral primero del auto de 24 de junio, así como la parte final del numeral primero, proveído de 16 de junio del año en curso que incluyó como demandado a AMERIC ATENNIS CLUB y que a posteriori se dispuso la vinculación de AMERIC TENNIS CLUB en calidad de tercero interviniente y consecencialmente disponer que la citación que al efecto se surtió en el plenario no lo vincula al proceso.

Por lo expuesto, el JUZGADO CUARENTA Y DOS CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.

RESUELVE

1.- REPONER para REVOCAR el numeral primero del auto de 24 de junio, así como la parte final del numeral primero, proveído de 16 de junio del año en curso que incluyó como demandado a AMERICA TENNIS CLUB y que a posteriori se dispuso la vinculación de AMERIC TENNIS CLUB en calidad de tercero interviniente y consecencialmente disponer que la citación que al efecto se surtió en el plenario no lo vincula al proceso.

1.- RECONOCER al dr. PEDRO EDUARDO SANCHEZ CASTILLO como apoderado del citado AMERICA TENIS CLUB.

NOTIFIQUESE

LA JUEZA

MARTHA MARIN MORA

R. 0286 2011. DIVISORIO ANDRES PARDO MONTOYA contra HEREDEROS DE HELENA PARDO DE GUTIERES Y OTROS.

JUZGADO 42 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.
May 23 OCT 2011 se notifica al auto anterior por anotación en el libro 88
El Secretario

Cfr. folio 231 del cuaderno principal del proceso divisorio 2011 00 286, que obra como prueba trasladada.

3.4.- Todas estas contundentes pruebas documentales sumadas a las otras más de cien documentales aportadas en el mismo sentido, son generadoras de la certeza y convicción de que el America Tennis Club jamás ha tenido la voluntad de ser poseedor, pero para sacrificio de la verdad, solo le merecieron al señor juez el pronunciamiento de decir contraevidentemente que poco aportan a la resolución del proceso. Y por ese camino, por si y ante sí, sin que ni siquiera la parte accionante adujera la interversión del título, el juez decidió declarar que esta se había presentado.

3.5.- Tenga la cuenta el H. Tribunal que estas irrefutables evidencias documentales son demostrativas inequívocamente de que después del del 26 de abril de 1.999, fecha en que quedara en firme la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá 14 de abril de 1999, el América

Tenis Club siguió reconociendo dominio ajeno, pero sobre esas pruebas tampoco dijo nada al señor Juez, quien tan solo atinó decir que *poco aporta para la resolución del caso*.

3.6.- Como lo señala la sala civil de la Corte Suprema de Justicia “(...) *toda incertidumbre o vacilación en los medios de convicción para demostrar [la prescripción adquisitiva peticionada] torna despreciable su declaración [ya que la] posesión que debe ser demostrada sin hesitación de ninguna especie (...); así, debe comportar, sin ningún género de duda, signos evidentes de tal trascendencia que no quede resquicio alguno por donde pueda colarse la ambigüedad o la equivocidad*’ (cas. civ. 2 de mayo de 1990 sin publicar, reiterada en cas. civ. 29 de octubre de 2001, Exp. 5800)²⁹

3.7.- En otro pronunciamiento dijo: *[C]uando para obtener la declaratoria judicial de pertenencia, se invoca la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio..., el demandante debe acreditar, además de que la solicitud recae sobre un bien que no está excluido de ser ganado por ese modo de usucapir, que igualmente ha detentado la posesión pública, pacífica e ininterrumpida por el tiempo previsto por la ley; empero, si originalmente se arrojó la cosa como merotenedor, debe aportar la prueba fehaciente de la interversión de ese título, esto es, la existencia de hechos que la demuestren inequívocamente, incluyendo el momento a partir del cual se rebeló contra el titular y empezó a ejecutar actos de señor y dueño desconociendo el dominio de aquel, para contabilizar a partir de dicha fecha el tiempo exigido de ‘posesión autónoma y continua’ del prescribiente.*³⁰

4.- La sentencia fue emitida en clara violación del artículo 176 del Código General del Proceso que señala cómo debe ser la APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, 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.

Es sabido que el momento culminante de la actividad probatoria se concreta en la valoración, cosa que se despreció en la sentencia apelada. Con la valoración se trata de auscultar si la prueba obtuvo o no la finalidad de buscar la verdad sobre el acontecimiento que interesa al proceso y sobre el cual el funcionario judicial debe decidir conforme la Ley.

La doctrina y la jurisprudencia han reconocido en las reglas de la sana crítica una categoría

²⁹ CSJ. Civil. aparte jurisprudencial extractado de la sentencia SC 19903 de 2017, en la que reitera la sentencia 273 de 4 de noviembre de 2005, Rad. 7665.

³⁰ (SC de 8 ago. 2013, rad. n.º 2004-00255-01, reiterada en SC10189, 27 jul. 2016, rad. n.º 2007-00105-01).”

intermedia entre la prueba legal y la libre convicción. La Corte Constitucional al señalar que el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, (Hoy el artículo 176 del Código General del Proceso) consagra como sistema de valoración de la prueba en materia civil el de la sana crítica en los siguientes términos: *“Este concepto (se refiere aquí la Corte a las reglas de la sana crítica) configura una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción. Sin la excesiva rigidez de la primera y la excesiva incertidumbre de la última, configura una feliz fórmula, elogiada alguna vez por la doctrina, de regular la actividad intelectual del juez frente a la prueba”*³¹

Ahora bien, el carácter de sana que se le atribuye a la crítica cuyas reglas ha de seguir el juez en el ejercicio de la facultad otorgada por la norma impugnada, hace relación al desprendimiento, por parte del juez, de todos aquellos prejuicios que le resten objetividad a su determinación. Por ello, el juez que actúe y decida con fundamento en dichas reglas no está facultado por ellas para inclinar su decisión por motivos de conveniencia o parcialidad en favor de una de las partes.

En ese sentido, es de anotar que la lógica y la facticidad juegan un papel dominante en la estructuración de las reglas de la sana crítica, por lo que éstas no pueden ser consideradas sólo ni principalmente como las apreciaciones originadas en la libre convicción del juez, sino por el contrario, como criterios de valoración probatoria que tienen un carácter objetivo y lógico; es decir, porque tales reglas no se fundan en el prejuicio del juez, sino en elementos y fundamentos preconfigurados que procuran objetividad a la decisión.

Es por ello que la Corte Constitucional, en la providencia citada y en el aparte en el que incorpora la doctrina a la jurisprudencia sobre la materia, ha dicho: *“Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ella interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos peritos, de inspección judicial, de confesión, en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas. El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento”*³²

Gorphe aclara que *“la valoración científica, obviamente, no tiende a reemplazar al*

³¹ Corte Constitucional. Sentencia C-222 de 1998. M.P. Fabio Morón Díaz.

³² Corte Constitucional. Sentencia C-222 de 1998. M.P. Fabio Morón Díaz.

funcionario judicial por los peritos, quienes cumplen funciones diferenciales en el proceso, siendo más vasta y con mayor poder decisorio del primero”³³ .

Resalta que teniendo el funcionario judicial libertad para decidir su convicción, la apreciación de las pruebas constituye una cuestión de hecho, o más exactamente un conjunto de cuestiones de hecho, regidas por leyes físicas psicológicas, concluyendo que *“en una concepción racional la justicia, y especialmente de las pruebas, el convencimiento que implica la decisión debe ser la resultante lógica de un examen analítico de los hechos y de una apreciación crítica de elementos de prueba fijando las bases de la sana crítica o persuasión racional”*

Se reitera, es desafortunada la mención que hace el despacho sobre prueba documental, cuando señala que: *“en cuanto a la copiosa prueba documental, ha de decirse, es de destacar, a guisa de ejemplo.... (...). De los demás documentos, especialmente de los exhibidos por el Club a petición de las partes pasivas, debe decirse que poco o nada aportan a la resolución de este proceso”*

En este sentido, el señor Juez en la sentencia confutada, prefirió no mirar ni reparar en la extensa prueba documental que se recaudó en las prolijas audiencias de exhibición de documentos que se llevaron a cabo en varias jornadas y en donde afloraron refulgentes documentos que dan cuenta palmar de la condición en que el América Tennis Club jamás dejó de reconocer el señorío de mi representado y de su familia, los otros demandados, sobre terreno que prometieron en venta hace ya casi 45 años, y por eso señala que nada aporta para la resolución de este proceso.

5.- La sentencia reprochada despreció el precepto legal contenido en el artículo 41 de la Ley 153 de 1987 el cual: *“La prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera o la segunda, a voluntad del prescribiente; pero eligiéndose la última, la prescripción no empezará a contarse sino desde la fecha en que la ley nueva hubiere empezado a regir.”³⁴*

Si no bastare todo lo dicho en precedencia, señálese que aplicación de esta norma le era imposible al juez declarar la pertenencia alegada por el América Tennis Club, quien según las pruebas aportadas por ese extremo (interrogatorio de parte y testimonios, tachados de

³³ GORPHE, Francois. La apreciación judicial de las pruebas. Buenos Aires Ed. La ley, 1970. p. 8 – 9.

³⁴ Cfr. sentencia C-398 de 2006, según el cual.

sospechosos) pretendió demostrar una posesión desde el año 1975, no obstante, la prueba documental (21 otrosíes firmados) son demostrativos de lo contrario.

Por lo que en aplicación de esa misma norma no podía tampoco el juez concluir como concluyó, diciendo erradamente que desde el 26 de abril del 1999 el demandante decidió rebelarse para erigirse en poseedor.

6.- La sentencia omite referirse a la conducta procesal de las partes, imperativo del artículo 280 del C.G.P.

Desconoce la sentencia que teniendo como fundamento la buena fe, principio transversal del derecho, la inadmisibilidad de volver contra la propia conducta cuando a partir de ella se ha generado una expectativa razonable o una confianza legítima, es profundamente armónica con el loable valor de la coherencia y la consistencia en las actuaciones humanas, camino idóneo para evitar manipulaciones vulgares de la buena fe y de quienes confían en la honestidad, la probidad y la sinceridad de todas las personas en los negocios jurídicos y extrajurídicos que a diario se presentan. Puesto en otros términos, la doctrina de los actos propios tiene por objeto evitar la impasividad y la indiferencia frente a aquellas situaciones en las que un sujeto, actuando con fundamento en lo que razonablemente espera de otro, termina siendo burlado y engañado en una forma ante la cual el Derecho no puede, bajo ninguna circunstancia, guardar complicidad, aspectos estos que fueron desconocidos en el sentencia.

Y, es que señálese que el Club en todos los escenarios judiciales señalados en precedencia y hasta las fechas más recientes ha aceptado por corresponder a la verdad ser tenedor del predio materia de este proceso, sin embargo en un afán desmedido de lucro decidió romper la coherencia en su actuar del Club y, por eso, debió abstenerse de cohonestar actos contradictorios volubles. No cumplir con esta directriz, esto es, aceptar que la parte se comporte contradictoriamente, en franco desconocimiento de su proceder anterior³⁵.

³⁵ La jurisprudencia ha indicado "...13. El principio de la buena fe incorpora la doctrina que proscribe el "venire contra factum proprium", según la cual a nadie le es lícito venir contra sus propios actos. La buena fe implica el deber de observar en el futuro la conducta inicialmente desplegada, de cuyo cumplimiento depende en gran parte la seriedad del procedimiento administrativo, la credibilidad del Estado y el efecto vinculante de sus actos para los particulares. La revocatoria directa irregular que se manifieste en la suspensión o modificación de un acto administrativo constitutivo de situaciones jurídicas subjetivas, puede hacer patente una contradicción con el principio de buena fe y la doctrina de los actos propios, si la posterior decisión de la autoridad es contradictoria, irrazonable, desproporcionada y extemporánea o está basada en razones similares. Este es el caso, cuando la administración, luego de conceder una licencia de funcionamiento a una persona para el ejercicio de una determinada actividad, luego, sin justificación objetiva y razonable, procede a suspender o revocar dicha autorización, con el quebrantamiento consecuente de la confianza legítima y la prohibición de "venir contra los propios actos" ..." (Corte Constitucional. Sentencia T-475/92; T-578/94; T-503/99; T-295/99; C-836/01; T-961/01 y T-366/02).

La sentencia rebatida desconoce que la Ley tiende a que quien se presente como titular de una acción se encuentre en las condiciones debidas. Una de estas condiciones impone una verdadera valoración de la conducta que como bien lo expresa Georges Ripperit “*El demandante no será escuchado por el juez, porque no es digno de ser oído*”³⁶, significando que la parte no puede pretender la protección de un derecho invocando la presencia del bien jurídico a partir de su conducta de desvalor.

La Corte Suprema de Justicia respecto de la anomalía señalada y en referencia al marco contractual vieja data tiene dicho:

*“En efecto, hoy en día se tiene por sabido que el dominio de aplicación del postulado en cuya virtud las leyes no le brindan protección de ninguna índole a quien abusa en el ejercicio de poderes emergentes de situaciones particulares que le favorecen, (...) el abuso de dichas prerrogativas, entonces, es un ilícito específico ‘sui generis’ que sin duda alguna cuenta con suficiente autonomía conceptual y sus alcances superan en mucho los que la censura en este caso sugiere, habida cuenta que como en la actualidad lo dicen valiosos estudios sobre el tema, el deber jurídico de no excederse en el ejercicio de un derecho subjetivo, de evitar su empleo de manera antisocial o inmoral o que contradiga la finalidad socioeconómica que dicha potestad tiene, es parte integrante de toda situación jurídica individual activa de poder y de carácter patrimonial, su sustancia es por lo tanto la de un deber genérico que toma pie en el principio general de derecho prohibitivo del abuso en cualquiera de sus modalidades y al cual, para decirlo con palabras de un ilustre tratadista, jamás puede serle extraña la materia contractual pues esta noción moral que como tantas otras viene a fecundar la activa juridicidad, hoy se la utiliza también para controlar el goce y ejercicio de los derechos derivados de los contratos a fin de que este ejercicio no sea ilícito o ilegítimo e impedir así que los contratantes se sirvan de los derechos que los contratos crean con una finalidad distinta de aquella para la cual estos fueron pactados...” (Arturo Alessandri Rodríguez. El Contrato Dirigido. Santiago de Chile, 1942) [citado en la sentencia]*³⁷.

Sirvan estas consideraciones ampliadas para pedir a los Honorables Magistrados de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, que en aplicación de la recta justicia, se profiera sentencia en donde de manera paradigmática, significativa y ejemplar se reivindicquen los valores fundantes de la nación y se privilegie la conveniencia de la paz social, lo que se logrará

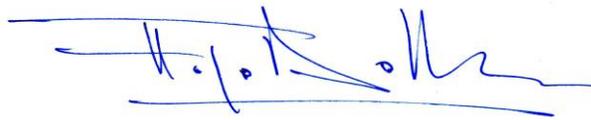
³⁶ “La Règle Morale dans les Obligations Civiles”, Paris, Libr. Gén. de Droit et de Jurispr., 1925. N° 105

³⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 19 de octubre de 1994. Magistrado Ponente: Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

revocando la sentencia dictada por el señor Juez Cincuenta y uno Civil de Circuito el pasado 21 de agosto y notificada el 24 de agosto del mismo año, también se produzcan las decisiones consecuenciales.

Anexo: Folio de Matricula Inmobiliaria 50C-1256438 impreso el 14 de junio de 2021 a las 04:15:52 PM

Respetuosamente,

A handwritten signature in blue ink, consisting of several fluid, connected strokes that form a cursive representation of the name Francisco Javier Arango Hoyos.

Francisco Javier Arango Hoyos
C.C. 10.262.960 de Manizales
T.P. 58.482 del C.S. de la J.

Qué duda cabe sobre la nula observancia por parte del juez de estos principios, permitiendo que el demandante abuse de la buena fe y de los deberes de conducta a tal punto que no paró en mientes cuando decidió que lo mejor era después de 40 años era intentar esta acción para el despojo a de los predios de unos buenos ciudadanos como lo han sido la familia Pardo Rubio

En los anteriores términos me permito en tiempo, interponer el recurso de alzada para que la H. Sala Civil del Tribunal Superior, previa audiencia de sustentación en oralidad del recurso o que ella se haga por escrito según de decida por la autoridad en esa oportunidad.

Primero: Revocar la sentencia proferida el pasado 21 de agosto y notificada el 24 de agosto de esta anualidad por el Juzgado Cincuenta y uno Civil Del Circuito de Bogotá

Segundo: Que se condene al pago de las agencias a la ejecutante de conformidad con lo establecido en el Acuerdo con el PSA-16-10554 de Agosto de 2016 del Consejo Superior

de la Judicatura, y en armonía con la naturaleza y calidad de la gestión desarrollada por el apoderado del demandada e imponerle a la misma ejecutante las costas.

Anexo: Folio de Matricula Inmobiliaria 50C-1256438

Respetuosamente,

Francisco Javier Arango Hoyos

C.C. 10.262.960 de Manizales

T.P. 58.482 del C.S. de la J.

Bogotá D.C., 23° de Junio de 2020

A la atención de la Honorable Magistrada
RUTH ELENA GALVIS VERGARA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL
secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co
La ciudad
E.S.B.C.E.

Acción: Segunda instancia – Apelación contra Sentencia del 21 de Agosto de 2020

Clase de proceso: PROCESO ORDINARIO DE MAYOR CUANTÍA – PERTENENCIA

Demandante: AMÉRICA TENIS CLUB

Demandado: PABLO LINARES GUTIÉRREZ y OTROS

No. proceso: 1100131030-24-2014-00055-01

Juzgado origen: Cincuenta y uno (51) Civil del Circuito de Bogotá D.C.

Asunto: **SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN EN CONTRA DE LA SENTENCIA DEL 21 DE AGOSTO DE 2020**

Honorable Magistrada,

R. DAVID MAYORGA DÍAZ, en mi condición de apoderado de los señores demandados **ISABEL CRISTINA** y **PABLO LINARES GUTIÉRREZ**, por medio del presente y en atención con lo dispuesto en su proveído del quince (15) de Junio de dos mil veintiuno (2021)¹, y conforme el inciso 3 del Artículo 14 del Decreto 806 de 2020, estando dentro del término de los cinco (5) días otorgados, me permito **SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN** en contra de la Sentencia del veintiuno (21) de Agosto de dos mil veinte (2020)², esto de conformidad con el siguiente desarrollo:

¹ Notificado en el estado del 16 de Junio de 2021

² Notificada en el estado del 24 de Agosto de 2020

I. REPAROS CONCRETOS EN CONTRA DE LA SENTENCIA APELADA

Los siguientes reparos buscan, más allá de revocar la Sentencia de primer grado, lograr que el derecho y el principio de justicia prosperen para que mis mandantes y demás bloque de demandados, para que estos reciban una protección legal e incluso Constitucional de sus derechos, los cuales han sido desconocidos por una providencia, que con el respeto que se merece el Juez Simoes, es desprolija, indebidamente motivada y en general violatoria de las garantías procesales que a todo ciudadano en un Estado social de derecho le asiste.

Ruego al *a-quem* que, además de los motivos de inconformidad que se elevarán, que tenga en cuenta que **la dirección procesal que adoptó el señor Juez Simoes no fue una imparcial, neutral ni garantista**, comoquiera que desde que este asunto le fue asignado por la pérdida de competencia del anterior Juzgado Cincuenta (50) Civil del Circuito de esta ciudad al despacho *a-quo*, la actividad del señor Juez Simoes fue una que entorpeció la defensa, comoquiera que de manera injustificada, obliteró el ejercicio de contradicción, en donde en muchas oportunidades el Juez no permitía cuestionar a los testigos ni interrogar al representante legal de acuerdo con los vastos antecedentes procesales y judiciales que han orbitado la disputa que desde el año de 1992 han pleiteado los hermanos Pardo y sus herederos con el América Tenis Club, aquí demandante, como si tal dirección por parte del Juez hubiese dirigido, desde que conoció de este asunto, a la reprochable sentencia que hoy ocupa a esta censura.

Lo anterior, comoquiera que **el Juez apuntó a desconocer, desde un principio, los efectos y alcances de la promesa de compraventa del año 1975 y obvió en darle valor probatorio a las pruebas trasladadas y de inspección judicial**, situación que presuntamente configuraría un prejuzgamiento grosero que perjudicó la actividad probatoria y la búsqueda de la verdad que se exige en asuntos de esta envergadura en donde una parte, con una supuesta posición de superioridad, como lo es la de un Club conformado por una supuesta elite, en la que incluso militan juristas de renombre, pretende con esta acción de pertenencia burlarse de las obligaciones que ha incumplido a lo largo de más de 40 años y despojar de manera, casi que grotesca, a ciudadanos que sólo han visto como el sistema judicial en décadas no ha resuelto una situación tan sencilla como que existe un mutuo disenso de las obligaciones de la promesa de compraventa, venida a menos con la descuidada apreciación del Juez *a-quo*, y que en tal menester deben estas hacer restituciones mutuas, y en donde mis mandantes han heredado esta problemática, pues ha sido tan tardía la administración de justicia que a pesar de cuatro (4) procesos judiciales, no se ve una clara y definitiva decisión, y el promitente vendedor primigenio que aún sobrevive, quizás por su avanzado estado de edad, puede que no vea en su vida la materialización de una rogada y esperada justicia.

Consideraciones estas preliminares, que no deben ser anecdóticas, y que conforman parte de la reprochable sentencia que es más que desconocedora de fundamentos de derecho y jurisprudenciales que desde antaño han definido los alcances de la pertenencia.

Así entonces, me permito presentar los motivos de inconformidad así:

1- DEFECTO FÁCTICO - INDEBIDA VALORACIÓN PROBATORIA - INOBSERVANCIA DE PRECEDENTES PROBATORIOS

Se tratará de un motivo de conformidad bastante amplio, comoquiera que es una de las principales falencias, y es que no hubo una apreciación debida del compendio probatorio, porque este fue obviado por el señor Juez.

En términos generales, la Jurisprudencia ha dicho que el defecto fáctico de una providencia judicial *“surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión”*³

Con la anterior premisa, es pertinente desarrollar como motivo de inconformidad que el juez Simoes proveyó este caso en total desconocimiento de pruebas debidamente incorporadas al plenario, así como tampoco valoró con meridiana razonabilidad y criterio objetivo **importantes soportes probatorios que de entrada descalificarían el requisito del ánimo de señorío que debe acreditar el demandante en este tipo de causas de pertenencia.**

Para llegar a esta conclusión, se debe partir de los antecedentes probados en juicio, y que parten de la **Promesa de compraventa del 9 de Junio de 1975.**

En este contrato que obra a folios 5 y 6 del expediente, y que fue aportado por el mismo demandante, documento que no tiene reproche de su autenticidad ni tampoco ha sido tachado, contiene el báculo de la relación jurídica que ata a las partes a la fecha de hoy.

Al respecto, sea importantísimo considerar la literalidad de tal contrato, **en donde no cursa cláusula en la que se haya transmitido posesión alguna al demandante**, y en donde los hermanos Pardo, legítimos propietarios del bien en disputa, **de acuerdo con la cláusula séptima (7°) le entregaron al demandante la tenencia**, cláusula que se acota:

SÉPTIMA: La entrega material del inmueble deberá hacerse antes del medio día 25 de junio del año en curso (1975) y desde ese momento el promitente comprador podrá emprender obras materiales, pudiendo retener el lote, si la compraventa no se realiza, hasta tanto hubiere obtenido cumplida indemnización”

De esta lectura, nótese que no se entregó o transmitió la posesión, además que los promitentes vendedores autorizan al Club tenedor para que emprendiera las obras y mejoras que ahora pretende el demandante pasar o hacer ver como actos de señor y dueño.

Al respecto, e hilando esta condición de tenedor, no se puede pasar por alto que a **Folio 623 al 625**, prueba aportada en la contestación de demanda aportada por don

³ Sentencia C-590 de 2005

Andrés Pardo y que milita en la prueba trasladada que el *a-quo* recibió del Juzgado Séptimo (7°) Civil del Circuito de Bogotá D.C., diligencia de recepción de testimonio del **26 de Octubre de 2004** dentro del proceso 2001-11016 del Juzgado 7CC, testimonia el señor **José Ignacio Osuna Sanz**, miembro de la Junta Directiva y antiguo presidente del Club para los años 1978 a 1981, quien declaró lo siguiente relevante:

“PREGUNTADO: Sírvase manifestar al despacho si sabe el motivo por el cual fue citado a rendir declaración de testigo en este proceso. CONTESTO: Sí. Estando yo en la Junta Directiva del AMÉRICA TENNIS CLUB aproximadamente en el año de 1975 conocí negocio que hizo el club con los señores ANDRÉS PARDO y HELENA PARDO MONTOYA, el cual los señores PARDO NEGOCIARON con el club un lote de terreno pegado al de propiedad del club en la calle 51 entre carreras 3ª y 5ª. Conocí la promesa de venta que firmaron las partes en la que los vendedores o promitentes vendedores facultaron al club para utilizar el terreno desde el momento de la firma del contrato como efectivamente el club lo hizo construyendo dos canchas de tenis en cuya ejecución yo intervine mas adelante cuando fui presidente del club entre los años 1978 y 1981. (...)⁴

PREGUNTADO: sírvase indicar al despacho si para esas obras y la utilización del predio, el club solicitó autorización a los señores PARDO. CONTESTO: la autorización estaba concedida en el contrato de promesa de compraventa.”⁵

(Destacado fuera de texto)

Siendo claro que en tal declaración judicial de quien fue uno de los presidentes y por consiguiente representante legal del Club demandante, que **la autorización de las obras y demás mejoras** que, a lo largo de los años, el Club demandante ha querido hacer ver como acciones propias del ánimo de señorío, **fueron autorizadas por los hermanos Pardo.**

De importantísima relevancia es tal declaración, **que para el año 2004**, más de diez años atrás de la presentación de la pertenencia que aquí convoca a las partes, **el América Tennis Club aún reconocía su condición de tenedor**, de un tenedor **incumplido que no pagó el precio de la compraventa prometida** y en donde las partes en tres (3) diferentes pleitos han disputado la resolución de tales obligaciones, y las que hoy son burladas por un club incumplidor de obligaciones y que pretende errar a la justicia para desentenderse de su obligación de entregar el bien.

Al respecto, sea apropiado acotar el contenido de la **cláusula décima** de la referida **promesa de compraventa** que reza:

⁴ Folio 623 del expediente

⁵ Folio 624 ibidem.

“DECIMA: si el incumplimiento de esta promeda (sic) fuere imputable al Promitente Comprador, los Promitentes Vendedores, a más de hacer suyas las arras, tendrán derecho a la inmediata restitución del inmueble”

Si bien sobre el cumplimiento de la promesa de compraventa cursó el proceso ordinario 2001-11016 que conoció el Juzgado Séptimo (7°) Civil del Circuito de Bogotá, y en el que el juzgador de la época determinó un incumplimiento recíproco de tales obligaciones, y que provocaría el mutuo disenso del negocio, es de importancia considerar que visto a **folios 619 al 622**, prueba aportada con la contestación de la demanda de don Andrés Pardo y que también se halla en la prueba trasladada que recibió el Despacho del Juzgado *ibidem*, **Interrogatorio de parte del 25 de Octubre de 2004 al señor Lázaro Alberto Pardo Silva, representante del Club para la época**, dentro del proceso 2001-11016 del Juzgado 7CC, el Club, aquí demandante, por conducto de su representante manifestó:

PREGUNTA No. 1: De conformidad con la cláusula séptima de la promesa de compraventa firmada entre el AMÉRICA TENNIS CLUB y los Pardo que pongo de presente a folio 9 y subsiguientes, explíqueme al despacho si la compraventa se realizó, y en caso afirmativo en que documento consta. Se dejan constancia de que se pone de presente los folios anteriormente descritos. CONTESTO: La entrega del lote se cumplió tal como está establecido en la cláusula séptima;(...)

PREGUNTA No. 3: Puede usted decirle al despacho si el AMÉRICA TENNIS CLUB dio cumplimiento a la cláusula octava de la promesa de compraventa; en caso afirmativo puede usted afirmarle al despacho en que documentos consta. Se deja constancia que se pone de presente al folio No. 10 del expediente al declarante: CONTESTO: EL AMÉRICA SI DIO CUMPLIMIENTO a la cláusula octava, y dicho cumplimiento consta en los soportes contables que reposan en la institución.

PREGUNTA No. 5. Diga usted cómo fue que el AMÉRICA TENNIS CLUB completó el valor del precio acordado y en que documentos consta. CONTESTO: El América continuo el pago en la forma como estaba prevista y aún resta por cancelar el saldo, el soporte de los pagos que se sucedieron a los \$15.000.00 de arras constan en la contabilidad del club.

PREGUNTA No. 11. Puede usted explicarle al despacho si el AMÉRICA TENNIS CLUB ha dado cumplimiento a la cláusula décima del contrato de promesa de compraventa que pongo de presente a folio 10 y verso. Se deja constancia que se pone el documento anteriormente dispuesto: CONTESTO: EL AMÉRICA no ha dado

cumplimiento esta cláusula de este contrato porque no ha dejado de cumplir el contrato.”

(Destacado fuera de texto)

Quedando un importantísimo antecedente procesal en el que a fecha del 25 de Octubre de 2004, más de diez (10) años de la presentación de esta acción, que memoremos se presentó el 3 de Febrero de 2014, tal y como lo acredita el folio 107 de este plenario, el club hoy demandante manifiesta que no cuenta con el ánimo de señor y dueño, que amañadamente se enrostra, comoquiera que queda acreditado que para tales épocas, y demás posteriores, como se entrará a demostrar, que el América Tennis Club **“no incumplido esta cláusula (10°) de este contrato (promesa de compraventa del 9 de Junio de 1975), porque no ha dejado de cumplir el contrato”.**

Nótese el convencimiento que exteriorizado en una declaración con fines judiciales hizo el representante legal de la época señor Lázaro Alberto Pardo Silva, acreditándose que, para tal época, y posteriores, el América Tennis Club siempre ha estado convencido de su calidad de promitente comprador y tenedor de la cosa en pleito.

De la mano con este importante hito histórico, no puede obviarse que desde siempre el ATC ha demostrado de manera pública su vocación de promitente comprador y tenedor, puesto que se debe tener más que en cuenta los litigios que han surgido entre las partes.

El primero de este proceso corresponde a un **proceso ejecutivo por obligación de hacer que conoció el Juzgado Séptimo (7°) Civil del Circuito de Bogotá con el número 1992-2112,** en el que el América Tennis Club quiso hacer exigible a los hermanos Pardo la suscripción de la Escritura Pública de compraventa prometida, a pesar de no haber cumplido con el pago del precio en la forma en que fue establecida en la multicitada promesa de compraventa y sus otrosíes.

En tal proceso, y que se encuentra como prueba trasladada a este de pertenencia, además de tener en cuenta el *fallo de segunda instancia de fecha del 14 de Abril de 1999* con ponencia de la Magistrada Liana Aida Lizarazo Vaca de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, que tuvo al Club hoy demandante como promitente comprador e incumplidor y por consiguiente quitándole la fuerza de su ejecución, y que declaró la prosperidad de las excepciones que formularon los señores Pardo, téngase y désele la importancia de que el Club actor, ejecutante para esa época, solicitó el embargo del inmueble que hoy ocupa la atención del Despacho, tal y como lo evidencia la anotación 2° del 15 de Mayo de 1992, anotación que a la fecha sigue como activa, y que para todo efecto, no aparecía como cancelada o levantada cuando se presentó esta demanda, en la que es preciso considerar que ¿cómo el demandante va a perseguir en usucapión un bien que el mismo club embargó? ¿si supuestamente el ATC quiere hacerse pasar por dueño, por qué no procuró sanear la misma medida de embargo que solicitó?

Dudas que corroboran un actuar desprolijo que no puede ser prueba de posesión.

Si bien, este asunto ejecutivo finalizó para el año de 1999, no es cierto que la posesión en pretensión principal inició para tales épocas, como mal se entiende en el escrito de demanda, en el que además no se explica cómo se origina la posesión, si esta mutó de una tenencia a una posesión o si hubo interversión de títulos, porque valga considerar que en su demanda el América Tenis Club no precisó tales circunstancias, y pretende probar una posición de poseedor que se sustenta en interpretaciones sesgadas.

Situación que tiene su eco en la Sentencia de primer grado que es objeto de esta apelación, toda vez que el señor juez Simoes, y a pesar del esfuerzo por edificar una interversión de la posición jurídica del demandante, se quedó corto en justificar el cómo y cuando de tal circunstancia, que valga iterar, no fue alegada por el Club demandante, en donde se evidencia una suerte de facultad ultra y extra petita del a-quo que trasgrede el principio dispositivo que impera en las causas civiles., y si se es meticoloso y escrupuloso, extraño es que el Juzgador de instancia se sirva curar o sanear los errores del demandante, como si en su querer el Juez Simoes en contra de toda prueba, desease que el Club se quede con el inmueble, lo que, y esperemos que así no sea, podría ser considerado más allá de un criterio autónomo del Juez, mal hilado, a una presunta felonía, porque sí que es extraño que el Juez Simoes siempre alejase la discusión de los efectos de la promesa de compraventa y los pleitos, y guiara el juicio al fallo que se censura, en donde, y sin hesitación lo pido a los Honorables Magistrados que adopten las medidas que se deben tomar en contra del Juez *a-quo*.

Ahora bien, posterior a tal fecha, que en la pretensión principal se tiene como a partir del 26 de Abril de 1999, data que como se menciona no explica el origen de la posesión, debe tenerse en cuenta que el Club en pleno conocimiento de su calidad de promitente comprador y tenedor del inmueble en varias oportunidades manifestó su voluntad de arreglar o transar su diferencias con los hermanos Pardo, de allí que a folios 206 y 207 del cuaderno de pruebas No. 2 , Acta de Junta Directiva del 20 de Enero del 2000, la junta directiva del Club autoriza al doctor López Blanco para que negocie con la señora Helena Pardo hasta por la suma de \$150.000.000.oo.

Cuestión, que, además, desmerita la imparcialidad de este honorable jurista que sirvió como testigo, toda vez que además de ser socio y parte del comité jurídico, claramente ha tenido interés en las resultas de este pleito e incluso sabe y conoce que los dueños son los señores Pardo, situación que obvió el juez Simoes, en desprolija consideración que deja entrever o la falta de experiencia para apreciar los medios de prueba, o que solidifica la parcialidad que demostró a lo largo del juicio.

Y en donde se debe cuestionar al *a-quo* el supuesto ánimo de señor y dueño del demandante, porque si se supone que se cree como propietario, debería desconocer a cualquier sujeto que ostente derecho real de dominio, y entonces ¿por qué para tal época y otras quería arreglar el negocio de la promesa de compraventa multicitada? ¿acaso tal tratativa y otras posteriores no son la exteriorización de la manifestación de la calidad de no poseedor del hoy demandante?

Preguntas que no son filosóficas, toda vez que tienen su respuesta en las pruebas que conforman el plenario, puesto que, de manera categórica, el América Tenis Club no ha exteriorizado ni acreditado las condiciones básicas para hacerse llamar poseedor.

Ahora bien, entre las partes se tramitó el **proceso ordinario 2001-11016 en el Juzgado Séptimo (7°) Civil del Circuito de Bogotá**, en el que los hermanos Pardo pretendían la resolución del multicitado contrato de promesa de compraventa, pleito en el que ha de detenerse la atención del Despacho, pues al contrario de la pretensión principal que incoa el actor en esta usucapión, el club hoy demandante, demandado en aquella oportunidad no excepcionó posesión, pertenencia, prescripción adquisitiva alguna o símil.

Habiéndose notificado el club para el 28 de Octubre de 2002, en término de la anterior acción ordinaria, excepcionó las que denominó:

“Contrato no cumplido por parte de la actora en cuanto no se allanó a cumplir ni cumplió con su obligación de suscribir la Escritura Pública traslaticia de dominio respecto del lote prometido”.

“modificación de los términos del contrato en sus cláusulas tercera y octava en cuanto al pago del precio y al pacto de arras se referían y cumplimiento por parte de la demandada de los pagos acordados”,

“prescripción de la acción ordinaria intentada respecto del alegado incumplimiento por parte del América Tenis Club en cuanto al pago de las arras y del precio pactados en la promesa de contrato según el tenor literal de las cláusulas terceras y octava no obstante estas haberse modificado conforme lo expresado en la excepción precedente”,

“prescripción de la acción resolutoria intentada y prescripción de la acción consecucional de restitución intentada en la demanda en razón o por la modalidad de la entrega que de manera real y material la parte actora hizo del bien prometido en venta a el América Tenis Club”,

“precio serio, justo y cierto no irrisorio para la época de celebración del contrato de promesa”

Excepciones que como se indica, en parte alguna proponen la prescripción adquisitiva, que se memora, de acuerdo con el Artículo 2513 del Código Civil, también puede proponerse como excepción.

Más bien, las anteriores excepciones son la prueba fehaciente de la voluntad y realidad de calidad de promitente comprador y tenedor del América Tennis Club, pues con tales excepciones se reconoce, así en litigio, el multicitado contrato de promesa de compraventa y de contera la calidad de propietarios de los hermanos Pardo y sus causahabientes.

Manifestaciones de voluntad del ATC en las que vale darle su importancia probatoria a lo declarado por el representante legal del ATC para la época de su interrogatorio del 25 de Octubre de 2004, del que ya se trató en este motivo de inconformidad.

En tal virtud, y nuevamente teniendo en cuenta la pretensión principal de prescripción adquisitiva que enrostra el club demandante desde 1999, **si la exteriorización del hoy demandante fue la de reconocer y discutir la promesa de compraventa para el año 2002 y hasta la finalización de tal litigio**, que finalizó mediante providencia de segundo grado del 24 de Octubre de 2011 con ponencia de la Magistrada Luz Stella Roca Betancur de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá que confirmó el fallo de primera instancia del 23 de Abril de 2010 del Juzgado 7CC de Bogotá dentro del citado asunto 2001-11016, en donde para todo efecto se debe considerar que la confesión hecha por apoderado, de acuerdo con el canon 193 del Código General del Proceso, entendiéndola con la contestación y proposición de tales excepciones en tal asunto ordinario, **es una manifestación que no es única en el tiempo y que se extiende hasta todo el trámite del litigio, comoquiera que de una revisión de tal prueba trasladada, no obra o consta que el América Tennis Club haya renunciado a sus excepciones.** Es válido preguntar ¿de dónde o cómo se tiene al año 1999 como el de inicio de posesión si lo demostrado es que hasta bien entrado el año 2011 el Club reconocía a la promesa de compraventa multicitada y la condición de propietarios de los hermanos Pardo?

Tales consideraciones de la exteriorización de la voluntad verdadera del Club demandante no paran en la actividad procesal, puesto que se verá que con la recaudada prueba de inspección judicial de las actas de junta directiva y de asamblea, el América Tennis Club siempre ha tenido a los Pardo como propietarios del bien, **en tanto que en más de una ocasión denominan al asunto como “Lote Pardo Rubio”, le han dado un tratamiento contable independiente, en el que reconocen las obligaciones que se han pagado e incluso las pendientes**, y siempre han exteriorizado una voluntad de “arreglar” directamente con los hermanos Pardo o sus causahabientes, lo que denota que reconocen a estos hermanos como los verdaderos propietarios del predio hoy en disputa.

Para la muestra de estos, téngase que:

- **Folio 253 del cuaderno de pruebas No. 2: Acta de junta directiva del 14 de Noviembre de 2003, en el que en el numeral 3.5- Pleito Pardo Rubio, se dice textualmente: “Hay una citación al Juzgado el próximo 9 de Diciembre para lo cual se recomienda preparar una respuesta lógica y estructurada en la que se reconozca que el ATC siempre ha estado dispuesto a pagar a valores**

indexados el saldo de lo adeudado". Importante manifestación del órgano del demandante, puesto que se reconoce las obligaciones de la promesa de compraventa de 1975 y por consiguiente la calidad de propietarios de los hermanos Pardo.

- **Folios 257 y 258 del cuaderno de pruebas No. 2:** Acta de junta directiva del **9 de Marzo de 2004**, en la que informa el presidente que se intentó la reunión de conciliación con la Familia Pardo Rubio, lo que denota la falta de ánimo de señorío del Club, pues ¿para qué conciliar algo que supuestamente desde el año 1975 o 1999 es de su "propiedad" con exclusión de cualquiera que tenga derecho real sobre el predio?
- **Folio 260 del cuaderno de pruebas No. 2:** Acta de junta directiva del **22 de Abril de 2004**, en el que el presidente informa del "*proceso de conciliación con la familia Pardo Rubio, sobre el lote en negociación*"
- **Folios 247 y 248 del cuaderno de pruebas No. 2:** Acta de junta directiva del **11 de Febrero de 2005**. En el ítem tercero del folio 249, **el presidente del Club propone que se haga una reserva o provisión ante una eventual contingencia derivada del pleito (2001-11016-7CC)**, para que el comité financiero lleve un registro en los libros contables de todas las mejoras que se hagan al predio que siguen denominando como Pardo Rubio. Proposición que se aprueba. **De allí se tiene que contablemente se tenga una partida independiente para el tema del "lote Pardo Rubio"**
- **Folios 227 y 228 del cuaderno de pruebas No. 2:** Acta Asamblea General de socios del **10 de Marzo de 2005**, en el que informa el presidente del Club sobre el proceso 2001-11016 del 7CC en el que reconocen el contrato de promesa de compraventa del lote del costado nororiental, informa sobre la conclusión frustrada de la etapa conciliatoria.
- **Folio 282 del cuaderno de pruebas No. 2:** Acta de junta directiva del 31 de Mayo de 2010, en el que informa que se revisará la estrategia a seguir después del fallo de primera instancia del proceso 2001-11016 del 7CC, en el que se indica que los abogados asesores del Club son los doctores Juan Manuel Garrido, Hernán Fabio López Blanco y Luis Javier Santacruz, **lo que debe reforzar la tacha de sospecha de tales testigos**, quienes siempre han estado atentos a los pleitos con los Pardo, lo que deja entredicho lo manifestado en sus declaraciones de que no han estado tan pendientes y tan al tanto de este asunto, en donde se debe indicar que de manera permanente la asesoría jurídica de estos ha dirigido el actuar procesal del Club.
- **Folios 288 y 290 del cuaderno de pruebas No. 2:** Acta de junta del 28 de Junio de 2010, en la que informa el presidente que "*si eventualmente los señores Pardo quieren hablar, el Club estará dispuesto a escucharlos*", lo anterior dentro del contexto de la negociación o acercamientos conciliatorios de los pleitos que atan a las partes.

- **Folios 295 y 296 del cuaderno de pruebas No. 2:** Acta de junta del 28 de Marzo de 2011, en la que se toca nuevamente las propuestas conciliatorias, en las que se dice que:

*“hay una propuesta de reconocerles (a los Pardo) una suma equivalente a \$516.000 traídos desde el año 1975 a valor presente en términos reales, es decir, reconocer la inflación registrada en tal periodo; **se hizo informalmente** y supeditada a la decisión o ratificación del órgano colegiado pertinente en el Club”*

(Destacado fuera de texto)

- **Folios 307 y 308 del cuaderno de pruebas No. 2:** Acta de junta del 28 de Noviembre de 2011, en la que **se sigue denominando al predio como Lote Pardo Rubio.**
- **Folio 985 al 986 del cuaderno 1 tomo 3:** Acta de junta del 30 de Abril de 2012, siguen denominando al predio como lote Pardo Rubio.
- **Folio 994 reverso del cuaderno 1 tomo 3:** Acta de junta del **31 de Marzo de 2014**, se relata de la frustrada diligencia de secuestro del inmueble dentro del asunto divisorio 2011-286, en el que no se pudo identificar el predio por un inconveniente con la gestión del perito designado. Se informa a la junta de la posibilidad de un pleito penal, toda vez que el abogado Sánchez manifestó que se podría de tratar de un fraude procesal teniendo en cuenta que hay una promesa de compraventa y que por otro lado existe un proceso de pertenencia, y se decide buscar un abogado penalista.
- **Folio 999 del cuaderno 1 tomo 3:** Acta de junta del **28 de Julio de 2014**, se informa que las partes han tenido cercanía de los herederos de los hermanos Pardo para negociar o conciliar respecto del predio en disputa, se informa que se están buscando fórmulas de arreglo, propuestas que serán de aprobación de asamblea. La junta directiva autoriza que se adelanten los mentados acercamientos con fines de propuesta del ATC.
- **Folio 1001 del cuaderno 1 tomo 3:** Acta de junta directiva del 29 de Septiembre de 2014: Se informa de los resultados de acercamiento con uno de los hijos del señor Andrés Pardo, que hubo dos reuniones, se informa de una novedosa propuesta de arrendamiento del lote por 100 años con una opción de compra al final. Estas reuniones fueron gestionadas por un doctor Jaime Vélez por parte del Club. En la segunda reunión hubo una propuesta económica, en la que el hijo del señor Pardo propone el pago de una cuota inicial y otras por 20 años, y que esta pareció una buena opción

Indica esta acta un breve relato de la historia procesal, que hubo intentos de conciliación en el pasado, que es viable transar por \$3.400 millones a \$4.900 millones. La junta determina hacer un avalúo colegiado.

- **Folio 1004 reverso del cuaderno 1 tomo 3:** Acta de Junta Directiva del 24 de Marzo de 2015, se informa que el avalúo colegiado determinó un valor del lote en disputa por \$2.200.000.00 por metro cuadrado, teniendo este un área de 4.700 mts².

Tampoco se le debe restar importancia al **Folio 557**, prueba aportada en contestación de la demanda de don Andrés Pardo: **Comunicado del 14 de Abril de 2004 del ATC a los hermanos Pardo en el que el Club les manifiesta a los aquí demandados que está en toda voluntad de negociar la problemática del lote que ellos denominan "Pardo Rubio", de importancia literal, este comunicado reza que:**

"Queremos manifestarles nuestra voluntad de reunirnos las veces que sea necesario siempre y cuando los términos estén de acuerdo con las pautas que nos fijó la pasada Asamblea de accionistas del Club, ya que este es el máximo órgano de dirección de nuestra Corporación y el cual finalmente deberá autorizar cualquier transacción a la cual se pudiera llegar por la vía conciliatoria.

De todas formas (sic) queremos recordarles que la manifestación de la señora Juez Séptima Civil del Circuito referente a la propuesta de avaluar el lote y dividir el producto entre las partes corresponde a una recomendación como pauta para iniciar el proceso de negociación por la vía directa conciliatoria"

(Destacado fuera de texto)

Probanzas que denotan que incluso ya habiéndose presentado la demanda que ocupa la atención del Despacho, el ATC sigue demostrando su calidad de tenedor y promitente comprador, pues y como se itera, si el ATC quiere presentarse como dueño ¿Qué hace tratando de hablar con los Pardo para fines de arreglo del negocio de compraventa? ¿no se supone que el poseedor lo es con exclusión de aquellos que ostentan derechos reales sobre el predio?

Continuando con el resumen procesal, tenemos ahora el **pleito ordinario 2011-179 que conoció en primer lugar el Juzgado Veintiuno (21) Civil del Circuito de Bogotá D.C.** y que ahora se tramita por el Juzgado 49 Civil del Circuito de Bogotá, prueba trasladada a este asunto, en el que los señores Gutiérrez Pardo, herederos de doña María Helena, demandan el mutuo disenso de las obligaciones adquiridas por las partes con la multicitada promesa de compraventa del año 1975, **en donde el ATC se notificó de este proceso para el 29 de Mayo de 2012 y en donde no propuso como excepción la de prescripción adquisitiva o de posesión o pertenencia o símil**, en tanto que tales se circunscribieron nuevamente a la discusión de las obligaciones de la promesa, siendo tales medios de excepción:

“Petición indebida, carencia de causa y falta de presupuestos para la prosperidad de las pretensiones tanto principales como subsidiarias.”

“Prescripción extintiva de la acción resolutoria intentada y prescripción extintiva de la acción consecuencial de restitución intentada en la demanda en razón o por la modalidad de la entrega que de manera real y material los promitentes vendedores hicieron al America Tennis Club del predio prometido en venta”

“Prescripción extintiva de la acción resolutoria de mutuo disenso formulada como pretensión principal en esta demanda”

Memorando nuevamente que la prescripción adquisitiva también se puede proponer por la vía de excepción.

Con lo anterior, además que para tal época del año 2012 el Club mantiene la exteriorización de su voluntad de reconocer la multicitada promesa, al parecer, el club, en sus órganos de dirección y ejecución, no vislumbraban ni tenían claridad alguna respecto de la calidad de poseedor que hoy se enrostra.

Por último, téngase en cuentas los **folios 693 y 694**, prueba aportada en la contestación de don Andrés Pardo⁶: Corresponde a un recurso que interpuso el abogado Sánchez⁷, apoderado del Club dentro del proceso divisorio 2011-286 origen 42 CC y ahora en el 45CC, **escrito del 13 de Septiembre de 2013**, en este documento se debe resaltar la falta de vocación del ánimo de señorío que dice tener el Club desde 1975 o 1999, comoquiera que se opusieron a su vinculación dentro de tal asunto, arguyendo que:

“En el caso de autos se acompaña (sic) con la demanda la matrícula inmobiliaria 50C-1256438 en el cual se establece, corroborando el contenido de las escrituras allegadas con la demanda, que son comuneros o condueños del inmueble, en cuya división se pretende, Helena Pardo Gutiérrez y Andrés Pardo Gutierrez en proporciones de dos terceras y una tercera parte respectivamente.”

“El América Tennis Club NO FIGURA COMO TITULAR DE DERECHO DE PROPIEDAD NI DE CUOTA en los títulos de propiedad ni en la matrícula inmobiliaria allegadas con la demanda, de lo cual se deduce que no puede ni es parte en este proceso divisorio.”⁸

(Destacado fuera de texto)

⁶ Y que además se encuentran cursantes en las pruebas trasladadas

⁷ Ver Folio 690 ibidem, en el que el Club le otorgó poder al señor Sánchez para que lo representara en tal divisorio.

⁸ Folio 694 ibidem.

Si supuestamente, el club alega ser poseedor ¿Por qué no se hizo vincular como tercero interesado o poseedor?

Tener en cuenta que dispone el Artículo 193 del C.G.P la confesión por apoderado judicial, que tiene efectos tanto en ese proceso divisorio, en los demás asuntos y en esta pertenencia por el traslado de pruebas, toda vez que todos los expedientes que anteceden este pleito fueron allegados al Juzgado 51 Civil del Circuito de Bogotá, y de lo transcrito, el Club está reconociendo la calidad de comuneros y condueños de los Pardo.

Pruebas y consideraciones anteriores que hacen que el ATC no reúna las condiciones y calidades de un poseedor, comoquiera que su ánimo de señorío no se expresó de manera clara, **existiendo clandestinidad**, toda vez que de las pruebas testimoniales, sin entrar en los detalles y contradicciones de los testigos, **estos tachados de falsos y sospechosos, son socios del club, con un interés prominente en las resultas de este proceso, y quienes además afirmaron que el Club, sus directivas no les informan del pleito que ellos mismos denominan como “lote Pardo”,** y que vistos desde una perspectiva objetiva **no son dicentes de la prueba de publicidad que enviste la exteriorización del señorío, toda vez que ningún miembro de la vecindad**, ora persona jurídica o natural declaró tener al ATC como dueño y señor del predio en disputa.

Lo que es contrario a la apreciación del *a-quo*, puesto que ¿cómo es posible que un socio, con interés de cuota de participación, vaya a declarar en contravía de sus propios intereses?

Corolario de lo anterior, y en probanza del requisito de que una pertenencia debe ser pública, téngase que no existe declaración de tercero ajeno al Club que los reconozca como dueño y señor del predio en disputa, cuestión que deja entredicho la apreciación del Juez *a-quo*, que de manera sesgada pretende favorecer a un sujeto procesal que cojeó en la acreditación de los elementos de esta pertenencia.

En resumen de este extenso motivo, y que debe ser tenido en cuenta en su integridad, lo claro es que **el Juez de la causa ni siquiera examinó ni se pronunció de las anteriores pruebas, de la trasladada ni de las actas de juntas de socios ni de asamblea, ni las demás particulares aquí señaladas, las cuales acreditan a la causa que el Club demandante no pudo demostrar el animo de señor y dueño que se esgrimió**, comoquiera los anteriores medios de prueba dan por sentado que lo que ata a las partes es la discusión de un negocio de compraventa, sin que el mero paso del tiempo, y porque tampoco así lo esgrimió el actor, haya mutado la tenencia a una posesión, **ni tampoco se tiene una fecha sincera de interversión, que valga decir tampoco fue alegada por el club demandante.**

Razones anteriores, para que se revoque la Sentencia de primer grado, y en su lugar brillen y abran paso las pruebas que en toda su plenitud demuestran la tenencia, mora de cumplimiento de sus obligaciones y reconocimientos de la propiedad del predio en disputa en cabeza de los hermanos Pardo y sus consecuentes causahabientes.

2- DEFECTO MATERIAL O SUSTANTIVO - INDEBIDA APLICACIÓN DE FIGURAS JURÍDICAS

El apoyo jurisprudencial de este motivo de inconformidad se halla en la Sentencia C-590 de 2005 que define a este yerro **“como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales [10] o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.”**

En este aparte, debe centrarse el *a-quem* en lo consistente a la interversión del título, partiendo que el ATC a lo largo de 45 años siempre ha demostrado y exteriorizado su calidad de promitente comprador y tenedor autorizado por parte de los hermanos Pardo, iterversión que es difusa, ambigua, **pues no obra prueba en el plenario del acto que muta su tenencia a la de posesión.**

Y que ahora de manera errónea, **el juzgado a-quo pretende tener por probada a pesar que en parte alguna el ATC la hubiese alegado,** y lo que además es una grosera intervención del **Juez Simoes, que alejándose del principio dispositivo** que caracteriza a los pleitos civiles, y en una suerte de *extra y/o ultra petita* aplica, en pleno favorecimiento y subsanación de la postulación con la que el actor se presentó en esta causa, la configuración de una supuesta interversión de título y posición jurídica, que incluso a la fecha de hoy no es clara, puesto que para todo efecto el ATC es un tenedor que esta en mora de cumplir con sus obligaciones.

Al respecto es importante tener en cuenta la Sentencia de Casación Civil del 15 de Septiembre del 1983 del doctor Germán Giraldo Zuluaga:

“es indiscutiblemente que la ley tolera que el mero tenedor cambie su posición jurídica de tal por la de poseedor, pero es del mismo modo palmario que esta interversión del título no pueda tener eficacia sino desde el momento en el que el tenedor, rompiendo por sí y ante todos sí, todo nexa jurídico con la persona de quien deriva su título de mera tenencia, se rebela expresa y públicamente contra el derecho de esta, desconociéndole desde entonces su calidad de señor y empezando una nueva etapa de señorío, ejercido no solo a nombre propio sino con actos nítidos de rechazo y desconocimiento del derecho de aquel a cuyo nombre con antelación ejercía la tenencia”

(...) menester es que su voluntad de cambiar su posición jurídica se exteriorice **con actos inequívocos de rebeldía en contra del derecho del dueño, de tal manera que a los ojos del público en general** aparezca que los actos de explotación económica se ejerciten a títulos de poseedor y no a título de mero tenedor, como con anterioridad ocurría

Injusto sería propiciar el asalto al derecho ajeno, si se protegiera al tenedor de mala fe que, aprovechando tantas circunstancias inesperadas de la vida, cualquier día, sustentado solamente en su palabra falaz pudiera alegar que intervirtió su título desde muchos años antes con el solo argumento de que, desde entonces, dejó de pagar el arriendo pactado”, o cumplir con obligaciones contenidas en negoció precedente.

Y así como, según el artículo 777 del Código Civil, el simple espacio de tiempo no cambia la mera tenencia en posesión, quien ha reconocido dominio ajeno no puede, frente al titular del señorío, trocarse en poseedor sino desde cuándo, de manera pública, abierta, franca le niega el derecho que antes le reconocía y simplemente ejerce actos posesorios a nombre propio, con absoluto rechazo de aquel. Los actos clandestinos no pueden tener eficacia para una inversión del título del mero tenedor. Con razón el artículo 2531 del Código Civil, exige a quien alegue la prescripción extraordinaria, la prueba de haber poseído sin clandestinidad.

Fuera de lo anterior, acompasa con la justicia y la equidad exigir a quien alega haber intervertido su título que pruebe, plenamente, desde cuándo se produjo esta trascendente mutación y cuáles son los actos que afirman el señorío que ahora invoca.

De conformidad con esta inserción jurisprudencial, si la transponemos al caso de marras, se hallará que el ATC no cumple con tales requisitos, puesto que ha mantenido una clandestinidad, que brilla por el hecho de que no les comunica a sus socios de la realidad de sus pretensiones, como si en una surte de logia, el comité jurídico y la junta de directiva y el presidente, se cerrara la discusión de la realidad que se le oculta a sus socios.

De la mano con lo anterior, téngase que no hay un hecho claro por el cual se tenga que el ATC rechazó de manera pública los verdaderos propietarios del bien en disputa, toda vez que no cursó prueba de que la comunidad, la vecindad haya reconocido al aquí demandante como el soberano del lote que, valga decir, el mismo ATC llama como “lote Pardo Rubio”.

Y es también más que probado que la actitud jurídico-procesal que ha asumido el Club durante los años de pleitos es que siempre han tenido a los Pardo como los promitentes vendedores en todos los pleitos, sin anunciar de manera expresa en los distintos procesos las calidades de poseedor que de manera amañada ahora vienen a enrostrar.

Situación en la que tampoco se tiene una edificable razonabilidad de la supuesta mutación de la posición de tenedor a la de un poseedor, comoquiera que a pesar que el Juez Simoes trató de indicar que después de tramitado el ejecutivo por obligación de hacer, el ATC ahora era poseedor, si se examina con detenimiento, tal pronunciamiento

judicial no se soporta en prueba alguna, y no se tiene una razón certera e indicativa para ahora tener al Club demandante como dueño y señor de la cosa, más aún y se consideramos lo indicado en el ítem de inconformidad anterior, en el que las pruebas debidamente incorporadas al expediente acreditan que hasta la fecha de hoy la posición jurídica del ATC es la de un tenedor incumplido y que se pretende aprovechar de las circunstancias para despojar a los hermanos Pardo y de pasó burlar las obligaciones a las que está obligado.

Debe tenerse para todo efecto, que al no configurarse la interversión, y al no hallarse prueba del animo de señorío del demandante, este no cumple con los requisitos de la acción prescriptiva adquisitiva de dominio, luego entonces, debe este fallo de primera instancia revocarse en su integridad.

3- PLEITO PENDIENTE

Toda vez que el ATC no llena los requisitos para llamarse poseedor, es claro que entre las partes lo que existe es un pleito pendiente, siendo este el del proceso ordinario por mutuo disenso que se tramita en el Juzgado 49 Civil del Circuito de Bogotá con consecutivo 1100131030-21-2011-00179-00, asunto que resolverá la antigua disputa, y en el que ante la falta de cumplimiento de ambas partes, deberán proceder las restituciones mutuas, las cuales se traducen en la entrega del predio por parte del hoy club demandante, la devolución de los dineros recibos por concepto del precio por parte de los hoy demandados, y la determinación de a quien le corresponden las mejoras y frutos, los que le corresponden a los hermanos Pardo de acuerdo con los alcances y efectos de la promesa de compraventa y sus otrosíes que a la fecha sigue vigente y sin resolver.

Bajo el anterior aspecto, es de considerar que la tramitación de esta pertenencia, no se provocó porque el ATC se hubiese sentido como dueño y señor de la cosa, sino como una forma de entrar a burlarse y desentenderse del pleito ordinario por mutuo disenso y de la causa divisoria, tal y como se aprecia en las actas de juntas de socios, en las que es diciente que esta pertenencia es la repuesta a los otros pleitos.

Luego entonces, la causa natural que debe resolver las disputas es la aquí señalada, además que deberá tenerse en cuenta que en la providencia de cierre del proceso ordinario 2001-11016 del Juzgado Séptimo (7°) Civil del Circuito de Bogotá, y si bien no se falló en tal orden, sí se dijo que ambas partes incumplieron con la promesa y su resolución es la del mutuo disenso.

En este orden, no es la pertenencia la vía idónea para salir al paso de otros asuntos que están pendientes en su resolución.

4- DECISIÓN SIN MOTIVACIÓN

De la mano con el primer ítem de inconformidad, y ante la falta de una debida apreciación de las pruebas en su universalidad, la decisión que adoptó el Juez Simoes es una además de desprolija, una que no cuenta con elementos de fondo, que hubiesen

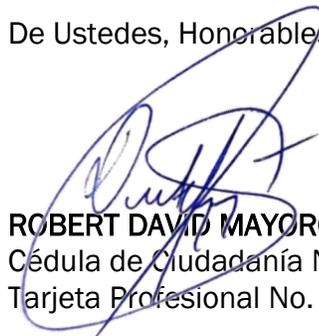
examinado la verdadera naturaleza jurídica de las partas atadas en varios pleitos, toda vez que el Juez de primera instancia lo que hizo fue tomar los parámetros sustanciales sin mayor rigor y trató de ajustarlos con la acotada apreciación material del asunto, toda vez que al no examinar el compendio probatorio, obviando y obliterando las pruebas que acreditan la posición de tenedor del ATC, además de burlar los derechos que legítimamente le corresponden a los hermanos Pardo y demás causahabientes, viola el debido proceso, comoquiera que toda decisión debe fundarse en las pruebas debidamente producidas e incorporadas y con los argumentos que no den lugar a hesitación alguna.

En el caso de marras, la sentencia de primer grado no explora en lo mínimo la verdadera mutación de una posición de tenedor a la de poseedor, no tiene en cuenta que la interversión del título no se alegó, que es difusa, confusa y que no le asiste ánimo de señorío alguno al Club demandante, aunado a que no se pronunció de todas y cada una de las pruebas, esto de conformidad con lo expuesto en el primer ítem de este medio vertical.

Considerando los anteriores reparos concretos, ruego al Honorable Tribunal se sirva:

1. **REVOCAR** la *Sentencia del veintiuno (21) de Agosto de dos mil veinte (2020)* proferida por el Juzgado Cincuenta y uno (51) Civil del Circuito de Bogotá
2. **CONDENAR** en agencias en derecho y costas al **AMÉRICA TENIS CLUB**, teniendo en cuenta las disposiciones del Acuerdo PSA-16-10554 de Agosto de 2016.

De Ustedes, Honorables Magistrados, atenta y respetuosamente,



ROBERT DAVID MAYORGA DIAZ,
Cédula de Ciudadanía No. 1.010.197.335 de Bogotá D.C.
Tarjeta Profesional No. 213.710 del Consejo Superior de la J.

Bogotá D.C., 23 de Junio de 2021

Honorable Magistrada

RUTH ELENA GALVIS VERGARA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA CIVIL

secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

La Ciudad

E.S.B.C.E

Referencia: PROCESO DE PERTENENCIA

Demandante: AMÉRICA TENIS CLUB

Demandados: ANDRÉS PARDO MONTOYA Y OTROS

Origen: 51 civil del circuito de Bogotá

No. Exp.: 1100131030-24-2014-000055-00

REFERENCIA: SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN (Art. 14 Decreto 806 de 2020)

MIGUEL NICOLAS CHAVES MALDONADO, apoderado judicial de parte de los demandados, por medio del presente escrito, le manifiesto a la Honorable Magistrada, que **sustento el recurso de apelación** de conformidad con lo regulado en el Artículo 14 del Decreto 806 de 2020 y conforme el traslado que corre el *Auto del quince (15) de Junio de dos mil veintiuno (2021)*, notificado en el estado del 16 de Junio de 2021, en los siguientes términos:

I. MOTIVOS DE INCONFORMIDAD

Sea lo primero indicarle al Despacho que me ratifico en los motivos de inconformidad que se elevaron con el recurso de apelación concedido y admitido, motivos que aquí me permito sustentar así:

1. ERRÓNEA VALORACIÓN DE LA PRUEBA POR PARTE DEL SEÑOR JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA

El señor Juez 51 Civil del Circuito de Bogotá D.C. no analizó bajo las reglas de la sana critica la totalidad de las pruebas legalmente decretas y practicadas en el curso del proceso.

Toda vez que quedó probado que:

1.- Que la sociedad demandante acudió ante a la jurisdicción ordinaria a reclamar la pertenencia objeto del inmueble que se identifica con el folio de matrícula inmobiliaria No. 50C-1256438, alegando posesión que dijo ejercer a partir del día 26 abril del 1999, libelo que fue radicado por reparto radicado el 4 de febrero de 2014, correspondiéndole al Juzgado 24 Civil del Circuito de Bogotá, quien mediante auto del 28 de febrero de 2014 admitió la demanda y le dio curso a la misma.

Como pretensión subsidiaria solicitó se declarara propietaria del referido inmueble por haber ejercido posesión desde el 25 de junio de 1975.

2.- Que entre la sociedad demandante AMÉRICA TENIS CLUB COMO PROMETIENTE

COMPRADORA se celebró con HELENA PARDO DE GUTIÉRREZ, ANDRÉS PARDO MONTOYA, **un contrato de promesa de compraventa sobre el bien inmueble objeto de la pertenencia claramente determinado e identificado en este proceso, que fue celebrado el 9 de junio de 1975**, en cuyo contrato los demandados entregaron la tenencia del referido inmueble y le autorizó la realización de las mejoras que consideraran necesarias para el desarrollo social de la sociedad demandante.

3.- Que el citado contrato de promesa fue modificado consensualmente por las partes mediante varios otosíes, entre el 17 de diciembre de 1975 hasta el 30 de enero de 1991, tal como lo demuestra la documental obrante en el expediente, o sea que durante este lapso de tiempo de tiempo de 15 años un mes, el referido contrato mantuvo las obligaciones contractuales en él pactadas y por ende **los demandantes no pueden ser considerados bajo ninguna óptica legal poseedores del referido inmueble**, puesto que son los propios demandantes quienes así expresamente confiesan en el hecho 2.6 de la demanda.

4.- La sociedad AMÉRICA TENIS CLUB COMO PROMETIENTE COMPRADORA, no es poseedora con derecho alguno para invocar la prescripción extraordinaria adquisitiva del dominio del bien inmueble objeto de este proceso, con el argumento que ejerció la posesión regular, quieta y pacífica desde el día 26 de abril 1999 (hito de inicio de la posesión alegada), por la sencilla razón que al tiempo de la radicación de la demanda, esto es el 4 de febrero de 2014 no habían pasado los veinte (20) años de que trata el artículo 2518 del C.C.

5.- En el expediente está demostrado que ante el Juzgado 7 Civil del Circuito, bajo el radicado 1100131030-07-1992-02112-01 un proceso de ejecución por obligación de hacer, que terminó con sentencia de segunda instancia del 14 abril del 1999, en la cual el tribunal resolvió revocar la sentencia de primera instancia por cuanto prosperó la excepción de contrato no cumplido propuesta por los demandados, adversa a los intereses de la sociedad demandante, la cual causó ejecutoria el 25 de abril del 1999.

6.- Es decir Honorables Magistrados que a partir del día siguiente de la ejecutoria de dicha providencia es que la sociedad demandante invoca como hito del inicio de la posesión alegada sobre el inmueble, olvidando que la discusión entre las partes siguió en ese proceso por el pago de costas, pleito que duro hasta el 16 de agosto de 2016 mediante la cual el Juzgado 7 Civil del Circuito de Bogotá ordena la entrega de títulos judiciales a favor de ANDRÉS PARDO GUTIÉRREZ. (Ver reporte electrónico de actuación judicial – proceso 1100131030-07-1992-02112-01) 7.- Esta probado Honorables Magistrados que conforme la documental (prueba trasladada – no valorada por el Juez 51 Civil del Circuito) obrante en el expediente, **existe otro proceso judicial de resolución del contrato de promesa de compraventa celebrado el 9 de julio de 1975, modificado hasta el 30 de enero de 1991**, que promovieron que por reparto los aquí demandados HELENA PARDO DE GUTIÉRREZ y ANDRÉS PARDO MONTOYA, el cual fue radicado bajo el número 110013103007-2001-11016-01, debate que culminó con sentencia de segunda instancia del 24 de octubre de 2011, la cual resolvió confirmar la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado 7 Civil del Circuito, en la que se resolvió declarar probados los hechos constitutivos de la excepción denominada contrato no cumplido propuesta por parte de la actora AMÉRICAS TENIS CLUB.

Lo anterior significa Honorables Magistrados que a la fecha de la ejecutoria de la sentencia de segunda instancia del 24 de octubre de 2011, **se encontraba en disputa jurídica la relación contractual que a las partes los ataba el contrato de promesa de compraventa del 9 de julio de 1975, modificado hasta el 30 de enero de 1991; luego NO ES CIERTA, la**

conclusión de que los demandantes hubiesen ejercido posesión extraordinaria de dominio sobre e inmueble objeto de este proceso por el termino de diez años como erradamente concluyo el señor Juez de instancia y que supuestamente los contabiliza desde el día siguiente a la promulgación de la Ley 791 de 2002 a la fecha de la presentación de esta demanda, es decir el lapso comprendido entre el 27 de diciembre de 2002 al día en que fue radicado por reparto este proceso, esto es al 4 de febrero de 2014, olvidando el Juez de instancia claramente que no se configuraba el término para conferir el derecho a la sociedad demandante, precisamente por existir pleitos vigentes entre las partes respecto al referido inmueble y por ende la sociedad demandante ha reconocido dominio ajeno, con lo cual carecía de “*animus domini*” para acceder a la usucapión infundadamente declarara..

Luego podríamos afirmar categóricamente Honorables Magistrados que entre la fecha de la suscripción del contrato de promesa de compraventa del 9 de julio de 1975 hasta el 24 de octubre de 2011, las partes mutuamente reconocen expresamente la existencia de obligaciones pendientes por resolver judicialmente y por ende la sociedad demandante AMÉRICAS TENIS CLUB no puede considerarse poseedora pacífica del inmueble en la forma en que lo concluyó de manera caprichosa y errada el Juez 51 Civil del Circuito de Bogotá, en la sentencia que es objeto de esta apelación.

8.- Así mismo está probado en el expediente Honorables Magistrados, que entre las mismas partes existe un tercer proceso vigente sobre el mismo contrato de promesa de compraventa del cual la sociedad demandante deriva la tenencia real y material del inmueble (prueba trasladada – no valorada por el Juez 51 Civil del Circuito) proceso que promovieron los aquí demandados HELENA PARDO DE GUTIÉRREZ y ANDRÉS PARDO MONTOYA, proceso vigente que cursa actualmente ante el Juzgado 47 Civil Circuito de Bogotá, bajo el radicado 11001310302120110017900 y en cuyo pleito se pretende la resolución del contrato de promesa de compraventa del 25 de junio de 1975 por la causal de mutuo disenso; proceso en la aquí sociedad demandante AMÉRICA TENIS CLUB, compareció a través del mismo abogado PEDRO E. SÁNCHEZ CASTILLO el día 24 de septiembre de 2013 y se tuvo por notificada a la citada sociedad, la cual dio contestación a la demanda mediante escrito radicado ante el Juzgado 49 Civil del Circuito de Bogotá el pasado 6 de febrero de 2018. Documental dejado de valorar.

9.- Luego la demandante carece de *animus domini* que le dé derecho a usucapir el predio de propiedad de mis representados y con lo cual deberá revocarse en su integridad la sentencia objeto de la apelación.

2. CRASO ERROR EN LA APLICACIÓN DE LA LEY POR PARTE DEL FALLADOR

En la falsa motivación de la sentencia el Juzgador de instancia de manera errada afirmó:

“¿Y por qué hasta esa calenda?, por la sencilla razón de que, a partir de ese momento, el América Tenis Club ante las constantes prorrogas y aplazamientos para la suscripción de las escrituras públicas, agotó su paciencia y buscó mediante el proceso de ejecución 1992- 2112 cambiar esa condición, proceso que terminó en el año 1999 mediante decisión del Tribunal Superior de Bogotá, en su Sala de Decisión Civil, negando la ejecución solicitada.”

Análisis totalmente sesgado de la realidad probatoria, pues no es cierto que el hecho de demandar en acción ejecutiva por obligación de hacer transforme la condición contractual

que sobre el inmueble ostenta a título de tenencia la sociedad demandante.

Así mismo en total ausencia de prueba, mire como erradamente conjetura el señor Juez de instancia cuando afirma:

A partir de esa decisión judicial, encuentra el Despacho que se intervirtió la condición del Club acá demandante, pues en lugar de entrar a cumplir lo establecido en la cláusula 7 del contrato de promesa de compraventa, esto es, buscar reintegrar el lote previa indemnización de los Pardo Montoya, siguió con el contacto material con el predio y siguió con su explotación económica y adecuaciones, cambiando en ese momento esa mera tenencia calificada –esto es con la facultad de hacer adecuaciones y construcciones- que había recibido desde el año 1975, por actos que exteriorizaban un señorío sobre el predio, es decir, ante esa decisión judicial adversa ante el proceso de ejecución, el América Tennis Club se rebeló -en el buen sentido de la palabra- a cumplir con lo pactado y optó por empezar a obrar como señor y dueño del predio.

Nótese Honorables Magistrados como el Juez sigue construyendo su error, pues sin ningún tipo de análisis probatorio conjetura en sus apreciaciones para concluir en hechos no alegados por la sociedad demandante y tener por demostrados, pues el resultado de las resultas de ese proceso judicial bajo ninguna, óptica legal de por sí, puede considerarse hito de transformación de la condición de mero tenedor a poseedor del inmueble, pues al prosperar la excepción de contrato no cumplido, no significa que el contrato de promesa y sus obligaciones contractuales hayan desaparecido de la vida jurídica y sin que las partes recíprocamente estuvieran obligadas a cumplir, pues no se puede dejar de observar que el contrato legalmente celebrado es Ley para las partes.

En donde, existe una turbia mácula en lo que aprecia y determina el juzgador de primera instancia a *motu proprio*, pues parece favorecer sin razones las pretensiones de la demandante, casi que ajustando lo que el apoderado demandante no solicitó ni alegó, siendo preciso considerar que si el Honorable Tribunal halla que podría existir la configuración de una pesada irregularidad hermenéutica, que iría más allá de una interpretación judicial formada con los elementos de juicio, no se puede hesitar, y al Juez Simmoes se le debe investigar.

Regresando a la revisión de la promesa de compraventa, debe tenerse en cuenta el artículo 1602 del Código Civil, a cuyo tenor dice: “...todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”. En un sentido similar, el Código de Comercio define el contrato como un “acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial...”. (Art. 864)

En virtud del presupuesto normativo de la libertad de estipulación de los contratantes, la parte que cumple o se allana a cumplir está facultada para solicitar judicialmente al deudor incumplido la ejecución de la prestación que se encuentra a su cargo, o bien la resolución del contrato si a ello hubiere lugar, según su libre opción. El derecho expresa esta proposición en los siguientes términos:

En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios. (Artículo 1546 del Código Civil)

En el mismo sentido, el artículo 870 del Código de Comercio establece:

En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios.

En estos enunciados normativos se materializa la voluntad del legislador patrio de consagrar la fuerza vinculante de los contratos, es decir su función ordenadora de las relaciones sociales, al tiempo que reconoce su carácter interpretativo del negocio jurídico.

El contenido del contrato sólo puede ser creado, modificado o extinguido por la voluntad de las partes o por la propia ley de modo expreso, sin que sea procedente realizar en tal punto interpretaciones extensivas.

Por ello, al Juez no le está permitido desconocer el consentimiento de los contratantes dentro de los contornos de la buena fe, como tampoco las causas expresamente previstas en normas positivas para afectar la validez de los convenios o privarlos de sus efectos.

Más adelante el juzgador de instancia continua con la errada valoración probatoria cuando afirma:

¿Y en qué se manifestó ese señorío? En continuar adelantando su actividad principal -impulso del desarrollo del tenis entre sus miembros y en general actividades sociales y recreativas según el certificado de existencia y representación legal visible a folios 2 y siguientes Tomo 1 Cuaderno 1 digital-, en seguir haciendo adecuaciones, mejoras, mantenimiento y demás de las instalaciones, labores estas que, si bien estaba ejecutando desde 1975, lo hacía bajo las regulaciones y autorizaciones dadas en la promesa de compraventa, pero desde 1999 ante la imposibilidad de materializar lo allí prometido, empezó a hacer por su cuenta y sin consideración de ninguna otra persona.”

Afirmaciones que están en total contra evidencia probatoria en el expediente Honorables Magistrados, pues claramente el análisis y el argumento errado del señor Juez 51 Civil del Circuito de Bogotá, queda sin sustento legal y probatorio como paso seguidamente a explicar:

EL despacho concluye erradamente que, desde el 25 de abril del 1999, las obligaciones contractuales -pendientes aún por resolver- que ata a las partes de este proceso derivadas de la celebración del contrato de promesa de compraventa del 9 de junio de 1975, modificado hasta el 30 de enero de 1991, se transformaron, para dar paso de tenedora del inmueble a la condición de poseedora la sociedad demandante.

Olvidando el fallador deliberadamente estudiar y analizar el hecho probado que con posterioridad a dicha fecha entre las mismas partes existió otro proceso judicial de resolución del contrato de promesa de compraventa celebrado el 9 de julio de 1975,

modificado hasta el 30 de enero de 1991, que promovieron los aquí demandados HELENA PARDO DE GUTIÉRREZ y ANDRÉS PARDO MONTOYA, el cual fue radicado bajo el número 1100131030-07-2001-11016-01, debate judicial que culminó con sentencia de segunda instancia del 24 de octubre de 2011.

Luego Honorables Magistrados, por simple cálculo matemático e interpretación sistemática y lógica de la prueba existente en el plenario se demuestra que entre el día 25 de abril del 1999 y el 24 de octubre de 2011 las partes siguieron en la disputa judicial respecto del referido contrato de promesa que los ha atado contractualmente y que sigue aún a la fecha sin resolverse judicialmente como está probado.

Igualmente Honorables Magistrados, existe un tercer proceso que actualmente cursa en el Juzgado 2 Civil Circuito Transitorio de Bogotá, según da cuenta la prueba trasladada documental obrante dentro de este proceso, y también dejada de valorar por el juzgador, proceso que inicio por demanda de los herederos de HELENA PARDO DE GUTIERREZ contra AMÉRICA TENIS CLUB y en cuyo pleito se pretende la resolución del contrato de promesa de compraventa del 25 de junio de 1975 por la causal de muto disenso.

Dicho proceso está vigente y fue admitido el 7 de junio de 2011 el cual cursa actualmente bajo el radicado 1100131030-21-2011-00179-00 y dentro del cual la aquí sociedad demandante AMÉRICA TENIS CLUB, compareció a través de apoderado que la representa y procede a retirar las copias de la demanda el 29 de mayo de 2012, según da cuenta el registro en el expediente y en el sistema informático de gestión electrónica de la Rama Judicial y la documental que se trajo como prueba trasladada de su existencia.

En ese proceso la sociedad AMERICAN TENIS CLUB, procedió a dar contestación de la demanda y propuso como excepciones las siguientes:

“Petición indebida, carencia de causa y falta de presupuestos para la prosperidad de las pretensiones tanto principales como subsidiarias.”

“Prescripción extintiva de la acción resolutoria intentada y prescripción extintiva de la acción consecuencial de restitución intentada en la demanda en razón o por la modalidad de la entrega que de manera real y material los promitentes vendedores hicieron al América Tennis Club del predio prometido en venta”

“Prescripción extintiva de la acción resolutoria de muto disenso formulada como pretensión principal en esta demanda”

Nótese que todas estas excepciones no están enfocadas a desconocer el derecho de dominio de la parte demandada en este proceso y mucho menos a probar la interversión de la condición de tenedora a poseedora del inmueble y si por el contrario con la prueba trasladada -no valorada por el Juzgado 51 Civil del Circuito de Bogotá- se demuestra la vigencia actual de la disputa contractual que da lugar a concluir que la sociedad demandante AMERICAN TENIS CLUB reconoce dominio ajeno del inmueble indebidamente adjudicado en la sentencia objeto de este proceso de pertenencia en manifiesta contravía legal.

La existencia de este proceso judicial conforme aparece acreditado en la actuación, es reconocida por el propio representante legal de la sociedad demandante tal y como lo afirmo en la audiencia de interrogatorio de parte que absolvió bajo juramento como

claramente el Despacho podrá evidenciar y con lo cual se desdibuja el “*animus domini*” que no tiene la sociedad demandante.

Entonces, no es cierto que haya existido interversión de la tenencia en posesión, como erradamente se concluyó en el fallo de instancia para acceder de manera caprichosa y en manifiesta contravía legal a reconocer un derecho que se encuentra vigente en disputa judicial aún entre las mismas partes de este proceso -luego la posesión tampoco ha sido pacífica-, pues no es cierto que mis mandantes hayan perdido el animus que ostentan sobre el inmueble y que subsisten las obligaciones contractuales que se debaten a la fecha en el proceso 1100131030-21-2011-00179-00, documental también dejada de valorar por parte del Juez 51 Civil del Circuito de Bogotá.

Así mismo dejo de observar y valorar lo que en derecho corresponde el Despacho fallador, la totalidad de la prueba documental que da cuenta de la existencia de un proceso DIVISORIO que cursa en el Juzgado 45 Civil del Circuito de Bogotá, radicado bajo el numero 11001310304220110028600 donde la aquí demandante sociedad AMERICAN TENIS CLUB, se trató de vincular como Litis consorte, por ende, claramente no hubo posesión pacífica del inmueble.

Tal y como expresamente lo reconoció el representante legal de la sociedad demandante en la audiencia de interrogatorio de parte respecto de la existencia de todos los pleitos que han tenido las partes del proceso.

De lo anterior, **surge el craso error que cometió el señor Juez 51 Civil del Circuito de Bogotá al confundir la diferencia entre la mera tenencia y la posesión**, que es la que justifica que el artículo 777 del Código Civil, que señala de manera perentoria que “*El simple lapso de tiempo no muda la mera tenencia en posesión*” pues para que ello ocurra es necesario que tenga lugar el fenómeno conocido como “interversión del título”, es decir, la mutación o cambio inequívoco pacífico y público de la condición de tenedor por la de poseedor material común, que:

“ (...) ‘bien puede originarse en un título o acto proveniente de un tercero o del propio contendor, o también, del frontal desconocimiento del derecho del dueño, mediante la realización de actos de explotación que ciertamente sean indicativos de tener la cosa para sí, o sea, sin reconocer dominio ajeno. En esta hipótesis, los actos de desconocimiento ejecutados por el original tenedor que ha transformado su título precario en poseedor, han de ser, como lo tiene sentado la doctrina, que contradigan, de manera abierta, franca e inequívoca, el derecho de dominio que sobre la cosa tenga o pueda tener la persona del contendiente opositor, máxime que no se puede subestimar, que de conformidad con los artículos 777 y 780 del Código Civil, la existencia inicial de un título de mera tenencia considera que el tenedor ha seguido detentando la cosa en la misma forma precaria con que se inició en ella’. (Sent. de abril 18 de 1989). En consecuencia, cuando se invoca la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio para que se declare judicialmente la pertenencia, el demandante debe acreditar, no solamente que la solicitud recae sobre un bien que no está excluido de ser ganado por ese modo de adquirir, sino la posesión pública y pacífica por un tiempo mínimo de veinte años ininterrumpidos. Pero además, si originalmente se detentó la cosa a título de mero tenedor, debe aportarse la prueba fehaciente de la

intervención de ese título, esto es, la existencia de hechos que la demuestren inequívocamente, incluyendo el tiempo a partir del cual se rebeló contra el verdadero propietario y empezó a ejecutar actos de señor y dueño desconociendo su dominio, lo que debió ocurrir en un término superior a los veinte años, para contabilizar a partir de dicha fecha el tiempo exigido en la ley de posesión autónoma e ininterrumpida del prescribiente (casación de 29 de agosto de 2000, Exp. No. 6254, sublíneas fuera de texto)’ (Cas. Civ., sentencia del 24 de marzo de 2004, expediente No. 7292; se subraya).” (7 C. S. de J. Cas. Civ. Sent., 2000-01518, 30 de noviembre de 2010.)

Entonces Honorables Magistrados podemos afirmar con certeza que en el presente proceso que no se acredita la posesión en cabeza de la demandante por el tiempo exigido en la ley, ni que intervirtió la condición de tenedora a poseedora, como claramente quedo demostrado con el análisis jurídico realizado de la totalidad del material probatorio obrante en el expediente y dejado de valorar por el juzgador de instancia.

Al efecto, la sociedad demandante en su demanda indicó que según la promesa de compraventa “La entrega material del inmueble deberá hacerse antes del día 25 de junio del año en curso (1975) y desde ese momento el prometiente comprador podrá emprender obras materiales, pudiendo retener el lote, si la compraventa no se realizara, hasta tanto hubiere obtenido cumplida indemnización” esto es que desde el 25 de junio de 1975, con ocasión de la entrega real y material del inmueble que hicieron los demandados y la autorización expresa de la realización de las mejoras que consideraran necesarias para el desarrollo social de la sociedad demandante, como consecuencia de la firma del contrato de promesa de compraventa que las partes celebraron y aun en disputa judicial, se considera tenedor del inmueble a la sociedad demandante AMERICAN TENIS CLUB.

Luego si esta situación está probada, en aplicación de las reglas de la sana crítica e interpretación sistemática de la prueba, se llega a la conclusión, que la sociedad AMERICAN TENIS CLUB, al recibir real y materialmente el bien en virtud de dicho contrato, reconoció el dominio frente a su prometiente vendedor, lo que desencadena en una simple tenencia; por lo tanto, era necesario que la demandante, quien alegó ser poseedora, demostrara desde qué fecha se transformó tal tenencia en posesión material y cuyo hecho ni siquiera fue alegado por la demandante en su demanda ni en los alegatos finales, pues recuérdese que el proceso civil es netamente dispositivo de partes quedando vedado al Juez de la instancia entrar a suponer la existencia de una fecha de inicio de esta transformación como erradamente se basó el señor Juez 51 Civil del Circuito de Bogotá en manifiesta contravía legal, para acceder irregularmente a las suplicas de la demanda en la forma en que lo plasmó en la sentencia que es objeto de esta apelación.

Por lo anterior la sociedad demandante carece del animus, al ser mera tenedora del inmueble con obligación a restituirlo dado el mutuo incumplimiento contractual evidenciado en la documental obrante en el expediente -dejada de valorar por el juzgador- y por no tener el tiempo para tener derecho a hacerse dueña del inmueble de propiedad de mis mandantes, pues rememórese que el mero trascurso del tiempo no muta la condición de tenedor a poseedor.

Pues claramente como quedó probado, la tenencia del inmueble deriva de la entrega real y material que de él hicieron los prometientes vendedores con ocasión a la celebración del contrato de promesa mutuamente incumplido y que está por resolver a instancia judicial.

II. PETICIÓN DE REVOCATORIA DE LA SENTENCIA

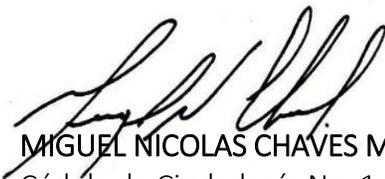
Por lo anterior suplico a Ustedes Honorables Magistrados de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, en aplicación de una recta y cumplida Administración de justicia, REVOQUEN en su integridad la sentencia apelada para en su lugar se denieguen las suplicas de la sentencia proferida el pasado 21 de agosto y notificada el 24 de agosto de esta anualidad y se condene en costas, agencias en derecho en ambas instancias a la sociedad AMERICAN TENIS CLUB, por no tener derecho legal de apropiarse del inmueble objeto de este proceso, estando a la fecha aún en disputa judicial de la resolución del contrato de promesa de compraventa del pasado 9 de junio de 1975 y que se ha mantenido en el tiempo la vigencia de las obligaciones contractuales que atan a las partes, según quedó demostrado con la existencia del proceso número 1100131030-21-2011-00179-00 que conoce en la actualidad el señor Juez 45 Civil del Circuito de Bogotá, como podrán evidenciar en el expediente.

Son 45 años en que mis mandantes han esperado paciente justicia.

Sin otro particular, quedo atento a notificaciones en este buzón de correo electrónico.

Sírvase, proceder y proveer de conformidad,

De Usted, Honorable Magistrada, atenta y respetuosamente,



MIGUEL NICOLAS CHAVES MALDONADO

Cédula de Ciudadanía No. 1.010.190.612 de Bogotá D.C.

Tarjeta Profesional No. 214.937 del Consejo Superior de la J.