

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.

SALA CIVIL

Bogotá D.C., veintiocho (28) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Rad. N° 11001 31 03 029 2019 00504 01

De cara al informe secretarial que antecede, sería del caso declarar desierta la alzada en estudio, sino fuera porque el extremo recurrente sustentó suficientemente su recursos ante el Juzgado de primera instancia, motivo por el cual, siguiendo los lineamientos demarcados por la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la Sentencia STC5497-2021 de 18 de mayo de 2021¹ y con el fin de garantizar a las partes su derecho fundamental al debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia, **se tendrá por cumplida la carga echada de menos** y, en consecuencia, de aquella argumentación **se ordena** dar traslado a la parte no apelante, para que, si a bien lo tiene, dentro del término legal, se pronuncie sobre la misma.

Secretaría obre de conformidad y, acaecido el lapso correspondiente, ingrese el expediente para proveer.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE²,

Firmado Por:

**ADRIANA AYALA PULGARIN
MAGISTRADO**

TRIBUNAL 017 SUPERIOR SALA CIVIL DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-SANTAFE DE BOGOTA D.C.,

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

Código de verificación: **feb7e62795b12696e280d84aec4329dc34a2d8b7cfb06b86fd48196a619f43ea**
Documento generado en 28/07/2021 04:53:17 p. m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

¹ M.P. Álvaro Fernando García Restrepo Exp. 11001020300020210113200.

² Para consultar el expediente: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-civil-despacho-17/26>

Señor,
JUEZ VEINTINUEVE (29) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.
E. S. D.

Referencia: Proceso Ejecutivo No. 2019-00504 de Cencosud Colombia S.A. contra Plenitud Interior S.A.S.

Francisco Camargo Rodríguez, mayor de edad, domiciliado y residente en la ciudad de Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía No. 80.801.222 de Bogotá D.C., abogado en ejercicio y portador de la Tarjeta Profesional No. 198.973 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado judicial de la sociedad Cencosud Colombia S.A., en cumplimiento del inciso 2 del numeral 3 del artículo 322 del CGP, mediante el presente me permito precisar, de manera breve, los reparos concretos a la decisión adoptada en la sentencia proferida el día 27 de noviembre del año en curso, dentro del proceso de la referencia y sobre los cuales versará la sustentación que haré ante el superior, en los siguientes términos:

Funda el despacho su decisión, en el supuesto de que el deudor demostró su intención de dirigir los abonos consignados a los cánones causados por el contrato de arrendamiento celebrado por el espacio ubicado en la tienda Jumbo Santa fe, fundando la misma en los soportes contables aportados por el deudor, los cuales indica no fueron tachados de falsos.

Al respecto, se debe tener en cuenta que ni durante el proceso de restitución de inmueble arrendado, ni durante el presente trámite de ejecución, la sociedad que representó desconoció las consignaciones realizadas por el deudor, por el contrario desde el proceso de restitución indicó la manera como habían sido aplicados estos pagos, sin embargo en una interpretación errada, el despacho interpretó que las anotaciones hechas a mano sobre los recibos de consignación son un elemento veraz para conocer la imputación del pago realizado, aun y cuando estos son documentos internos del deudor, imputación que nunca fue informada al acreedor.

Dentro del trámite del proceso se pudo establecer que dichas consignaciones fueron realizadas y que los dineros fueron recibidos por mi poderdante, sin embargo también se estableció de manera clara que a la fecha en que fueron realizados dichos abonos el ejecutado tenía obligaciones pendientes de pago respecto de los locales arrendados en las tienda Jumbo Calle y Jumbo Titan, las cuales para la fecha de los abonos también presentaban mora.

Por lo anterior, contrario a lo manifestado por el despacho, el imponer al ejecutante la carga de allegar la carta de imputación de pago, so pena de entender demostrada la intención de pago del deudor como sucedió en este caso, deviene en una interpretación

errónea de la norma, por cuanto si bien no existió carga de imputación, tampoco existió manifestación del deudor respecto de la destinación del pago.

Al respecto, se reitera que las anotaciones hechas a mano en los recibos, son anotaciones internas del deudor, que a Cencosud y sus estados de cuenta solo llegaba la información que se registraba al momento del timbre, lo que no permitía evidenciar a que contrato se referían, más aun cuando el deudor no informó de su intención.

Si bien en la foliatura se evidencia un correo del 16 de octubre del año 2015, en el cual el deudor de manera puntual indica la manera como deben aplicarse sus consignaciones, dicho correo electrónico es taxativo para los meses que allí se indican, razón por la cual no puede pretender el despacho en extender sus efectos a los cánones venideros, más aun cuando el correo del año 2016, fue enviado a una dirección electrónica errada y la queja presentada a la Dirección de Impuestos no fue notificada a Cencosud, por lo que de entrada sería ilegal pretender que la queja ante la Dian sea una manifestación de la manera de cómo se deben aplicar los pagos, cuando de la misma el acreedor no tuvo conocimiento.

Es por lo anterior, que no es dable concluir que el deudor mostró su intención de aplicar los pagos a una acreencia en particular, cuando de esto no se enteró el acreedor, en el presente caso estamos frente al hecho de que ninguna de las partes imputó el pago realizado, razón por la cual el acreedor los aplicó a deudas que ya estaban devengadas, sin embargo se debe dejar en claro que en ningún caso el deudor manifestó su interés de aplicar los dineros consignados a la obligación derivada del contrato de arrendamiento del espacio de la tienda santa fe, pues es solo hasta que el acreedor lo cita a una conciliación que el deudor manifiesta haber hecho pagos con destino al arriendo de Santa fe, situación que no era conocida para el acreedor.

Si bien al deudor le asiste la facultad de elegir la obligación a la cual imputar el pago debe hacer uso de la misma y exteriorizar tal decisión, para que la misma produzca efectos respecto del acreedor, por cuanto de no hacerlo incluso el acreedor podía no aplicarlos a ninguna obligación y agravar la situación del deudor al mantener todas las acreencias en mora.

Por esta razón el honorable Tribunal debe revocar la decisión adoptada en primera instancia, toda vez que no existe manifestación del deudor respecto de aplicar estas sumas al canon de arrendamiento de la tienda Santa Fe.

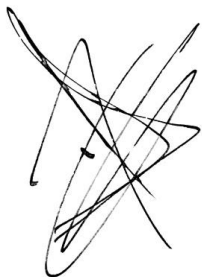
Con ocasión a la decisión de tener como abonos, los dineros retenidos como consecuencia de la práctica de las medidas cautelares, nos permitimos solicitarle al Honorable Tribunal revocar la decisión adoptada por cuanto los dineros retenidos en virtud de las medidas cautelares no pueden ser tenidos en cuenta como abonos a las obligaciones en mora, por

cuanto a la luz de lo preceptuado en el numeral 7 del artículo 384, las mismas son decretadas "...con el fin de asegurar el pago de los cánones de arrendamiento adeudados o que se llegaren a adeudar, de cualquier otra prestación económica derivada del contrato, del reconocimiento de las indemnizaciones a que hubiere lugar y de las costas procesales", razón por la cual se debe tener en cuenta que su fin es asegurar el pago y no obtener el pago como erradamente lo indica el despacho, estas sumas de dinero se retienen como garantía de las condenas, mas no como abono o elemento de pago, tan es así que la norma en cita ordena seguir pagando los cánones que se causen durante el proceso sin importar la práctica de las medidas cautelares.

En ese mismo sentido, los incisos siguientes de la norma en comento remiten al arrendador a dar inicio a la acción ejecutiva, para obtener "...el pago de los cánones adeudados, las costas, perjuicios, o cualquier otra suma derivada del contrato o de la sentencia. Si en esta se condena en costas el término se contará desde la ejecutoria del auto que las apruebe; y si hubiere sido apelada, desde la notificación del auto que ordene obedecer lo dispuesto por el superior", lo que confluye en ratificar que las medidas cautelares no son un mecanismo de pago ni de abonos, sino que su vocación de pago o abono al crédito se debe materializar al momento de la entrega de estos recursos en virtud de lo señalado en el artículo 447 del Código General del Proceso, es decir una vez ejecutoriado el auto que aprueba la liquidación del crédito y costas.

Por esta razón el honorable Tribunal debe revocar la decisión adoptada en primera instancia, toda vez no pueden predicarse como abonos a las obligaciones en mora los valores retenidos en virtud de las medidas cautelares.

Respetuosamente,



FRANCISCO CAMARGO RODRÍGUEZ

C.C. No. 80.801.222 de Bogotá D.C

T.P. 183.409 C. S. de la J.

MPM ABOGADOS S.A.S

NIT. 900.684.239-2

Tel: 310 628 13 29

franciscocamargo@mpmabogados.com

dpolania@agmabogados.co

Señores:

HONORABLES MAGISTRADOS TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA CIVIL

E. S. D.

REF: DEMANDA VERBAL No 2016-525

DEMANDANTE: JORGE ALEJANDRO CHAPARRO MAHECHA y LYDA PAOLA MONROY GONZALEZ

DEMANDADOS: ALIANZA FIDUCIARIA S.A. DIRECTAMENTE Y COMO VOCERA DEL FIDEICOMISO ADM LA MESA, LIRICOM INVESMENT LTD. – FIDEICOMITENTE

ADEODATO JAIME MURILLO, mayor de edad y vecino de esta ciudad, abogado en ejercicio, identificado con la cédula de ciudadanía número 4.239.510 de La Uvita (Boyacá), y portador de la Tarjeta Profesional N° 90.248 expedida por el Honorable Consejo Superior de la Judicatura obrando en condición de apoderado de los demandantes, por medio del presente escrito y estando dentro de los términos legales respetuosamente acudo ante su Despacho con el fin de sustentar el recurso de apelación en contra de la sentencia proferida el día 4 de febrero de 2021, para lo cual haré las siguientes consideraciones:

En primer lugar me ratifico en los argumentos expresados ante el Juzgado de Primera Instancia al momento de interponer el recurso con el fin que los mismos sean tenidos en cuenta como sustentación del presente recurso

En segundo lugar se procederá a manifestar lo pertinente sobre cada uno de los puntos sobre los cuales se interpuso el recurso de apelación de la sentencia proferida por el juzgado 16 civil del circuito de Bogotá así:

En cuanto a la INCONGRUENCIA ENTRE EL FALLO EMITIDO Y LAS PRUEBAS OBRANTES DEL PROCESO

Está está plenamente demostrado que el juzgado de primera instancia al emitir su fallo lo hizo contrario a las pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso, por cuanto como lo indique en el Memorial sustenta torio del recurso unas fueron las pruebas aportadas y el sentido del fallo es totalmente contrario a las mismas

Es así como el único aspecto que tuvo en cuenta el despacho al emitir la sentencia fue la circunstancia de que mis representados no cancelaron la totalidad del precio pactado, pero de manera ilógica e incomprensible el despacho deja de lado una situación importante y cuál fue el motivo por el cual no continuaron arriesgando su capital en un proyecto fallido, por cuanto para el juzgado no existió justificación para no pagar dichos aportes iniciales a sabiendas que el proyecto estaba paralizado, que tanto la fiduciaria como el fideicomitente y la constructora encargada de las obras les mintieron y les ocultaron la verdadera razón por la cual no entregaban las obras dentro de los plazos previstos

Deja de lado el despacho que nadie puede actuar contrario a los principios de previsión y de protección de su patrimonio, qué fue lo único que hicieron mi representados en este caso, por cuanto creyeron firmemente al hacerse parte dentro de ese proyecto que existía una seriedad y seguridad en su inversión porque supuestamente este proyecto estaba avalado y garantizado su cumplimiento porque había una fiduciaria de por medio, porque existía una entidad vigilada por la Superintendencia financiera, pero qué más alejado a la realidad, por cuanto lo único que hizo la fiduciaria fue con estar y participar de manera directa con el fideicomitente para que se engañara y se incumplieran con los objetos del contrato de fiducia y de los contratos de vinculación de quienes de buena fe entregaron sus recursos para obtener una vivienda, aspecto que nunca ocurrió.

El Código Civil nos enseña que el manejo de los recursos en cuanto a la responsabilidad debe hacerla como aquel buen padre de familia lo hiciera en el manejo de sus recursos, y que efectivamente fue lo que hicieron los aquí demandantes al dejar de seguir entregando sus recursos, su patrimonio a un proyecto que no se estaba adelantando en los términos y condiciones que les habían prometido.

Lo que está plenamente demostrado dentro del proceso es el total incumplimiento por parte de los demandados en todas y cada una de sus obligaciones legales y contractuales, es así como por ejemplo utilizando la posición dominante que tenían en la relación contractual procedieron a prorrogar de manera indefinida y como se puede ver en los diferentes otros y celebrados más de 10 para este caso, que para ocultar la ineficiencia y el incumplimiento de sus obligaciones prorrogaba el periodo operativo sin que para ello hubiese una manifestación de consentimiento por parte de los aquí demandantes.

es así como de manera fútil los demandados modificaron el contrato de fiducia y procedieron además a permitir unas ampliaciones del periodo operativo de manera indefinida, pese a que en el contrato inicial se establecía que el periodo operativo podía prorrogarse hasta por 24 meses, sin embargo como se puede y está demostrado plena y fehacientemente ese periodo de manera ilegal fue prorrogado hasta el año 2018 última fecha que se conoce de documento en que se haya autorizado prórroga, y lógicamente que hicieron esa modificación de poder continuar con prórrogas al periodo operativo con el único fin de presentar frente a los adquirentes de los bienes inmuebles que nunca habían incumplido ya que estaba dentro de los plazos previstos dentro del contrato.

El despacho de primera instancia desconoce que las obligaciones dentro de un contrato obligan a las partes más no a los terceros quienes no han manifestado de ninguna manera su consentimiento de realizar esas variaciones o esas modificaciones que van en contra de sus intereses, y el argumento que han presentado de manera torticera es que los beneficiarios de área no hacían parte dentro del contrato de fiducia, y que por tal motivo no les notificaban y no les pedían su consentimiento para efectos de la modificación de dicho contrato, y si se mira desde una óptica simple podrían tener razón, sin embargo es de tener en cuenta que en aquellos aspectos en los cuales con el contrato de fiducia en sus modificaciones se generen daños o perjuicios o se coloquen obligaciones más gravosas en contra de los beneficiarios objeto de ese contrato, para que tenga efecto deberá contar con el consentimiento de ellos mismos, es así como cuando los contratos de fiducia tienen por objeto la venta de inmuebles sobre planos, la Superintendencia de Industria y Comercio en la circular básica prevé de

manera clara que sí sé que requiere modificar el plazo de entrega de los bienes deberá suscribirse un otro sí con los adquirentes en donde ellos manifiesten la voluntad de aceptar la modificación de dicho plazo, lo cual nunca ocurrió, y además otra maniobra de los demandados fue el hecho que pese a estar contractualmente previsto que dentro de los contratos de vinculación como beneficiarios de área se debía colocar la fecha de entrega de los inmuebles esto no lo hicieron, y como no estaba dentro de ese documento que por otra parte era un contrato de adhesión no era viable modificación alguna, y pese a que dicha obligación estaba planteada por el fideicomitente y la fiduciaria de colocar la fecha de entrega, la entidad vigilada es decir alianza fiduciaria avalaba y firmaba esos contratos de vinculación sin el cumplimiento de dicho requisito.

Todos estos aspectos y los planteados en el escrito del recurso están plenamente demostrados, y que el sentido y contenido de la sentencia se aparta totalmente de las pruebas, generándose con ello la incongruencia deprecada en este recurso y que se sustenta y se demuestra de manera irrefutable la existencia de la falencia prevista código general del proceso en lo relativo al contenido de una sentencia o a la forma cómo debe dictarse una sentencia dentro de un proceso judicial.

En cuanto al reparo de FALTA DE ANALISIS DE LAS PRUEBAS APORTADAS AL PROCESO.

El despacho infortunadamente sólo hizo una sucinta, superficial y somera enunciación de muy pocas pruebas aportadas oportuna ilegalmente al proceso, pasando por alto situaciones que ameritaba un verdadero estudio y que si así lo hubiese hecho el sentido del fallo hubiese tenido un rumbo totalmente diferente, esto tal como la honorable Corte Suprema de Justicia en reiterados pronunciamientos, ha dicho que toda sentencia debe estar plenamente sustentada en todas y cada una de las pruebas que sea llegaron al proceso, situación que se echa de menos en este caso, y es así como dentro del Memorial presentado y para no volver a transcribir lo allí dicho me atenderé a lo planteado en esa oportunidad se expresaron tan sólo algunos de los aspectos pasados por alto en la sentencia y que está plena y fehacientemente demostrado en el proceso.

Causa curiosidad algunas manifestaciones realizadas por el despacho y que prueba que efectivamente nunca realizó ese examen juicioso del proceso y de todas y cada una de las pruebas aportadas, y me refiero aquí manifiesta el despacho que no hay prueba que el proyecto hubiese estado paralizado, pese a que en la misma contestación de la demanda los demandados aceptan esta situación, aún más dan la causa por la cual tuvieron que suspender la realización o continuación del proyecto y a dulce que fue por causas de carácter financiero, pero si no lo hubieran hecho está plenamente demostrada una circunstancia que la ley, la doctrina y la jurisprudencia han denominado como el hecho notorio, y es así como si un proyecto que estaba para ser entregado a finales del año 2014, y éste no se ha concluido a hoy 2021 lógicamente que éste tuvo que haber estado paralizado y los plazos no fueron cumplidos indistintamente por las razones que hubiesen sido.

tampoco el despacho miro lo referente a las obligaciones contractuales y legales que tenía la fiduciaria en el contrato y era la de verificar y garantizar la estabilidad financiera del fideicomitente, y es así como está demostrado también en el interrogatorio de parte realizado

por el representante o apoderado general del fideicomitente aquí demandado que éste se desentendió totalmente de ese proyecto cuando manifiesta que esas no eran obligaciones del demandado líricom, por cuanto lo que él hizo fue trasladar unos bienes para que se hiciera el proyecto sin tener en cuenta todas y cada una de las obligaciones de garantizar como lo dice el contrato con sus propios recursos la ejecución y culminación del proyecto, pero el juzgado de instancia primera ese aspecto no fue importante, lo único que vio fue un supuesto incumplimiento por los demandantes y por eso falla en su contra, no analizó pruebas contundentes respecto al a la parálisis del proyecto como fue el vídeo presentado como prueba y que además fue de público conocimiento, no analizó la contestación de la demanda donde los mismos demandados aceptan haber paralizado el proyecto por cuestiones financieras, no tuvo en cuenta que el proyecto lleva retrasado mas de 7 años en la entrega del mismo, no tuvo en cuenta que la fiduciaria no hizo ninguna gestión tendiente a buscar y reemplazar al gerente del proyecto cuando inicialmente de manera voluntaria entró en proceso de liquidación como maniobra para deshacerse del cumplimiento de sus obligaciones, sino que hasta ahora está buscando que la Superintendencia de sociedades permita que la liquidadora realice la firma de las escrituras y logren con ello ver si termina el proyecto que aún está inconcluso.

Como se puede evidenciar la sentencia es totalmente raquítica en el análisis probatorio así como en su contenido, y con ello contraria al objetivo legal previsto por la ley en la toma de decisiones de fondo por parte de un operador judicial, se entiende que exista acumulación de trabajo por parte del juzgado pero esto no es una justa causa para que se dicte una sentencia tan pobre en el análisis y estudio de las pruebas y que única y exclusivamente tome aquellas que a primera facie le parecen al fallador, desechando o no teniendo en cuenta todas y cada una de las demás pruebas que por ser de difícil análisis y que conllevan tiempo para ello se omita su estudio para de esta manera proferir una decisión judicial en los términos y condiciones que la ley prevé para estos casos

En lo atinente con la APLICACIÓN INDEBIDA DE LAS NORMAS SUSTANCIALES QUE REGULAN LOS CONTRATOS BILATERALES Y DE FIDUCIA DESCONOCIMIENTO DE LA INTEGRALIDAD DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS

Este aspecto tiene relación con lo planteado anteriormente en la falta de análisis de todas las pruebas aportadas al proceso, y es importante tener en cuenta que en esta clase de proyectos intervienen y se interrelacionan muchos contratos, y así se planteó dentro de la demanda, por eso sí demandó a la fiduciaria en sus 2 calidades como fiduciaria y como representante del patrimonio autónomo, por ello que era necesario que el despacho analizará todos y cada uno de dichos documentos y las obligaciones generadas en cada uno de ellos, sin embargo, extrañamente solamente para el despacho existió el contrato de vinculación mediante el cual los adquirentes obtuvieron la adquisición de su vivienda.

Si se hubiese hecho un mínimo análisis de los textos contractuales se ve claramente la dependencia de unos y de otros por lo tanto era deber del juzgado mirar las implicaciones que cada uno de ellos tenía.

Por ejemplo nunca expreso o se le hizo extraño que un contrato de fiducia para la construcción de un proyecto que esa envergadura ese contrato se hubiese realizado por esa suma insignificante prevista en el documento constitutivo, y nunca lo relacionó tampoco con

el hecho de que la fiduciaria debía hacer el análisis de la viabilidad financiera del fideicomitente, tampoco tuvo en cuenta que la fiduciaria tenía la obligación de proteger los bienes fideicomisarios y con ello lograr que se cumpliera el objeto del contrato.

Si el despacho se hubiese tomado el trabajo de analizar las normas sustanciales que regulan el contrato de fiducia si hubiese percatado del incumplimiento de todas y cada una de las obligaciones que se anuncian en el recurso interpuesto y que están también debidamente sustentadas y demostradas dentro de la demanda, también hubiera realizado un análisis del contrato de fiducia y de los diferentes otros si suscritos para ver cómo existió ese contubernio entre la fiduciaria el fideicomitente y el gerente del proyecto para celebrar documentos tendientes única y exclusivamente a encontrar maneras de eximirse de responsabilidad para luego endilgar les cualquier clase de incumplimiento a los incautos adquirentes de dichos inmuebles.

No existe duda alguna de que el juzgado de primera instancia dejó de analizar todos y cada uno de los documentos relacionados con este proyecto y que cada uno de ellos se entrelazan y generan una simbiosis en lo relativo a la generación de obligaciones, aspecto que pasó totalmente por alto y por lo cual deberá revocarse esta sentencia y hacerse un verdadero análisis pleno de todas y cada una de las pruebas, de los contratos y de los hechos que está demostrado dentro del proceso y sobre los cuales estoy totalmente seguro que el honorable Tribunal entrar a hacer ese análisis que se merece y con ello revocar la sentencia emitida y que es objeto del presente recurso.

En cuanto a la DEMOSTRACION DEL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEMANDADOS.

Como se indicó anteriormente se trata de un hecho notorio respecto al incumplimiento de los demandados en sus obligaciones legales y contractuales, sin embargo ese aspecto nunca fue objeto de análisis por parte del despacho.

no se entiende como tan flagrante situación respecto a que un proyecto se encuentre retrasado por más de 7 años esto no genere un incumplimiento de los demandados maxime cuando no hay una manifestación de consentimiento por parte de los aquí demandantes de ampliar de manera indefinida mediante prórrogas sucesivas del periodo operativo para la culminación de ese proyecto, lo único que para el juzgado tuvo relevancia fue que los aquí demandantes hubiesen sido precavidos y no hubieran colocado más en riesgo su patrimonio al continuar cancelando cuotas sobre un proyecto que no tenía futuro, pero debido a que actuaron con diligencia, aquí actuaron con responsabilidad al cuidar el patrimonio de su núcleo familiar entonces eso generó el incumplimiento de ellos, sin entrar a mirar que el no pago de esas cuotas se debió única y exclusivamente por el incumplimiento de los aquí demandados y el riesgo que eso generaba para su patrimonio.

además de lo anterior se debe recabar el incumplimiento por parte de la fiduciaria de sus obligaciones legales, pero infortunadamente ha venido haciendo carrera entre estas entidades la manifestación legal respecto a que en el contrato de fiducia esto genera obligaciones de medio más no de resultado, pero tal situación no ópera de manera objetiva, sino que como lo dice la ley y la jurisprudencia, dentro de la carga de la prueba a las fiduciarias les corresponde demostrar que actuaron con diligencia y que cumplieron cabalmente con sus obligaciones

aspecto que en este caso nunca se hizo, por el contrario está plenamente demostrado el incumplimiento de dichos deberes y dichas obligaciones, y a manera enunciativa por ejemplo si alianza fiduciaria hubiese actuado con la mínima diligencia que la ley le impone, al VER que el el proyecto tenía problemas de carácter financiero debió tomar las medidas correctivas necesarias para sanear las y para evitar el incumplimiento el contrato y que no se llevará a cabo que el objeto del contrato, por ejemplo debió haberle exigido al fideicomitente como era la obligación contractual de verificar la capacidad y viabilidad financiera del proyecto, y al ver que se estaban dando situaciones financieras que podían que ponían en riesgo el cumplimiento dentro de los tiempos previstos para su culminación haber exigido pólizas de cumplimiento, haber exigido garantías, haber utilizado la cláusula de salvaguardia o de contingencia prevista en el contrato de fiducia y que así hubiesen sido los beneficiarios quienes hubiesen tomado la decisión de continuar o no con el proyecto, aspectos que nunca hizo, que nunca realizó pese a tener no solamente una obligación de carácter legal prevista en el código de Comercio sino también de carácter contractual, es así también que hoy en día también ha hecho carrera la situación en donde en el proyecto en donde exista una fiduciaria el riesgo de pérdida e incumplimiento es mucho mayor y por ello se acuden a otros tipos de contratos y de negociaciones, para evitar que cuando se genera un incumplimiento o fracaso de los proyectos las entidades fiduciarias salgan con la expresión que su obligación es de medio y no de resultado.

Como está plenamente demostrado pese al incumplimiento por parte de los demandados en todas y cada una de uso de sus obligaciones contrario a lo que se determinó en la sentencia proferida por el juzgado 16 civil del circuito de Bogotá y por lo tanto se solicita muy comedidamente a los señores honorables magistrados se revoque y semita una verdadera decisión judicial ajustada a derecho

En lo que atañe a la APLICACIÓN DEL PODER DOMINANTE DE LOS DEMANDADOS EN LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN Y APLICACIÓN DE CLAUSULAS ABUSIVAS

Con todas las pruebas allegadas se demostró cómo los demandados en cada una de las relaciones contractuales aplicaron que ese poder dominante no solamente en la redacción de esos contratos de adhesión sino que incluyeron en ellos verdaderas cláusulas abusivas, aspectos que fueron debidamente sustentados en el recurso y que me reitero en dicho pronunciamiento,

Solamente basta con irnos a la definición de cláusulas abusivas que la ley de protección al consumidor han establecido y que dicen lo siguiente: *Son cláusulas abusivas aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza.*

Los productores y proveedores no podrán incluir cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, En caso de ser incluidas serán ineficaces de pleno derecho.

Y no hay duda que no solamente en el contrato de fiducia y en las innumerables modificaciones realizadas entre la fiduciaria y el fideicomitente y se reitera sin la anuencia y consentimiento de los beneficiarios de área, se establecieron cláusulas de este índole abusivo,

tal y como se anunciaron en el escrito del recurso y en la demanda como tal, aspectos que también están totalmente probado documental y testimonialmente.

Todos y cada uno de los documentos redactados para el desarrollo del proyecto se hicieron con el único fin de protegerse mutuamente la fiduciaria y el fideicomitente frente a cualquier eventual reclamación que hicieran los beneficiarios de área en lo relativo al modo y tiempo en que pudiesen exigir el cumplimiento de sus obligaciones, y nuevamente me refiero a que pese a estar planteado no solamente por la ley sino que está dentro del contrato de fiducia y en sus modificaciones el hecho de que debía colocarse dentro del contrato de vinculación la fecha de entrega de los bienes, sin embargo adrede y con el pleno conocimiento de la fiduciaria y del fideicomitente esto no lo hicieron, pero no se trató de un descuido, no se trató de una omisión involuntaria, fue una actuación premeditada con un objetivo claro y precisó, generar una imposibilidad a los adquirentes de los inmuebles sobre una fecha de exigibilidad de la entrega de los inmuebles porque como lo han dicho en la contestación de la demanda ellos no han incumplido porque no se había establecido la fecha de entrega e infortunadamente el fallador de primera instancia cayó en esa trampa contractual generada por los aquí demandados

También se puede evidenciar como en el contrato de adhesión suscrito por los aquí demandantes establece que supuestamente ellos recibieron por parte de la fiduciaria la capacitación y la información respecto de las obligaciones que ésta tenía dentro del contrato y que con la firma de dicho documento aceptaban que eso fuera cierto lo cual nunca ocurrió, además de que esos documentos por extensos, por la manera como son redactados y la letra en que son impresos son de difícil lectura y comprensión aunado a esa motivación de una persona para adquirir un bien para el beneficio de su familia en muchas ocasiones pasa por alto aspectos que posteriormente son utilizados como mecanismo de eximente de responsabilidad de las entidades vigiladas como son las fiduciarias, que es así cómo está demostrado que en ningún momento la fiduciaria y en ninguna parte les brindó la asesoría y la capacitación que la ley impone en este tipo de proyectos y menos que lo allí planteado en el documento hubiese sucedido, lo que prueba con ello es esa maquinación e intención por parte de los demandados de generar un daño y un perjuicio a los adquirentes de dichos bienes impidiendo y colocando cláusulas eximentes de responsabilidad de los contratantes tal como efectivamente lo están haciendo en este proceso.

En lo relativo al ALLANAMIENTO A LA PRESUNTA MORA DE LOS DEMANDANTES

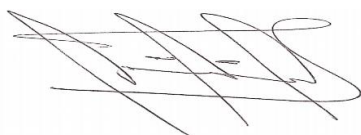
Pese a que como se ha indicado en este escrito se colocaron cláusulas abusivas dentro de los contratos de adhesión y dentro de ella se estableció la causal de terminación del contrato por parte de la fiduciaria y del fideicomitente el hecho de que se incurriera en Mora en el pago de una o cualquiera de las cuotas pactadas para el pago de la cuota inicial, y si se hubiese generado esa moratoria como lo están endilgando y así lo aceptó de manera ilógica y contraria a la realidad el despacho, los aquí demandados se allanaron y aceptaron la presunta Mora de los demandantes, y ese allanamiento se generó en la situación que hasta la fecha no han hecho uso de esa cláusula o Facultad de terminación del contrato por Mora de los aquí demandante, y la única razón por lo que no lo han hecho es que no hay incumplimiento, y esto basado en el principio general del derecho y planteado dentro de nuestra legislación de que nadie está

obligado a cumplir mientras su contraparte no haya cumplido, además de lo anterior también debe tenerse en cuenta que existe una imposibilidad para que los aquí demandantes hubiesen podido cumplir con el pago total del precio pactado en la adquisición del inmueble por cuanto una parte de ella tal como quedó planteado en dicho contrato iba a ser mediante crédito, y y tal situación lógicamente es imposible de hacer por cuanto cualquier entidad financiera para efectos de concederle el crédito garantizado les van a solicitar que se constituya una hipoteca sobre dicho inmueble, y la ley no permite hacer una hipoteca sobre un bien inmueble inexistente es decir hacer una hipoteca sobre una ficción.

Como se puede evidenciar de manera clara y precisa en el hipotético caso de que se llegase a analizar o tener que generar se generó un incumplimiento por parte de los demandantes, este hecho o esta conducta o esta situación fue allanada y aceptada de manera tácita por los aquí demandados habida cuenta que ellos y teniendo las herramientas y mecanismos legales y contractuales jamás hicieron uso de los mismos para declarar el incumplimiento de dicho contrato por tal motivo esta situación deja sin argumentación y sin sustento la posición dada y tomada por el juzgado de primera instancia al indicar que se despachaban desfavorablemente las pretensiones de la demanda porque se dio un incumplimiento en el pago del precio pactado por los aquí demandantes, lo cual como se indicó nunca hubo Mora por parte de los demandantes sino por el contrario hubo una actuación responsable y diligente en el manejo de sus recursos y de su patrimonio, por cuanto nadie puede ser obligado a poner en riesgo y a despilfarrar sus recursos única y exclusivamente porque así se planteó en un contrato que su contraparte estaba incumpliendo y que a la fecha ha incumplido.

Con fundamento en las anteriores precisiones y planteamientos solicito muy respetuosamente a los señores honorables magistrados del Tribunal superior de Bogotá revocar la sentencia emitida por el juez 16 civil del circuito y proceder a despachar de manera favorable a las pretensiones de los demandantes

De los señores Honorables Magistrados,



ADEODATO JAIME MURILLO

C. C. N° 4.239.510 de La Uvita Boyacá

T. P. N° 90248 del Honorable Consejo Superior de la Judicatura



Bogotá 3 agosto 2021

1

Honorables Magistrados

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala Civil
Magistrado Ponente HENRY DE JESÚS CALDERÓN RAUDALES
E. S. D.

Tipo de proceso:	ABREVIADO – Impugnación de Actas de Asamblea
Demandante:	ACOCIVILES S.A.
Demandado:	SUPERVIEW S.A.
Número de Radicación:	11001-3103-027-2006-00526-03
Asunto:	Recurso de Reposición, y en subsidio, Recurso de Queja en contra del auto de fecha 30 de julio de 2021 por medio del cual se negó la concesión del recurso extraordinario de casación.

CARLOS ADRIANO TRIBÍN MONTEJO, mayor de edad, domiciliado y residente en la ciudad de Bogotá, identificado como aparece al pie de mi firma, abogado titulado y en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 92.045 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi condición de apoderado judicial de la sociedad ACO CIVILES S.A., actuando oportunamente dentro del término de ejecutoria respecto de la providencia notificada mediante estado del 02 de agosto de 2021, comedidamente me permito me permito **interponer RECURSO DE REPOSICIÓN** en contra del auto de fecha 30 de julio de 2021, por medio del cual se negó la concesión del recurso extraordinario de casación; **en subsidio, se eleva RECURSO DE QUEJA** para lo cual se solicita la expedición de copias y su remisión ante el superior jerárquico conforme a lo previsto por los artículos 352 y 353 del C.G. del P., todo lo anterior conforme con las siguientes consideraciones:

- 1. La motivación de la decisión de negar el recurso extraordinario de casación no corresponde con la realidad del proceso obrante en el expediente.**

Se funda decisión de no conceder el recurso extraordinario de casación bajo la premisa de que en el presente caso “...*las pretensiones del accionante estaban circunscritas a revocar las determinaciones contenidas en el acta de la Asamblea Extraordinaria de accionistas de la sociedad Superview S.A., celebrada el 18 de julio de 2006 y contenidas en el Acta No. 47 de 18 de julio de 2006, sin que corresponda a ninguno de los asuntos cuyo interés económico para recurrir no es determinante para la concesión del recursos de casación*”, razonamiento que no corresponde a la realidad procesal ni las pruebas obrantes en el expediente por cuanto:

- (i)** Las pretensiones de la demanda no se limitaron únicamente a revocar las determinaciones de la asamblea objeto del proceso, sino también a que se repararan los perjuicios que tal decisión causó al demandante, tal y como dan cuenta las pretensiones segunda y tercera de la demanda en la cual se solicitó:



“2. Se **DECLARE** la ineficacia de las decisiones tomadas en la Asamblea Extraordinaria de accionistas de la sociedad SUPERVIEW TELECOMUNICACIONES S.A. celebrada el día 18 de julio de 2.006.”

“3. Se **CONDENE** a la sociedad SUPERVIEW TELECOMUNICACIONES S.A. a pagar los perjuicios causados a ACOCIVILES S.A.”

Resulta entonces evidente que las pretensiones del accionante NO se circunscriben únicamente a revocar las decisiones de la asamblea la Asamblea Extraordinaria de accionistas de la sociedad SUPERVIEW S.A., celebrada el 18 de julio de 2006 y contenidas en el Acta No. 47 de 18 de julio de 2006, sino que desde el inicio, se acudió al poder jurisdiccional al amparo de la acción declarativa y acumulativa de pretensiones indemnizatorias para que se ordenara el pago de los perjuicios causados con ocasión de las decisiones materia de la impugnación, estando pues allí presente el interés económico con el cual se habilita la procedencia del recurso extraordinario de casación.

Tanto es ello así que en la misma sentencia de primera instancia objeto de la apelación confirmada por el Honorable Tribunal y motivo del recurso extraordinario de casación, señaló en su parte motiva lo referente a las pretensiones de carácter económico, lo siguiente:

- **“Demanda**

*La promotora del presente juicio, entabló la referida acción, con el fin de que se revocaran y se declararan ineficaces las decisiones contenidas en el **acta No. 47 del 18 de julio de 2006**, por estar en contravención a la legislación colombiana y los estatutos sociales. **Como consecuencia de estas declaraciones solicitó se condenara a la sociedad demandada a pagar los perjuicios causados a Acociviles S.A.**” (Destacado fuera del texto original).*

(ii) Existen en el proceso pruebas periciales que fueron solicitadas, decretadas y practicadas en el sentido de determinar establecer los perjuicios causados a ACOCIVILES S.A. con las decisiones objeto del proceso, tal y como se tiene de la solicitud de dictamen solicitado en la demanda, en donde se señaló:

“DICTAMEN PERICIAL

Con fundamento en el artículo 431 del Código de Procedimiento Civil solicito al señor Juez se sirva designar peritos a fin de que establezcan el valor de los perjuicios causados por SUPERVIEW S.A. a la sociedad ACOCIVILES S.A. con las decisiones que se encuentran contenidas en la escritura pública número 2552 del 27 de julio de 2.006, otorgada en la notaría 26 del círculo de Bogotá y acta número 47 del 18 de julio de 2.006, las cuales fueron inscritas el 28 de julio de 2.006 bajo número 01069429, por la CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ.”

Conforme obra en el expediente, tales pruebas fueron practicadas e incluso actualizado el valor de los perjuicios mediante dictamen de parte aportado al proceso mediante prueba trasladada, consistente en un dictamen pericial de parte que en atención a lo establecido en los artículos 170 y 174 del Código General del Proceso, experticia en la que se realiza la valoración de la firma cableoperador SUPERVIEW



dentro del proceso número 25000 2336 000 2018 01217 00 (acción de reparación directa), cursante en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Tercera, Subsección A, (Magistrada Ponente Dra. Bertha Lucy Ceballos Posada), y en donde se da cuenta del valor actual del perjuicio derivado de las decisiones tomadas en la Asamblea Extraordinaria de Accionistas del 18 de julio de 2006, en la que se desconoció la real participación accionaria de ACOCIVILES S.A. en SUPERVIEW S.A., y se tomaron las decisiones que derivaron en la pérdida de su participación en dicha sociedad.

En efecto, al efectuarse la valoración de la firma SUPERVIEW TELECOMUNICACIONES S.A., empresa dedicada a la provisión de televisión por cable principalmente en la ciudad de Bogotá y municipios aledaños, entre los años 1998 y 2019, que fue adquirida en el año 2006 por la multinacional mexicana de las comunicaciones TELMEX COMUNICACIONES S.A.B. DE C.V., para ser integrada en una firma más grande dedicada a la provisión de televisión por cable, servicios de internet y telefonía fija (llamados servicios de voz IP) con cubrimiento en todo el territorio nacional, que con el tiempo llegó, a su vez, a ser parte de las operaciones en Colombia de la multinacional de las telecomunicaciones llamada América Móvil; ejercicio de donde se tiene que el valor actual de la participación accionaria de ACOCIVILES S.A. en SUPERVIEW S.A., y en ese orden de los perjuicios derivados de las decisiones objeto de la impugnación y monto de la indemnización pedida en la pretensión tercera de la demanda, es el siguiente:

Valores de Reparación

(...)

*La cifra de reparación que resulta fruto de esta investigación, fruto de los análisis y las argumentaciones objetivas, razonadas y fundamentadas, basadas en argumentos expuestos y datos recopilados, corresponde a: **146.953.642.511,50 pesos colombianos**, que en letras leemos como ciento cuarenta y seis mil novecientos cincuenta y tres millones seiscientos cuarenta y dos mil quinientos once pesos con cincuenta centavos”.*

Así pues, se tiene que además de haberse solicitado una indemnización, la misma fue también objeto de actividad procesal, hecho demostrativo de que, en la realidad procesal del presente proceso, contrario a lo manifestado en la providencia recurrida, existe un interés económico determinante para que sea concedido el recurso.

(iii) La naturaleza del proceso tiene carácter declarativo e indemnizatorio. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han coincidido en determinar que las decisiones materia del proceso de impugnación de actas de asamblea, no se limita a buscar una mera declaración sobre las decisiones que se cuestionan, sino también a que se reparen los perjuicios que de tales determinaciones se causen a los afectados. En ese sentido la doctrina nacional en sede de este proceso refiere:

*“...[P]or medio de este proceso se pretende la anulación de los actos o decisiones de asambleas de accionistas y de juntas directivas o de socios, de sociedades civiles o mercantiles, por violación de la ley o de los estatutos sociales, **y además el reconocimiento de las correspondientes indemnizaciones a cargo de la sociedad y en favor del demandante, como***



consecuencia de la expedición de los actos acusados¹ (Destacado fuera del texto original).

“Las decisiones que se tomen en las sociedades, puede afectar intereses de algunos socios, usualmente los minoritarios, quienes pueden ver menoscabados sus derechos por actos ilícitos de los otros que, por el hecho de ser mayoría, no pueden tomar determinaciones que atenten contra normas contractuales o legales”.

(...)

“En resumen, el art. 421 se refiere sólo a conflictos entre socios de sociedades en virtud de los cuales uno de estos busca que alguna determinación de la asamblea de socios o de la junta directiva que le afecta no tenga efectos. Pero cuando se trata de impugnar decisiones similares que afectan a terceros, dicha disposición no es aplicable y será el proceso ordinario el que debe ser adelantado.

*Finalmente, **se debe tener presente que si se quiere demandar indemnización por los perjuicios que el acto impugnado pudo ocasionar, es menester pedirlos en la demanda pues este es uno de los procesos donde necesariamente estos deben ser impetrados conjuntamente con la solicitud de suspensión del acto**, pues son numerosos los eventos en que he conocido donde se pretende deducir los mismos en proceso ordinario separado lo cual no es posible debido al enfoque que ha dado a esta pretensión el estatuto procesal, al exigir, por motivos de economía procesal que se presente acumulada la solicitud de indemnización si se aspira a ellos...”*² (Destacado fuera del texto original).

Conforme con lo anterior se tiene que la acción debidamente ejercida y el fallo es susceptible del recurso extraordinario de casación al haberse solicitado un componente indemnizatorio por concepto de los perjuicios causado con ocasión de la adopción de las decisiones demandadas, el cual además de existir supera los 1000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Así pues, se tiene que la afirmación sobre la cual se funda la negación del recurso no corresponde con la realidad del proceso, ya que las pretensiones del accionante NO estaban circunscritas a revocar las determinaciones contenidas en el acta de la Asamblea Extraordinaria de accionistas de la sociedad Superview S.A., celebrada el 18 de julio de 2006 y contenidas en el Acta No. 47 de 18 de julio de 2006, sino que también a obtener una indemnización de los perjuicios que las decisiones de la asamblea causaron, interés económico que al ser negadas las pretensiones, resulta necesario recurrir en casación para que se revisen las razones de tal decisión al existir elementos de hecho y de derecho que fueron omitidos y tiene vocación para cambiar el sentido de las decisiones de primera y segunda instancia.

¹ BEJARANO GUZMAN, Ramiro. Procesos Declarativos. Segunda edición. Editorial TEMIS. Bogotá. 2001. Pág. 144.

² LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Procedimiento Civil Parte Especial. Octava edición. DUPRE Editores. Bogotá. 2004. Págs. 164 y 168.



2. Cumplimiento de los requisitos de procedencia determinados en los artículos 334 y 338 del C.G. del P.

De acuerdo con el estatuto procesal civil y la demanda y pruebas del proceso, se tiene que se cumple con los requisitos previstos para determinar la procedencia del recurso que se niega por cuanto:

- (i) Se trata de una sentencia emitida en segunda instancia por el Honorable Tribunal dentro de un proceso declarativo.
- (ii) Las pretensiones de la demanda, en especial la tercera, están plateadas de tal suerte que el objeto del ejercicio de la acción y la esencia del proceso consista en una reparación de económica, por lo que su resolución en sentido desfavorable, afectaron los intereses del recurrente en un monto superior a los mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (1.000 smlmv).

En efecto, y tenerse con la acción de impugnación de actos de asamblea, en atención a la naturaleza declarativa del proceso y el principio de economía procesal, se solicitó la indemnización de perjuicios, resultan cumplidos los dos requisitos establecidos en los artículos 334 y 338 del Código General del Proceso y con ello procedente el trámite del recurso extraordinario, máxime si se tiene en cuenta que detrás del ejercicio existen 14 años de acontecimientos y hechos relevantes al proceso que no fueron objeto de análisis.

3. Deber de interpretación de la demanda. La naturaleza del conflicto planteado con la demanda y el trámite del proceso develan un problema jurídico más amplio al planteado en el estudio surtido en primera y segunda instancia.

En este caso, se tiene que tanto el juez de *a quo* como el *ad quem*, interpretan limitadamente la demanda y desatendiendo el deber señalado en el artículo 42 numeral 5° del C.G.P, pues en lugar de interpretar la demanda de manera que permitiera decidir el fondo del asunto, se limitó a circunscribir el caso a la revisión de aspectos formales de la asamblea del 18 de julio de 2006 y ajeno a esfuerzo probatorio y conducta procesal de la demandante orientado en obtener una indemnización de perjuicios al develar que desde su origen la reunión, y por ende las decisiones de asamblea carecían de legitimación por desconocer la real composición accionaria de SUPERVEW S.A., es decir, sólo se entró a calificar aspectos de forma de los actos demandados, sin atender a ninguna de los reparos y perjuicios económicos demostrados en el proceso y que resultan ser, en desarrollo de derecho fundamental de acceso a la justicia y el principio de economía procesal, la finalidad del proceso, siendo dicha circunstancia la que motivó la indemnización que ahora se reclama su resolución en sede de casación.

En este punto, valga la pena señalar que el hecho de que las decisiones adoptadas por el Juez Civil del Circuito y el Honorable Tribunal no abordaron siquiera el estudio de hechos y pruebas demostrativos de los perjuicios reclamados por el demandante, no significa ello que la demanda y el tema de proceso no conlleve un carácter esencialmente económico y no se cumpla con los requisitos previstos en los artículos 334 y 338 del C.G. del P., pues ese es precisamente el motivo de la inconformidad, ya que procesalmente no existía otra forma en la que pudiese reclamarse por los perjuicios derivados de la toma de decisiones en una asamblea de accionistas indebidamente compuesta con ocasión de la comisión de delitos penales, tal como fue



demostrada su ocurrencia, debiéndose tener como cierto el daño y procedente la reparación.

Por lo anterior, debe ser estudiado el caso ante la Honorable Corte Suprema de Justicia para que se analice la información recabada en no menos de 14 años de actividad procesal, y determine con rigor el sentido en que deben ser atendidas favorablemente las pretensiones indemnizatorias planteadas con la demanda.

Respetuosamente solicito al Honorable Tribunal atiende la siguiente,

SOLICITUD

Se ruega a los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá Sala – Civil se sirvan **REVOCAR** la decisión tomada mediante auto del 30 de julio de 2021 y en su lugar se conceda el recurso extraordinario de casación. En caso de decidir en el sentido de mantener incólume su decisión, respetuosamente se eleva **RECURSO DE QUEJA**, para lo cual se solicita se ordene la reproducción de todas las piezas procesales necesarias para desatar el recurso y, expedidas las copias, se remitan a la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil.

Se hará JUSTICIA,

CARLOS A TRIBIN MONTEJO
C.C. No. 80.469.508 de Bogotá.
T.P. No 92.045 del C.S.J.

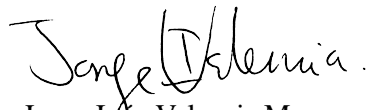
Honorables Magistrados
Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C.
Sala Civil
E. S. D.

Ref.: Verbal declarativo de mayor cuantía
Demandante: TNT USA LLC
Demandado: Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A.
Rad. No.: 2019-00307
Asunto: Sustitución de poder

Jorge Iván Valencia Mora, mayor de edad, con domicilio en Bogotá D.C., identificado como aparece al pie de mi firma, en mi calidad de apoderado de TNT USA LLC, manifiesto a su Despacho que **sustituyo** el poder a mí conferido a la señora Cristina Mejía Rivas, identificada con Cédula de Ciudadanía No. 52.867.966 y Tarjeta Profesional No. 161.427 del C. S. de la Judicatura.

La presente sustitución comprende las mismas y amplias facultades otorgadas al suscrito, incluyendo las de notificarse, recurrir, recibir dinero y bienes, transigir, desistir, conciliar, retirar la demanda, sustituir el poder, reasumir, disponer del derecho en litigio, y, en general, realizar todas las gestiones encaminadas al cabal cumplimiento del mandato, así como aquellas a que se refiere el artículo 77 del Código General del Proceso.

Atentamente,



Jorge Iván Valencia Mora
C.C. No.: 80.198.935
T.P. No.: 166.527 del Consejo Superior de la Judicatura
Jorge.Valencia@bakermckenzie.com

Acepto,



Cristina Mejía Rivas
C.C. No.: 52.867.966
T.P. No.: 161.427 del Consejo Superior de la Judicatura
Cristina.Mejia@bakermckenzie.com

Magistrada Ruth Elena Galvis Vergara
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil
Vía correo electrónico

Ref.: Proceso verbal de mayor cuantía
Demandante: TNT USA LLC
Demandado: Mapfre Seguros Generales de Colombia
Rad.: 2019-00307-01
Asunto: **Sustentación recurso de apelación**

Cristina Mejía Rivas, identificada como aparece al pie de mi firma, actuando en mi calidad de apoderada judicial sustituta de TNT USA LLC ("**TNT**"), de conformidad con la sustitución que adjunto, sustentó el recurso de apelación en contra de la sentencia escrita proferida por la Juez 36 Civil del Circuito de Bogotá el 23 de marzo de 2021 y notificada por estado el 24 de marzo del mismo año, para que se revoque en su integridad y, en su lugar, se acceda a las pretensiones de TNT. Lo anterior con fundamento en las siguientes consideraciones:

1 Antecedentes

1. Pasar Express S.A. ("**Pasar**") tomó la póliza de seguro de cumplimiento No. 210231100159 (la "**Póliza**") con Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. ("**Mapfre**"), a favor de TNT¹. El objeto de la Póliza era el siguiente:

*"Garantizar el pago derivado de los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones a cargo del garantizado, originados en virtud de la ejecución del contrato cuyo objeto es: El asociado esta disponible y dispuesto a suscribir contratos para prestación de servicios a TNT principalmente la entrega por parte de TNT de consignaciones expresas internacionales en momentos específicos."*²

El numeral 1.3 de las Condiciones Generales de la Póliza establecía lo siguiente:

"La Aseguradora indemnizará los perjuicios económicos originados por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato garantizado, imputable al contratista"

El contrato asegurado, según se desprende de la Póliza y según fue reconocido por el representante legal de Mapfre³, era el *Joint Operation Agreement* (el "**JOA**")⁴. El monto máximo asegurado por la Póliza es de USD \$250.000.

2. En virtud del JOA, TNT y Pasar (conjuntamente las "**Partes**") acordaron la prestación mutua de servicios, sujeto a ciertos términos y condiciones. A la terminación del JOA, las

¹ Prueba documental No. 7 de la demanda.

² Ver folio 269.

³ Ver numeral 34 de este escrito.

⁴ Pruebas documental No. 1 y 2 de la demanda.

Partes acordaron que debían realizar un cruce de cuentas, con ocasión de la prestación mutua de servicios:

5.2 Las partes se presentarán mutuamente una cuenta final de todas las sumas pendientes por Servicios prestados por ellas y el saldo neto pendiente será pagado por la parte que adeude el mayor valor, dentro de los 14 días siguientes al recibo del intercambio de cuentas finales por las partes."⁵ (énfasis agregado).

3. El 24 de abril de 2017, Pasar terminó unilateralmente el JOA sin dar cumplimiento al procedimiento establecido para ello⁶, por lo que las Partes tenían la obligación de presentar los estados de cuenta de la prestación conjunta de servicios regulada por el JOA.
4. Mediante comunicación del 13 de junio de 2018⁷, Pasar reconoció que existía un saldo a favor de TNT por la suma de USD \$295.949, con ocasión de la obligación de cruce de cuentas prevista en la Cláusula 5.2 del contrato JOA. No obstante, a la fecha Pasar no ha pagado suma alguna a TNT.
5. De lo anterior se desprende claramente que:
 - a. Existe una póliza de cumplimiento que cubre los incumplimientos de Pasar al JOA.
 - b. El JOA consagra una obligación de pago, posterior a la realización de un cruce de cuentas a la terminación del JOA.
 - c. El JOA se terminó y Pasar reconoció que existía un saldo a favor de TNT que no ha sido pagado a la fecha.
 - d. Los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de Pasar al JOA equivalen al monto del saldo a favor de TNT de USD \$295.949, más los intereses moratorios a los que haya lugar.
 - e. El monto de los perjuicios causados por el incumplimiento del JOA excede el monto asegurado por Mapfre en la Póliza, equivalente a USD 250.000, por lo que este último es el que se reclama.
6. El 25 de enero de 2018, TNT presentó una reclamación ante Mapfre⁸, solicitando el pago de USD 250.000 a título de siniestro cubierto por la Póliza.
7. El 12 de septiembre de 2018, casi ocho (8) meses después de que TNT radicó la reclamación ante Mapfre, esta última dio respuesta a la reclamación de TNT, negando el pago del siniestro, esto es, de los USD 250.000 que Pasar reconoció adeudar a TNT, como consecuencia de la obligación de cruce de cuentas del JOA.
8. Por lo anterior, TNT presentó demanda verbal contra Mapfre para exigir el pago del siniestro cubierto por la Póliza, esto es, de los USD 250.000 que Pasar reconoció adeudar a TNT, como consecuencia de la obligación de cruce de cuentas del JOA, más los intereses de mora a los que hubiese lugar.

⁵ Pruebas documental No. 1 y 2 de la demanda.

⁶ Prueba documental No. 8 de la demanda.

⁷ Prueba documental No. 9 de la demanda y certificado emitido por el contador de Pasar Express S.A., visible a folio 1222.

⁸ Prueba documental No. 10 de la demanda.

2 La sentencia apelada

12. Mediante la sentencia apelada, proferida por escrito el 23 de marzo de 2021, el Despacho encontró probada la excepción de inexistencia de cobertura de la Póliza y negó las pretensiones de la demanda.
13. Las consideraciones del Despacho para llegar a esa conclusión son confusas y contradictorias y se derivan de un entendimiento por completo errado de la Póliza, sus partes y el riesgo amparado.
14. En efecto, la sentencia afirma de manera completamente equivocada:
 - a. Que la Póliza es de daños y no de responsabilidad,⁹ a pesar de ser claramente rubricada como póliza de cumplimiento¹⁰.
 - b. Que la Póliza al ser "entre particulares" implica que cubre el incumplimiento de "terceros" y no de las partes del JOA¹¹, a pesar de que la Póliza claramente indica lo contrario y que el significado de "entre particulares" significa que no es una póliza a favor de entidad estatal¹². Además, sólo quien es parte de un contrato, o dicho más estrictamente, sólo quien es deudor de una obligación puede incumplir la prestación debida y, por lo tanto, dar lugar a un siniestro bajo la Póliza, por lo que no existen "terceros" que incumplan obligaciones amparadas¹³.
 - c. Que el incumplimiento del JOA no constituye un siniestro porque no se trata de hechos "irresistibles o imprevisibles para las partes" que son los que configuran un siniestro¹⁴, a pesar de que la Póliza ampara el incumplimiento del JOA y, en cambio, no cubre perjuicios derivados de eventos de fuerza mayor a los que parece hacer referencia el juzgador de primera instancia.
 - d. Que TNT no reclama un perjuicio porque "*en sentir de esta falladora ... no es un suceso nacido de la operación mercantil (sic), sino que, es una disputa de derechos entre las mismas partes del Joint Operation Agreement, quienes aceptan un saldo en favor de TNT*"¹⁵. Precisamente la "disputa de derechos" consiste en que Pasar le adeuda a TNT una suma de dinero derivada del JOA que no quiere pagar, a pesar de reconocer que la adeuda y que ello constituye un incumplimiento del JOA.

⁹ Sentencia apelada, pág. 5. "Sobre el seguro de daños, que es el objeto del presente proceso..." (énfasis agregado).

¹⁰ Prueba documental No. 7 de la demanda.

¹¹ Sentencia apelada, págs. 8 y 9. "*En consecuencia, no se trata, primero, de una conducta de un particular...*" y más adelante "*así las cosas se origina una falta de cobertura en la póliza, porque quien pretende el pago de la indemnización, lo hace por una acción o si se quiere omisión, de quien es parte en la relación sustancial de transporte, y no, un particular o llámese tercero conforme a la literalidad del 'seguro'. Precisamente en ese convenio entre TNT y PASAR, es donde nace el contrato de seguro de cumplimiento por cuenta de terceros, aquí particulares, a modo de fianza. Y no solo ello permite comprender y aplicar el espíritu del seguro, sino el mismo clausulado, porque como de él se extrae, ampara las contrataciones de terceros, como por ejemplo, el oferente escogido por no cumplir con la firma del convenio en tiempo o finiquitar la obra en tiempos estipulados.*"

¹² Prueba documental No. 7 de la demanda.: "*Garantizar el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones a cargo del garantizado [Pasar], originados en virtud de la ejecución del contrato [el contrato JOA] ...*" (ver folio 269).

¹³ Código Civil, art 1602, que consagra el principio de relatividad de los contratos en el derecho colombiano.

¹⁴ Sentencia apelada, pág. 10. "*Luego, no se trata de hechos irresistibles o imprevisibles para las partes las que originan la desventaja para una de ellas, característica propia del siniestro, sino discordias entre los vinculados al interior del contrato de Joint Operation Agreement, donde se han retenido dineros que en efecto, le corresponden a la demandante.*"

¹⁵ Sentencia apelada, pág. 10.

- e. Que la Póliza "ampara las contrataciones de terceros, como por ejemplo, el oferente escogido por no cumplir con la firma del convenio en tiempo o finalizar la obra en tiempos estipulados"¹⁶ siendo que la Póliza ampara el incumplimiento de Pasar frente a TNT del JOA¹⁷, según consta en la Póliza, y que por eso mismo TNT es beneficiario de dicha póliza y Pasar figura como asegurado.
- f. Que Pasar tiene un derecho legal de retención que implica que no existe incumplimiento del JOA¹⁸, a pesar de que ese derecho no existe en el JOA y sólo aplicaría si este JOA se considerara un contrato de agencia mercantil bajo ley colombiana, cosa que no establece el JOA, que no ha sido reconocida por TNT, ni por ninguna autoridad judicial ni arbitral, y que la sentencia anuncia sin ninguna consideración y sin citar ninguna prueba, dando por hecho que es así y, por lo tanto, omitiendo su labor esencial de juzgar.

15. Como se extrae del resumen del sustento de la sentencia apelada, el único fundamento de la decisión que no es clara y expresamente contradicho por el texto literal de la Póliza, es la existencia del supuesto derecho de retención de Pasar. Por lo tanto, en el siguiente capítulo nos ocupamos, primero, de desvirtuar la existencia de un derecho de retención y, segundo, demostraremos que la Póliza sí ampara incumplimientos del JOA por parte de Pasar y que el siniestro reclamado sí constituye un incumplimiento de Pasar del JOA.

3 Motivos para revocar la sentencia apelada

3.1 Primer motivo para revocar la sentencia: en el proceso no se probó que el derecho de retención de Pasar fuera legal

16. La prueba del siniestro de una póliza de cumplimiento, como aquella que da origen a esta controversia, puede ser judicial o extrajudicial. Así lo establece claramente el artículo 1080 del Código de Comercio:

*"El asegurador estará obligado a efectuar el pago del siniestro dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, **aun extrajudicialmente**, su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077. Vencido este plazo, el asegurador reconocerá y pagará al asegurado o beneficiario, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, un interés moratorio igual al certificado como bancario corriente por la Superintendencia Bancaria aumentado en la mitad.*

El contrato de reaseguro no varía el contrato de seguro celebrado entre tomador y asegurador, y la oportunidad en el pago de éste, en caso de siniestro, no podrá diferirse a pretexto del reaseguro" (énfasis agregado).

¹⁶ Sentencia apelada, pág. 9.

¹⁷ Prueba documental No. 7 de la demanda.

¹⁸ Sentencia apelada, pág. 10. "para esta sede judicial, la póliza presentada cubre el daño de terceros, o inclusive las partes, pero por el curso de la operación. Aquí es evidente, que no existe perjuicio alguno en la operación, sino que, la disputa nace del no pago de facturas, que si bien constituyen un perjuicio económico, no puede ser entendido como un siniestro, en la medida que la deuda ha sido reconocida y retenida por PASAR EXPRESS." Y más adelante: "Ello implica, que la retención al ser legal, desvanece la esencia del siniestro, porque existe en su favor el derecho económico ... Quiere decir ello, que al existir ese derecho de retención, una vez definida la discordia entre las partes, se subsana la mora crediticia, la cual se insiste, no constituye un perjuicio, en sentir de esta falladora, porque no es un suceso nacido de la operación mercantil (sic), sino que, es una disputa de derechos(...)".

17. Sobre este punto, la Corte Suprema de Justicia ha sido clara en indicar que el pago del siniestro no puede ser negado, so pretexto de que el mismo depende de una decisión judicial (v. gr. que determina si un derecho de retención es legal o no). La Corte se pronunció de la siguiente manera:

"En síntesis, no se equivocó el Tribunal en la aplicación de las normas de derecho sustancial que definían esta puntual discusión, como quiera que, efectivamente, para la demostración del incumplimiento del contrato de suministro por parte de la sociedad "afianzada", no podía exigirse – como se imponía en la cláusula 13 de las condiciones generales de contratación del seguro-, una prueba específica o tasada ex ante, particularmente la sentencia judicial ejecutoriada que así lo declarase, habida cuenta que la norma inmersa en el artículo 1080 del Código de Comercio, aún en la versión vigente para el momento de los hechos, también habilitaba la acreditación del derecho en forma extrajudicial, previsión ésta que no podía ser modificada, se reitera, sino en beneficio del asegurado o del beneficiario (art. 1162), razón por la cual un sector de la doctrina la ha catalogado como "semimperativa", dada la posibilidad de modificarla únicamente en favor de los prenotados sujetos, lo que de plano excluye una alteración llamada a menoscabar sus intereses" ¹⁹ (énfasis agregado).

18. En la sentencia apelada, el Despacho concluyó (sin citar ninguna prueba ni explicar con fundamento en qué llegó a esta conclusión) que no existía siniestro porque Pasar ejerció legalmente su derecho de retención. Sin embargo, durante el proceso no se probó que el derecho de retención fue legal y, antes bien, el JOA demuestra que no lo es.
19. En el caso en concreto, el Despacho debía determinar si el derecho de retención ejercido por Pasar sobre los dineros que le adeuda a TNT fue legal, para así determinar si existió un siniestro cubierto por la Póliza. No es necesario esperar otra decisión jurisdiccional sobre el particular, como se desprende de las normas anteriormente citadas.
20. Sin embargo, el Despacho debía tomar una decisión sobre la legalidad del derecho de retención basado en lo que se probó durante el proceso. Como se explicará, para que el derecho de retención fuera legal se debía probar que el contrato JOA era uno de agencia comercial. Mapfre no probó que este era el caso (de hecho, no aportó ninguna prueba sobre el particular, ni planteó ningún argumento al respecto).
21. Además, es suficientemente claro que el contrato JOA no es un contrato de agencia comercial, por lo que el derecho de retención ejercido por Pasar es ilegal y existe un siniestro cubierto por la Póliza.

3.1.1 Sobre los presupuestos necesarios para que el derecho de retención ejercido por Pasar sea legal

22. "El derecho de retención procede únicamente en dos situaciones, a saber: cuando hay una disposición legal expresa que lo autoriza o retención de origen legal o cuando existe acuerdo de las partes, conocida como retención voluntaria o convencional"²⁰. Por tal motivo la Corte Suprema ha dicho claramente que "...el derecho de retención es

¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 2 de febrero de 2001, Exp.: 5670., M.P.: Carlos Ignacio Jaramillo.

²⁰ Castro de Cifuentes, M. (2012). "El derecho de retención". En: *Derecho de las obligaciones*. T. II., V.I. (Marcela Castro Coord.). Bogotá: Editorial Temis y Ediciones Uniandes. (pg. 572).

excepcional (art. 2417, inc. 2º, C.C.) y que, por lo tanto, su ejercicio sólo procede en los supuestos expresamente previstos por la ley, sin que haya lugar a aplicaciones analógicas o extensivas..."²¹ (énfasis agregado).

23. En el caso en concreto, el JOA no contenía disposición alguna que autorizara la retención de dineros por la Partes. De ahí que Pasar haya justificado la retención de los dineros adeudados a TNT, a partir de la supuesta calificación del contrato JOA como un contrato de agencia comercial, en los que el derecho de retención está consagrado legalmente²²:

*"Con fundamento en lo previsto en el artículo 1326 del Código de Comercio [aquel que prevé el derecho de retención en los contratos de agencia comercial], Pasar Express ejercerá la retención de todos los valores adeudados a la fecha de la presente comunicación a TNT a buena cuenta de la indemnización equitativa prevista en los artículos 1324 y 1327 del Código de Comercio."*²³.

24. Por lo tanto, la única manera en que el derecho de retención sea calificado como legal, es determinando que el contrato JOA es un contrato de agencia mercantil. Sin embargo, en ningún momento durante el trámite del proceso se probó que el contrato JOA fuera uno de agencia comercial (que no lo es). De ahí el primer error fundamental de la sentencia apelada cuando afirma:

"No obstante, si a la fecha no se ha estipulado el pago, ello corresponde a un derecho de retención ejercido por PASAR EXPRESS en virtud de un cruce de cuentas. Derecho de retención, que resulta legal al interior del ordenamiento jurídico." (énfasis agregado).

25. Tan no se probó que el contrato JOA fuera de agencia comercial (que no lo es), que la misma Juez 36 Civil del Circuito de Bogotá, durante la audiencia de instrucción y juzgamiento, indicó que la determinación de si el JOA era o no un contrato de agencia comercial no era objeto del proceso²⁴:

"Jorge Valencia Mora: Por favor indíqueme al despacho si a Mapfre le consta que el Contrato de Operación Conjunta "JOA" es un contrato de agencia comercial, sí o no.

Jueza: Doctor, eso no corresponde a este proceso.

Jorge Valencia Mora: Doctora, con todo respeto la excepción principal de Mapfre es que el contrato JOA es de agencia comercial y, por lo tanto, Pasar tiene la facultad de retener el dinero.

Jueza: No es objeto de este proceso. Aquí se está cobrando es una indemnización en razón de un siniestro ocurrido frente a una póliza. Preguntemos solamente eso. Eso que usted está preguntando no lo puede aquí confesar, no lo puedo permitir. Nada tiene que ver si es agencia, si no es

²¹ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 6 de abril de 2011, Rad.: 11001-3103-001-1985-00134-01, M.P.: Arturo Solarte Rodríguez.

²² Artículo 1326 del Código de Comercio: " El agente tendrá los derechos de retención y privilegio sobre los bienes o valores del empresario que se hallen en su poder o a su disposición hasta que se cancele el valor de la indemnización y hasta el monto de dicha indemnización."

²³ Prueba documental No. 7 de la demanda. Carta de terminación unilateral enviada por Pasar a TNT el 24 de abril de 2017.

²⁴ Grabación audiencia minuto 54:35 a 55:38.

agencia, para poder cobrar el siniestro. Aquí hablamos del siniestro y de la ejecución precisa del contrato no de la calificación del contrato.” (énfasis agregado).

26. Pese a lo anterior, la Juez 36 Civil del Circuito de Bogotá calificó el JOA como un contrato de agencia comercial, toda vez que en la sentencia del 23 de marzo de 2021 declaró un supuesto derecho de retención en cabeza de Pasar, el cual únicamente podría derivarse de la determinación del JOA como un contrato de agencia mercantil. En este sentido, es claro que la juez *a quo* incurrió en un grave yerro en la fundamentación de la sentencia de primera instancia.

3.1.2 El contrato JOA no es un contrato de agencia comercial

27. El contrato de agencia comercial está regulado en los artículos 1317 y ss. del Código de Comercio. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, uno de los requisitos indispensables para que un contrato sea de agencia comercial, es la actuación por cuenta ajena del agente. Este requisito implica que el éxito o fracaso del agente repercute sobre el patrimonio del agenciado²⁵.
28. De las disposiciones del contrato JOA es claro que no existe una actuación por cuenta ajena de quien sería el supuesto agente (*v. gr.* Pasar). El JOA tenía como objeto la prestación mutua de servicios, descrito en los Anexos 1 y 2 del contrato²⁶. Entre estos servicios, Pasar debía prestar el servicio de transporte y entrega de encomiendas internacionales que clientes de TNT enviaran a Colombia. Dicho de manera sencilla, Pasar estaba encargado de entregar aquellos paquetes cuyo envío ya había sido contratado a TNT. No existía, por tanto, riesgo en cabeza de TNT, pues su servicio ya se había prestado. Pasar no tenía mandato alguno para cerrar negocios por cuenta de TNT, solo debía entregar la encomienda ya paga a TNT, por lo que no se cumple el requisito de una actuación por cuenta ajena.
29. Por lo demás, el Tribunal podrá constatar que el JOA no es un contrato de agencia mercantil por la sencilla razón de que ambas partes se prestan servicios recíprocos y de la misma naturaleza (transporte de carga y encomiendas por courier) y, por lo tanto, ambas partes tendrían que ser simultáneamente agentes y agenciados la una de la otra, lo que, por supuesto, no tiene ningún sentido. En efecto, TNT le prestaba a Pasar idéntico servicio al prestado por Pasar, consistente en la entrega en el exterior de encomiendas internacionales originadas en Colombia por los clientes de Pasar. Ni TNT ni Pasar celebraban negocios por cuenta de la otra, ni ejercían un mandato, ni realizaban actividades diferentes a prestarse recíprocamente servicios de transporte y entrega de encomiendas internacionales.
30. En consecuencia, la retención de los dineros adeudados por Pasar a TNT fue ilegítima y existe un siniestro amparado por la Póliza, consistente en las sumas adeudadas y retenidas ilegalmente por Pasar, cuyo monto fue expresamente aceptado por Pasar²⁷.

3.2 Segundo motivo para revocar la sentencia: la obligación incumplida y amparada por la Póliza no nace de las facturas, sino del JOA que es el contrato amparado

31. Al parecer uno de los fundamentos por los cuales el Despacho decidió negar las pretensiones de la demanda fue por considerar que la obligación cuyo pago reclama TNT proviene de las facturas, contentivas de las sumas debidas por Pasar a TNT, y que

²⁵ Corte Suprema de Justicia, Sentencia SC4858-2020 del 7 de diciembre de 2020. M.P.: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

²⁶ Pruebas documental No. 1 y 2 de la demanda.

²⁷ Prueba documental No. 9 de la demanda y certificado emitido por el contador de Pasar, visible a folio 1222.

supuestamente no estarían cubiertas por la Póliza. Valga aclarar que la obligación reclamada por TNT proviene del contrato JOA y que las facturas son simplemente un medio de cobro de dicha obligación.

32. Según se explicó en los Antecedentes de este escrito, Pasar y TNT suscribieron el contrato JOA, cuyo objeto fue la prestación mutua de servicios²⁸. La Cláusula 5.2 del JOA establecía la obligación de las Partes de cruzar cuentas al finalizar la ejecución del JOA, para determinar si existía un saldo a favor de una de las Partes con ocasión de la prestación mutua de servicios:

*“5.2 Las partes se presentarán mutuamente una cuenta final de todas las sumas pendientes por Servicios prestados por ellas y el saldo neto pendiente será pagado por la parte que adeude el mayor valor, dentro de los 14 días siguientes al recibo del intercambio de cuentas finales por las partes”*²⁹ (énfasis agregado).

16. Las facturas a las que se refiere el Despacho en la sentencia apelada fueron expedidas con ocasión de esta prestación mutua de servicios. Es decir, tales facturas emanan directamente de la ejecución de obligaciones del contrato amparado, esto es, el JOA. En ese sentido, las facturas son una prueba y un medio de cobro de la obligación del JOA que TNT reclama, no su fuente. Dicho de otro modo, Pasar le adeuda USD 295.949 a TNT por virtud del JOA y derivado de su ejecución, es decir, como contraprestación por los servicios prestados por TNT a Pasar en ejecución del JOA. Tan es así, que el apoderado de Mapfre confesó este hecho durante el interrogatorio de parte de la audiencia de instrucción y juzgamiento³⁰:

“Jorge Valencia Mora: Por favor indíqueme al despacho si en ausencia de la celebración y ejecución del Contrato de Operación Conjunta “JOA” Pasar le adeudaría la suma reclamada a TNT en este proceso.

Jairo Rincón: Doctor, no existiría porque si no hay contrato no habría facturas, si no habría facturas no habría obligaciones de pago (...)”

17. Adicionalmente, Pasar reconoció expresamente adeudar a TNT, derivado de la ejecución del JOA, la suma mencionada de USD 295.949. En efecto, mediante correo electrónico del 13 de junio de 2018, Pasar reconoció que existía un saldo a favor de TNT de USD 295.949, con ocasión del cruce de cuentas final del JOA, previsto en la Cláusula 5.2 del mismo³¹.
18. Por lo tanto: (i) existe una obligación que proviene del contrato amparado, a saber, el saldo del cruce de cuentas previsto en la Cláusula 5.2 del JOA; y (ii) el saldo de dicha obligación fue expresamente reconocido por el deudor, Pasar. A la fecha, Pasar no ha pagado la suma que acepta adeudar a TNT, con ocasión del JOA, por lo que existe un siniestro cubierto por la Póliza.
19. De hecho, durante el interrogatorio de parte Mapfre confesó que el JOA es el contrato amparado bajo la Póliza y, por lo tanto, el incumplimiento del JOA constituye un siniestro bajo la Póliza³²:

“Jorge Valencia Mora: Sí. El numeral 1.3 de las condiciones generales de la póliza que indica: “La aseguradora indemnizará los perjuicios económicos originados por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato garantizado imputable al contratista”. Diga cómo es cierto, sí o no, que el

²⁸ Pruebas documental No. 1 y 2 de la demanda.

²⁹ Pruebas documental No. 1 y 2 de la demanda.

³⁰ Grabación audiencia minuto 56:25 a 56:48.

³¹ Prueba documental No. 9 de la demanda y certificado emitido por el contador de Pasar, visible a folio 1222.

³² Grabación audiencia minuto 50:00 a 51:10.

contrato mencionado en esas condiciones generales se refiere al contrato de operación conjunta, JOA por sus siglas en inglés, celebrado entre PASAR y TNT.

Jairo Rincón: *No es cierto como usted me lo pregunta, porque estas son las condiciones generales de todos los contratos.*

Jorge Valencia Mora: *Doctor, aclaro la pregunta, entonces.*

Jairo Rincón: *¿ Otra pregunta me va a hacer?*

Jorge Valencia Mora: *Otra pregunta.*

Jairo Rincón: *Perfecto. Listo.*

Jorge Valencia Mora: *¿ Estas condiciones generales, atadas a la póliza que obra en el expediente, aplican al contrato de seguro que nos ocupa? Diga sí o no.*

Jairo Rincón: *Sí.*

Jorge Valencia Mora: *En ese sentido, Doctor. Para efectos de este contrato de seguro, ¿ el contrato garantizado mencionado en el numeral 1.3 de esas condiciones generales hace referencia, para efectos de este proceso, al contrato de operación conjunta? ¿ Sí o no?*

Jairo Rincón: *Sí."*

20. Finalmente, queremos resaltar al Honorable Tribunal el hecho de que la demandada, Mapfre Seguros Generales, de manera completamente injustificada se abstuvo de exhibir documentos que estaban en su poder y cuya exhibición fue solicitada por mi representada y decretada por el juez de conocimiento. Todo ello a pesar de que tuvo pleno conocimiento, antes de celebrarse la audiencia de instrucción y juzgamiento, de la existencia de documentos no exhibidos injustificadamente y, a pesar de tener la oportunidad de corregir su renuencia, no lo hizo. Esto también lo confesó Mapfre durante el interrogatorio de parte³³:

Jorge Valencia Mora: *Por favor indíqueme al despacho, Doctor Rincón, si Mapfre recibió de PASAR una comunicación de fecha 12 de mayo de 2017, mencionada en el párrafo 38 de la comunicación del 11 de abril de 2018 de PASAR, que fue aportada por Mapfre en la exhibición de documentos a folio 1127.*

Jairo Rincón: *Sí.*

Jorge Valencia Mora: *Indíqueme al despacho por qué Mapfre no entregó copia de la comunicación de 12 de mayo de 2017 enviada por PASAR a Mapfre como parte de la exhibición de documentos.*

Jairo Rincón: *Doctor, la compañía remitió lo que Indemnizaciones envió. Pero si usted la tiene en su poder y eventualmente, como yo puedo confesar lo que eventualmente me indique, pregúnteme y yo le contesto.*

Jueza: *Por favor, él le está haciendo una pregunta, usted se limita a responderla. Si el desea preguntar algo más, Doctor, usted responde.*

Jairo Rincón: *Perfecto, doctora.*

Jueza: *No me parece que sea respetuoso la afirmación que usted acaba de realizar "pregúntemelo usted". Estamos en un ejercicio de un interrogatorio de*

³³ Grabación audiencia minuto 51:12 a 54:33.

parte. Entonces les pido por favor compostura y tolerancia para llevar a cabo, para llevar adelante, este trámite. Llamo la atención entonces. Listo. Indica. Continúe doctor, séptima pregunta.

Jorge Valencia Mora: Doctor Rincón, durante la vigencia de la póliza que nos ocupa expedida por Mapfre, ¿intercambiaron correos electrónicos el asegurado PASAR y la aseguradora Mapfre en relación con el contrato de operación conjunta?

Jairo Rincón: Sí.

Jorge Valencia Mora: Doctor Rincón, ¿por qué no hizo entrega Mapfre de ningún correo electrónico durante la exhibición de documentos a pesar de haber sido solicitado así por TNT?

Jairo Rincón: La compañía en Indemnizaciones no nos remitió esa documentación, aunque fue requerida, conforme se le indicó al despacho.

Jorge Valencia Mora: Doctor Rincón, si conoce de los correos electrónicos con posterioridad a la etapa de exhibición de documentos, ¿por qué no los aportó al despacho?

Jairo Rincón: Yo no conozco esos correos.

Jorge Valencia Mora: ¿Cómo conoce entonces que se enviaron correos entre las partes? Según le acabo de preguntar.

Jairo Rincón: ¿Después de la exhibición? Entonces no entendí la pregunta. Yo pensé que era general en relación con esos correos.

Jorge Valencia Mora: General, Doctor.

Jairo Rincón: Pero después de la exhibición de documentos no tengo información de correos cruzados.

Jorge Valencia Mora: No, señor.

Jueza: Doctor, si le estaba pidiendo algo de exhibición es antes de la exhibición. Era para que usted exhibiera el [___] [53:55]. O sea, antes [___] [53:56].

Jairo Rincón: Después de la exhibición, no.

Jorge Valencia Mora: No, ¿por qué no aportó los correos que conoció? Me acaba de decir "indemnizaciones no me los entregó, pero ahora sí los conozco". ¿Por qué no los entregó al despacho?

Jairo Rincón: Después de la exhibición, no tengo ninguna información de correos.

Jorge Valencia Mora: Por los correos que acaba de mencionar que sí se intercambiaron entre las partes, me acaba de contestar que sí se cruzaron correos entre las partes. ¿Por qué al conocer de esa circunstancia no aportó esos correos al expediente?

Jairo Rincón: Indemnizaciones no remitió esa información.

4 Solicitud

21. De acuerdo con lo anteriormente expuesto y en vista de los evidentes yerros en los que incurrió el juez de primera instancia, solicito que la sentencia de primera instancia sea revocada en

su integridad y, en su lugar, se acceda a las pretensiones planteadas por TNT en su demanda.

Atentamente,



- Cristina Mejía Rivas

C.C. No. 52.867.966 de Bogotá

T.P. No. 161.427 del C. S. de la J.

Magistrada Ruth Elena Galvis Vergara
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil
Vía correo electrónico

Ref.: Proceso verbal de mayor cuantía
Demandante: TNT USA LLC
Demandado: Mapfre Seguros Generales de Colombia
Rad.: 2019-00307-01
Asunto: **Sustentación recurso de apelación**

Cristina Mejía Rivas, identificada como aparece al pie de mi firma, actuando en mi calidad de apoderada judicial sustituta de TNT USA LLC ("**TNT**"), como obra en el expediente, sustentó el recurso de apelación en contra de la sentencia escrita proferida por la Juez 36 Civil del Circuito de Bogotá el 23 de marzo de 2021 y notificada por estado el 24 de marzo del mismo año. La presente sustentación del recurso de apelación se presenta dentro del término concedido por el H. Tribunal mediante auto del 29 de julio de 2021, notificado el 30 del mismo mes y año, para que se revoque en su integridad la sentencia de la Juez 36 Civil del Circuito de Bogotá y, en su lugar, se acceda a las pretensiones de TNT. Lo anterior con fundamento en las siguientes consideraciones:

1 Antecedentes

1. Pasar Express S.A. ("**Pasar**") tomó la póliza de seguro de cumplimiento No. 210231100159 (la "**Póliza**") con Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. ("**Mapfre**"), a favor de TNT¹. El objeto de la Póliza era el siguiente:

*"Garantizar el pago derivado de los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones a cargo del garantizado, originados en virtud de la ejecución del contrato cuyo objeto es: El asociado esta disponible y dispuesto a suscribir contratos para prestación de servicios a TNT principalmente la entrega por parte de TNT de consignaciones expresas internacionales en momentos específicos."*²

El numeral 1.3 de las Condiciones Generales de la Póliza establecía lo siguiente:

"La Aseguradora indemnizará los perjuicios económicos originados por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato garantizado, imputable al contratista"

El contrato asegurado, según se desprende de la Póliza y según fue reconocido por el representante legal de Mapfre³, era el *Joint Operation Agreement* (el "**JOA**")⁴. El monto máximo asegurado por la Póliza es de USD \$250.000.

¹ Prueba documental No. 7 de la demanda.

² Ver folio 269.

³ Ver numeral 34 de este escrito.

⁴ Pruebas documental No. 1 y 2 de la demanda.

2. En virtud del JOA, TNT y Pasar (conjuntamente las "**Partes**") acordaron la prestación mutua de servicios, sujeto a ciertos términos y condiciones. A la terminación del JOA, las Partes acordaron que debían realizar un cruce de cuentas, con ocasión de la prestación mutua de servicios:

5.2 Las partes se presentarán mutuamente una cuenta final de todas las sumas pendientes por Servicios prestados por ellas y el saldo neto pendiente será pagado por la parte que adeude el mayor valor; dentro de los 14 días siguientes al recibo del intercambio de cuentas finales por las partes."⁵ (énfasis agregado).

3. El 24 de abril de 2017, Pasar terminó unilateralmente el JOA sin dar cumplimiento al procedimiento establecido para ello⁶, por lo que las Partes tenían la obligación de presentar los estados de cuenta de la prestación conjunta de servicios regulada por el JOA.
4. Mediante comunicación del 13 de junio de 2018⁷, Pasar reconoció que existía un saldo a favor de TNT por la suma de USD \$295.949, con ocasión de la obligación de cruce de cuentas prevista en la Cláusula 5.2 del contrato JOA. No obstante, a la fecha Pasar no ha pagado suma alguna a TNT.
5. De lo anterior se desprende claramente que:
 - a. Existe una póliza de cumplimiento que cubre los incumplimientos de Pasar al JOA.
 - b. El JOA consagra una obligación de pago, posterior a la realización de un cruce de cuentas a la terminación del JOA.
 - c. El JOA se terminó y Pasar reconoció que existía un saldo a favor de TNT que no ha sido pagado a la fecha.
 - d. Los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de Pasar al JOA equivalen al monto del saldo a favor de TNT de USD \$295.949, más los intereses moratorios a los que haya lugar.
 - e. El monto de los perjuicios causados por el incumplimiento del JOA excede el monto asegurado por Mapfre en la Póliza, equivalente a USD 250.000, por lo que este último es el que se reclama.
6. El 25 de enero de 2018, TNT presentó una reclamación ante Mapfre⁸, solicitando el pago de USD 250.000 a título de siniestro cubierto por la Póliza.
7. El 12 de septiembre de 2018, casi ocho (8) meses después de que TNT radicó la reclamación ante Mapfre, esta última dio respuesta a la reclamación de TNT, negando el pago del siniestro, esto es, de los USD 250.000 que Pasar reconoció adeudar a TNT, como consecuencia de la obligación de cruce de cuentas del JOA.
8. Por lo anterior, TNT presentó demanda verbal contra Mapfre para exigir el pago del siniestro cubierto por la Póliza, esto es, de los USD 250.000 que Pasar reconoció adeudar a TNT, como consecuencia de la obligación de cruce de cuentas del JOA, más los intereses de mora a los que hubiese lugar.

⁵ Pruebas documental No. 1 y 2 de la demanda.

⁶ Prueba documental No. 8 de la demanda.

⁷ Prueba documental No. 9 de la demanda y certificado emitido por el contador de Pasar Express S.A., visible a folio 1222.

⁸ Prueba documental No. 10 de la demanda.

2 La sentencia apelada

12. Mediante la sentencia apelada, proferida por escrito el 23 de marzo de 2021, el Despacho encontró probada la excepción de inexistencia de cobertura de la Póliza y negó las pretensiones de la demanda.
13. Las consideraciones del Despacho para llegar a esa conclusión son confusas y contradictorias y se derivan de un entendimiento por completo errado de la Póliza, sus partes y el riesgo amparado.
14. En efecto, la sentencia afirma de manera completamente equivocada:
 - a. Que la Póliza es de daños y no de responsabilidad,⁹ a pesar de ser claramente rubricada como póliza de cumplimiento¹⁰.
 - b. Que la Póliza al ser "entre particulares" implica que cubre el incumplimiento de "terceros" y no de las partes del JOA¹¹, a pesar de que la Póliza claramente indica lo contrario y que el significado de "entre particulares" significa que no es una póliza a favor de entidad estatal¹². Además, sólo quien es parte de un contrato, o dicho más estrictamente, sólo quien es deudor de una obligación puede incumplir la prestación debida y, por lo tanto, dar lugar a un siniestro bajo la Póliza, por lo que no existen "terceros" que incumplan obligaciones amparadas¹³.
 - c. Que el incumplimiento del JOA no constituye un siniestro porque no se trata de hechos "irresistibles o imprevisibles para las partes" que son los que configuran un siniestro¹⁴, a pesar de que la Póliza ampara el incumplimiento del JOA y, en cambio, no cubre perjuicios derivados de eventos de fuerza mayor a los que parece hacer referencia el juzgador de primera instancia.
 - d. Que TNT no reclama un perjuicio porque "*en sentir de esta falladora ... no es un suceso nacido de la operación mercantil (sic), sino que, es una disputa de derechos entre las mismas partes del Joint Operation Agreement, quienes aceptan un saldo en favor de TNT*"¹⁵. Precisamente la "disputa de derechos" consiste en que Pasar le adeuda a TNT una suma de dinero derivada del JOA que no quiere pagar, a pesar de reconocer que la adeuda y que ello constituye un incumplimiento del JOA.

⁹ Sentencia apelada, pág. 5. "Sobre el seguro de daños, que es el objeto del presente proceso..." (énfasis agregado).

¹⁰ Prueba documental No. 7 de la demanda.

¹¹ Sentencia apelada, págs. 8 y 9. "*En consecuencia, no se trata, primero, de una conducta de un particular...*" y más adelante "*así las cosas se origina una falta de cobertura en la póliza, porque quien pretende el pago de la indemnización, lo hace por una acción o si se quiere omisión, de quien es parte en la relación sustancial de transporte, y no, un particular o llámese tercero conforme a la literalidad del 'seguro'. Precisamente en ese convenio entre TNT y PASAR, es donde nace el contrato de seguro de cumplimiento por cuenta de terceros, aquí particulares, a modo de fianza. Y no solo ello permite comprender y aplicar el espíritu del seguro, sino el mismo clausulado, porque como de él se extrae, ampara las contrataciones de terceros, como por ejemplo, el oferente escogido por no cumplir con la firma del convenio en tiempo o finiquitar la obra en tiempos estipulados.*"

¹² Prueba documental No. 7 de la demanda.: "*Garantizar el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones a cargo del garantizado [Pasar], originados en virtud de la ejecución del contrato [el contrato JOA] ...*" (ver folio 269).

¹³ Código Civil, art 1602, que consagra el principio de relatividad de los contratos en el derecho colombiano.

¹⁴ Sentencia apelada, pág. 10. "*Luego, no se trata de hechos irresistibles o imprevisibles para las partes las que originan la desventaja para una de ellas, característica propia del siniestro, sin o discordias entre los vinculados al interior del contrato de Joint Operation Agreement, donde se han retenido dineros que en efecto, le corresponden a la demandante.*"

¹⁵ Sentencia apelada, pág. 10.

- e. Que la Póliza "ampara las contrataciones de terceros, como por ejemplo, el oferente escogido por no cumplir con la firma del convenio en tiempo o finalizar la obra en tiempos estipulados"¹⁶ siendo que la Póliza ampara el incumplimiento de Pasar frente a TNT del JOA¹⁷, según consta en la Póliza, y que por eso mismo TNT es beneficiario de dicha póliza y Pasar figura como asegurado.
- f. Que Pasar tiene un derecho legal de retención que implica que no existe incumplimiento del JOA¹⁸, a pesar de que ese derecho no existe en el JOA y sólo aplicaría si este JOA se considerara un contrato de agencia mercantil bajo ley colombiana, cosa que no establece el JOA, que no ha sido reconocida por TNT, ni por ninguna autoridad judicial ni arbitral, y que la sentencia anuncia sin ninguna consideración y sin citar ninguna prueba, dando por hecho que es así y, por lo tanto, omitiendo su labor esencial de juzgar.

15. Como se extrae del resumen del sustento de la sentencia apelada, el único fundamento de la decisión que no es clara y expresamente contradicho por el texto literal de la Póliza, es la existencia del supuesto derecho de retención de Pasar. Por lo tanto, en el siguiente capítulo nos ocupamos, primero, de desvirtuar la existencia de un derecho de retención y, segundo, demostraremos que la Póliza sí ampara incumplimientos del JOA por parte de Pasar y que el siniestro reclamado sí constituye un incumplimiento de Pasar del JOA.

3 Motivos para revocar la sentencia apelada

3.1 Primer motivo para revocar la sentencia: en el proceso no se probó que el derecho de retención de Pasar fuera legal

16. La prueba del siniestro de una póliza de cumplimiento, como aquella que da origen a esta controversia, puede ser judicial o extrajudicial. Así lo establece claramente el artículo 1080 del Código de Comercio:

*"El asegurador estará obligado a efectuar el pago del siniestro dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, **aun extrajudicialmente**, su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077. Vencido este plazo, el asegurador reconocerá y pagará al asegurado o beneficiario, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, un interés moratorio igual al certificado como bancario corriente por la Superintendencia Bancaria aumentado en la mitad.*

El contrato de reaseguro no varía el contrato de seguro celebrado entre tomador y asegurador, y la oportunidad en el pago de éste, en caso de siniestro, no podrá diferirse a pretexto del reaseguro" (énfasis agregado).

¹⁶ Sentencia apelada, pág. 9.

¹⁷ Prueba documental No. 7 de la demanda.

¹⁸ Sentencia apelada, pág. 10. "para esta sede judicial, la póliza presentada cubre el daño de terceros, o inclusive las partes, pero por el curso de la operación. Aquí es evidente, que no existe perjuicio alguno en la operación, sino que, la disputa nace del no pago de facturas, que si bien constituyen un perjuicio económico, no puede ser entendido como un siniestro, en la medida que la deuda ha sido reconocida y retenida por PASAR EXPRESS." Y más adelante: "Ello implica, que la retención al ser legal, desvanece la esencia del siniestro, porque existe en su favor el derecho económico ... Quiere decir ello, que al existir ese derecho de retención, una vez definida la discordia entre las partes, se subsana la mora crediticia, la cual se insiste, no constituye un perjuicio, en sentir de esta falladora, porque no es un suceso nacido de la operación mercantil (sic), sino que, es una disputa de derechos(...)".

17. Sobre este punto, la Corte Suprema de Justicia ha sido clara en indicar que el pago del siniestro no puede ser negado, so pretexto de que el mismo depende de una decisión judicial (v. gr. que determina si un derecho de retención es legal o no). La Corte se pronunció de la siguiente manera:

"En síntesis, no se equivocó el Tribunal en la aplicación de las normas de derecho sustancial que definían esta puntual discusión, como quiera que, efectivamente, para la demostración del incumplimiento del contrato de suministro por parte de la sociedad "afianzada", no podía exigirse – como se imponía en la cláusula 13 de las condiciones generales de contratación del seguro-, una prueba específica o tasada ex ante, particularmente la sentencia judicial ejecutoriada que así lo declarase, habida cuenta que la norma inmersa en el artículo 1080 del Código de Comercio, aún en la versión vigente para el momento de los hechos, también habilitaba la acreditación del derecho en forma extrajudicial, previsión ésta que no podía ser modificada, se reitera, sino en beneficio del asegurado o del beneficiario (art. 1162), razón por la cual un sector de la doctrina la ha catalogado como "semimperativa", dada la posibilidad de modificarla únicamente en favor de los prenotados sujetos, lo que de plano excluye una alteración llamada a menoscabar sus intereses" ¹⁹ (énfasis agregado).

18. En la sentencia apelada, el Despacho concluyó (sin citar ninguna prueba ni explicar con fundamento en qué llegó a esta conclusión) que no existía siniestro porque Pasar ejerció legalmente su derecho de retención. Sin embargo, durante el proceso no se probó que el derecho de retención fue legal y, antes bien, el JOA demuestra que no lo es.
19. En el caso en concreto, el Despacho debía determinar si el derecho de retención ejercido por Pasar sobre los dineros que le adeuda a TNT fue legal, para así determinar si existió un siniestro cubierto por la Póliza. No es necesario esperar otra decisión jurisdiccional sobre el particular, como se desprende de las normas anteriormente citadas.
20. Sin embargo, el Despacho debía tomar una decisión sobre la legalidad del derecho de retención basado en lo que se probó durante el proceso. Como se explicará, para que el derecho de retención fuera legal se debía probar que el contrato JOA era uno de agencia comercial. Mapfre no probó que este era el caso (de hecho, no aportó ninguna prueba sobre el particular, ni planteó ningún argumento al respecto).
21. Además, es suficientemente claro que el contrato JOA no es un contrato de agencia comercial, por lo que el derecho de retención ejercido por Pasar es ilegal y existe un siniestro cubierto por la Póliza.

3.1.1 Sobre los presupuestos necesarios para que el derecho de retención ejercido por Pasar sea legal

22. "El derecho de retención procede únicamente en dos situaciones, a saber: cuando hay una disposición legal expresa que lo autoriza o retención de origen legal o cuando existe acuerdo de las partes, conocida como retención voluntaria o convencional"²⁰. Por tal motivo la Corte Suprema ha dicho claramente que "...el derecho de retención es

¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 2 de febrero de 2001, Exp.: 5670., M.P.: Carlos Ignacio Jaramillo.

²⁰ Castro de Cifuentes, M. (2012). "El derecho de retención". En: *Derecho de las obligaciones*. T. II., V.I. (Marcela Castro Coord.). Bogotá: Editorial Temis y Ediciones Uniandes. (pg. 572).

excepcional (art. 2417, inc. 2º, C.C.) y que, por lo tanto, su ejercicio sólo procede en los supuestos expresamente previstos por la ley, sin que haya lugar a aplicaciones analógicas o extensivas...²¹ (énfasis agregado).

23. En el caso en concreto, el JOA no contenía disposición alguna que autorizara la retención de dineros por la Partes. De ahí que Pasar haya justificado la retención de los dineros adeudados a TNT, a partir de la supuesta calificación del contrato JOA como un contrato de agencia comercial, en los que el derecho de retención está consagrado legalmente²²:

"Con fundamento en lo previsto en el artículo 1326 del Código de Comercio [aquel que prevé el derecho de retención en los contratos de agencia comercial], Pasar Express ejercerá la retención de todos los valores adeudados a la fecha de la presente comunicación a TNT a buena cuenta de la indemnización equitativa prevista en los artículos 1324 y 1327 del Código de Comercio."²³.

24. Por lo tanto, la única manera en que el derecho de retención sea calificado como legal, es determinando que el contrato JOA es un contrato de agencia mercantil. Sin embargo, en ningún momento durante el trámite del proceso se probó que el contrato JOA fuera uno de agencia comercial (que no lo es). De ahí el primer error fundamental de la sentencia apelada cuando afirma:

"No obstante, si a la fecha no se ha estipulado el pago, ello corresponde a un derecho de retención ejercido por PASAR EXPRESS en virtud de un cruce de cuentas. Derecho de retención, que resulta legal al interior del ordenamiento jurídico." (énfasis agregado).

25. Tan no se probó que el contrato JOA fuera de agencia comercial (que no lo es), que la misma Juez 36 Civil del Circuito de Bogotá, durante la audiencia de instrucción y juzgamiento, indicó que la determinación de si el JOA era o no un contrato de agencia comercial no era objeto del proceso²⁴:

"Jorge Valencia Mora: Por favor indíqueme al despacho si a Mapfre le consta que el Contrato de Operación Conjunta "JOA" es un contrato de agencia comercial, sí o no.

Jueza: Doctor, eso no corresponde a este proceso.

Jorge Valencia Mora: Doctora, con todo respeto la excepción principal de Mapfre es que el contrato JOA es de agencia comercial y, por lo tanto, Pasar tiene la facultad de retener el dinero.

Jueza: No es objeto de este proceso. Aquí se está cobrando es una indemnización en razón de un siniestro ocurrido frente a una póliza. Preguntemos solamente eso. Eso que usted está preguntando no lo puede aquí confesar, no lo puedo permitir. Nada tiene que ver si es agencia, si no es

²¹ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 6 de abril de 2011, Rad.: 11001-3103-001-1985-00134-01, M.P.: Arturo Solarte Rodríguez.

²² Artículo 1326 del Código de Comercio: " El agente tendrá los derechos de retención y privilegio sobre los bienes o valores del empresario que se hallen en su poder o a su disposición hasta que se cancele el valor de la indemnización y hasta el monto de dicha indemnización."

²³ Prueba documental No. 7 de la demanda. Carta de terminación unilateral enviada por Pasar a TNT el 24 de abril de 2017.

²⁴ Grabación audiencia minuto 54:35 a 55:38.

agencia, para poder cobrar el siniestro. Aquí hablamos del siniestro y de la ejecución precisa del contrato no de la calificación del contrato.” (énfasis agregado).

26. Pese a lo anterior, la Juez 36 Civil del Circuito de Bogotá calificó el JOA como un contrato de agencia comercial, toda vez que en la sentencia del 23 de marzo de 2021 declaró un supuesto derecho de retención en cabeza de Pasar, el cual únicamente podría derivarse de la determinación del JOA como un contrato de agencia mercantil. En este sentido, es claro que la juez *a quo* incurrió en un grave yerro en la fundamentación de la sentencia de primera instancia.

3.1.2 El contrato JOA no es un contrato de agencia comercial

27. El contrato de agencia comercial está regulado en los artículos 1317 y ss. del Código de Comercio. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, uno de los requisitos indispensables para que un contrato sea de agencia comercial, es la actuación por cuenta ajena del agente. Este requisito implica que el éxito o fracaso del agente repercuta sobre el patrimonio del agenciado²⁵.
28. De las disposiciones del contrato JOA es claro que no existe una actuación por cuenta ajena de quien sería el supuesto agente (*v. gr.* Pasar). El JOA tenía como objeto la prestación mutua de servicios, descrito en los Anexos 1 y 2 del contrato²⁶. Entre estos servicios, Pasar debía prestar el servicio de transporte y entrega de encomiendas internacionales que clientes de TNT enviaran a Colombia. Dicho de manera sencilla, Pasar estaba encargado de entregar aquellos paquetes cuyo envío ya había sido contratado a TNT. No existía, por tanto, riesgo en cabeza de TNT, pues su servicio ya se había prestado. Pasar no tenía mandato alguno para cerrar negocios por cuenta de TNT, solo debía entregar la encomienda ya paga a TNT, por lo que no se cumple el requisito de una actuación por cuenta ajena.
29. Por lo demás, el Tribunal podrá constatar que el JOA no es un contrato de agencia mercantil por la sencilla razón de que ambas partes se prestan servicios recíprocos y de la misma naturaleza (transporte de carga y encomiendas por courier) y, por lo tanto, ambas partes tendrían que ser simultáneamente agentes y agenciados la una de la otra, lo que, por supuesto, no tiene ningún sentido. En efecto, TNT le prestaba a Pasar idéntico servicio al prestado por Pasar, consistente en la entrega en el exterior de encomiendas internacionales originadas en Colombia por los clientes de Pasar. Ni TNT ni Pasar celebraban negocios por cuenta de la otra, ni ejercían un mandato, ni realizaban actividades diferentes a prestarse recíprocamente servicios de transporte y entrega de encomiendas internacionales.
30. En consecuencia, la retención de los dineros adeudados por Pasar a TNT fue ilegítima y existe un siniestro amparado por la Póliza, consistente en las sumas adeudadas y retenidas ilegalmente por Pasar, cuyo monto fue expresamente aceptado por Pasar²⁷.

3.2 Segundo motivo para revocar la sentencia: la obligación incumplida y amparada por la Póliza no nace de las facturas, sino del JOA que es el contrato amparado

31. Al parecer uno de los fundamentos por los cuales el Despacho decidió negar las pretensiones de la demanda fue por considerar que la obligación cuyo pago reclama TNT proviene de las facturas, contentivas de las sumas debidas por Pasar a TNT, y que

²⁵ Corte Suprema de Justicia, Sentencia SC4858-2020 del 7 de diciembre de 2020. M.P.: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

²⁶ Pruebas documental No. 1 y 2 de la demanda.

²⁷ Prueba documental No. 9 de la demanda y certificado emitido por el contador de Pasar, visible a folio 1222.

supuestamente no estarían cubiertas por la Póliza. Valga aclarar que la obligación reclamada por TNT proviene del contrato JOA y que las facturas son simplemente un medio de cobro de dicha obligación.

32. Según se explicó en los Antecedentes de este escrito, Pasar y TNT suscribieron el contrato JOA, cuyo objeto fue la prestación mutua de servicios²⁸. La Cláusula 5.2 del JOA establecía la obligación de las Partes de cruzar cuentas al finalizar la ejecución del JOA, para determinar si existía un saldo a favor de una de las Partes con ocasión de la prestación mutua de servicios:

*“5.2 Las partes se presentarán mutuamente una cuenta final de todas las sumas pendientes por Servicios prestados por ellas y el saldo neto pendiente será pagado por la parte que adeude el mayor valor, dentro de los 14 días siguientes al recibo del intercambio de cuentas finales por las partes”*²⁹ (énfasis agregado).

16. Las facturas a las que se refiere el Despacho en la sentencia apelada fueron expedidas con ocasión de esta prestación mutua de servicios. Es decir, tales facturas emanan directamente de la ejecución de obligaciones del contrato amparado, esto es, el JOA. En ese sentido, las facturas son una prueba y un medio de cobro de la obligación del JOA que TNT reclama, no su fuente. Dicho de otro modo, Pasar le adeuda USD 295.949 a TNT por virtud del JOA y derivado de su ejecución, es decir, como contraprestación por los servicios prestados por TNT a Pasar en ejecución del JOA. Tan es así, que el apoderado de Mapfre confesó este hecho durante el interrogatorio de parte de la audiencia de instrucción y juzgamiento³⁰:

“Jorge Valencia Mora: Por favor indíqueme al despacho si en ausencia de la celebración y ejecución del Contrato de Operación Conjunta “JOA” Pasar le adeudaría la suma reclamada a TNT en este proceso.

Jairo Rincón: Doctor, no existiría porque si no hay contrato no habría facturas, si no habría facturas no habría obligaciones de pago (...)”

17. Adicionalmente, Pasar reconoció expresamente adeudar a TNT, derivado de la ejecución del JOA, la suma mencionada de USD 295.949. En efecto, mediante correo electrónico del 13 de junio de 2018, Pasar reconoció que existía un saldo a favor de TNT de USD 295.949, con ocasión del cruce de cuentas final del JOA, previsto en la Cláusula 5.2 del mismo³¹.
18. Por lo tanto: (i) existe una obligación que proviene del contrato amparado, a saber, el saldo del cruce de cuentas previsto en la Cláusula 5.2 del JOA; y (ii) el saldo de dicha obligación fue expresamente reconocido por el deudor, Pasar. A la fecha, Pasar no ha pagado la suma que acepta adeudar a TNT, con ocasión del JOA, por lo que existe un siniestro cubierto por la Póliza.
19. De hecho, durante el interrogatorio de parte Mapfre confesó que el JOA es el contrato amparado bajo la Póliza y, por lo tanto, el incumplimiento del JOA constituye un siniestro bajo la Póliza³²:

“Jorge Valencia Mora: Sí. El numeral 1.3 de las condiciones generales de la póliza que indica: “La aseguradora indemnizará los perjuicios económicos originados por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato garantizado imputable al contratista”. Diga cómo es cierto, sí o no, que el

²⁸ Pruebas documental No. 1 y 2 de la demanda.

²⁹ Pruebas documental No. 1 y 2 de la demanda.

³⁰ Grabación audiencia minuto 56:25 a 56:48.

³¹ Prueba documental No. 9 de la demanda y certificado emitido por el contador de Pasar, visible a folio 1222.

³² Grabación audiencia minuto 50:00 a 51:10.

contrato mencionado en esas condiciones generales se refiere al contrato de operación conjunta, JOA por sus siglas en inglés, celebrado entre PASAR y TNT.

Jairo Rincón: *No es cierto como usted me lo pregunta, porque estas son las condiciones generales de todos los contratos.*

Jorge Valencia Mora: *Doctor, aclaro la pregunta, entonces.*

Jairo Rincón: *¿ Otra pregunta me va a hacer?*

Jorge Valencia Mora: *Otra pregunta.*

Jairo Rincón: *Perfecto. Listo.*

Jorge Valencia Mora: *¿ Estas condiciones generales, atadas a la póliza que obra en el expediente, aplican al contrato de seguro que nos ocupa? Diga sí o no.*

Jairo Rincón: *Sí.*

Jorge Valencia Mora: *En ese sentido, Doctor. Para efectos de este contrato de seguro, ¿ el contrato garantizado mencionado en el numeral 1.3 de esas condiciones generales hace referencia, para efectos de este proceso, al contrato de operación conjunta? ¿ Sí o no?*

Jairo Rincón: *Sí."*

20. Finalmente, queremos resaltar al Honorable Tribunal el hecho de que la demandada, Mapfre Seguros Generales, de manera completamente injustificada se abstuvo de exhibir documentos que estaban en su poder y cuya exhibición fue solicitada por mi representada y decretada por el juez de conocimiento. Todo ello a pesar de que tuvo pleno conocimiento, antes de celebrarse la audiencia de instrucción y juzgamiento, de la existencia de documentos no exhibidos injustificadamente y, a pesar de tener la oportunidad de corregir su renuencia, no lo hizo. Esto también lo confesó Mapfre durante el interrogatorio de parte³³:

Jorge Valencia Mora: *Por favor indíqueme al despacho, Doctor Rincón, si Mapfre recibió de PASAR una comunicación de fecha 12 de mayo de 2017, mencionada en el párrafo 38 de la comunicación del 11 de abril de 2018 de PASAR, que fue aportada por Mapfre en la exhibición de documentos a folio 1127.*

Jairo Rincón: *Sí.*

Jorge Valencia Mora: *Indíqueme al despacho por qué Mapfre no entregó copia de la comunicación de 12 de mayo de 2017 enviada por PASAR a Mapfre como parte de la exhibición de documentos.*

Jairo Rincón: *Doctor, la compañía remitió lo que Indemnizaciones envió. Pero si usted la tiene en su poder y eventualmente, como yo puedo confesar lo que eventualmente me indique, pregúnteme y yo le contesto.*

Jueza: *Por favor, él le está haciendo una pregunta, usted se limita a responderla. Si el desea preguntar algo más, Doctor, usted responde.*

Jairo Rincón: *Perfecto, doctora.*

Jueza: *No me parece que sea respetuoso la afirmación que usted acaba de realizar "pregúntemelo usted". Estamos en un ejercicio de un interrogatorio de*

³³ Grabación audiencia minuto 51:12 a 54:33.

parte. Entonces les pido por favor compostura y tolerancia para llevar a cabo, para llevar adelante, este trámite. Llamo la atención entonces. Listo. Indica. Continúe doctor, séptima pregunta.

Jorge Valencia Mora: Doctor Rincón, durante la vigencia de la póliza que nos ocupa expedida por Mapfre, ¿intercambiaron correos electrónicos el asegurado PASAR y la aseguradora Mapfre en relación con el contrato de operación conjunta?

Jairo Rincón: Sí.

Jorge Valencia Mora: Doctor Rincón, ¿por qué no hizo entrega Mapfre de ningún correo electrónico durante la exhibición de documentos a pesar de haber sido solicitado así por TNT?

Jairo Rincón: La compañía en Indemnizaciones no nos remitió esa documentación, aunque fue requerida, conforme se le indicó al despacho.

Jorge Valencia Mora: Doctor Rincón, si conoce de los correos electrónicos con posterioridad a la etapa de exhibición de documentos, ¿por qué no los aportó al despacho?

Jairo Rincón: Yo no conozco esos correos.

Jorge Valencia Mora: ¿Cómo conoce entonces que se enviaron correos entre las partes? Según le acabo de preguntar.

Jairo Rincón: ¿Después de la exhibición? Entonces no entendí la pregunta. Yo pensé que era general en relación con esos correos.

Jorge Valencia Mora: General, Doctor.

Jairo Rincón: Pero después de la exhibición de documentos no tengo información de correos cruzados.

Jorge Valencia Mora: No, señor.

Jueza: Doctor, si le estaba pidiendo algo de exhibición es antes de la exhibición. Era para que usted exhibiera el [___] [53:55]. O sea, antes [___] [53:56].

Jairo Rincón: Después de la exhibición, no.

Jorge Valencia Mora: No, ¿por qué no aportó los correos que conoció? Me acaba de decir "indemnizaciones no me los entregó, pero ahora sí los conozco". ¿Por qué no los entregó al despacho?

Jairo Rincón: Después de la exhibición, no tengo ninguna información de correos.

Jorge Valencia Mora: Por los correos que acaba de mencionar que sí se intercambiaron entre las partes, me acaba de contestar que sí se cruzaron correos entre las partes. ¿Por qué al conocer de esa circunstancia no aportó esos correos al expediente?

Jairo Rincón: Indemnizaciones no remitió esa información.

4 Solicitud

21. De acuerdo con lo anteriormente expuesto y en vista de los evidentes yerros en los que incurrió el juez de primera instancia, solicito que la sentencia de primera instancia sea revocada en

su integridad y, en su lugar, se acceda a las pretensiones planteadas por TNT en su demanda.

Atentamente,



- Cristina Mejía Rivas
C.C. No. 52.867.966 de Bogotá
T.P. No. 161.427 del C. S. de la J.

Bogotá, 2 de agosto de 2021.

Honorable Magistrado.

OSCAR YAYA PEÑA.

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ- SALA CIVIL.

CORREO

SECSTRIBSUPBTA2@CENDOJ.RAMAJUDICIAL.GOV.CO

SECSTRIBSUPBTA@CENDOJ.RAMAJUDICIAL.GOV.CO

ELECTRÓNICO:

Y

E.

S.

D.

REFERENCIA: PROCESO EJECUTIVO.

DEMANDANTE: HERUIN GERLEY GAMA RODRÍGUEZ.

DEMANDADO: RAFAEL ANDRÉS MORE JARAMILLO Y OTRO.

RADICADO: 110110013103037201900102 00.

ASUNTO: SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN.

JENSY OSORIO PORRAS, identificada con la Cédula de Ciudadanía número 1.020.724.243 de Bogotá D.C y Tarjeta Profesional número 216.265 del Consejo Superior de la Judicatura; actuando como Apoderada del señor **RAFAEL ANDRÉS MORE JARAMILLO**, me permito **SUSTENTAR LA APELACIÓN** en contra de la **SENTENCIA ADIADA EL 7 DE MAYO DE 2021.**

I. REPAROS EN CONTRA DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Los reparos en contra de la decisión proferida en primera instancia, los cuales se desarrollarán al momento de sustentar el recurso ante el superior, son los siguientes:

1. NO HABER DECRETADO LA NULIDAD ABSOLUTA DEL PAGARÉ POT CAUSA Y OBJETO ILÍCITO.

En el presente caso, se reprocha la decisión de no haber dado aplicación al artículo 282 del Código General del Proceso, que indica que “*En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia*” respecto de la **NULIDAD ABSOLUTA** por **CAUSA Y OBJETO ILÍCITO** del **PAGARÉ**, al basarse sus valores en cobro de intereses superiores a la tasa máxima permitida por la Ley, pues se probó que el pagaré fue suscrito con ocasión a una deuda anterior en la que el señor **DEMANDANTE** se lucró con intereses que pueden ser calificados como de usura, a dicha conclusión inexorable, habría llegado el Juez si hubiera valorado las **DECLARACIONES DE PARTE DE IVAN CHILITO** y de **RAFAEL MORÉ**, quienes dieron fe de la situación de usura que se había presentado de manera previa y como causa de suscripción del pagaré, por lo cual el pagaré y su negocio causal se encuentran viciados por nulidad absoluta.

En cuanto a la valoración de las **DECLARACIONES DE**, téngase en cuenta la reciente posición del Tribunal Superior de Bogotá- Sala Civil, en el siguiente sentido:

Barranquilla Cra. 56 N° 74 - 179 • El Prado. PBX: (+57) 5 360 56 66

Bogotá Cra. 13 N° 82 - 91 Pisos 3, 4, 5 y 6 • Lawyers Center - Zona T. PBX: (+57) 1 636 36 79

Medellín Cra. 48 a N° 16 Sur - 86 oficina 902 • Plex Corporativo - La Aguacatala. PBX: (+57) 4 590 46 36

Miami 268 Alhambra Circle - FL 33134 • Coral Gables. PBX: (+1) 786 866 91 55

“Pero el código General del Proceso, a diferencia de su antecesor, si le permite a las partes rendir su versión de los hechos, con dos características centrales: la primera, que la declaración puede ser pedida por ella misma y para beneficio propio, y la segunda, que debe ser valorada como cualquiera otro medio probatorio, por eso el art. 165, al enunciar los medios de prueba, distinguió entre la declaración de parte y la confesión; por eso el inciso final del artículo 191 puntualizo que “La simple declaración de parte se valorará por el juez de acuerdo con las reglas generales de apreciación de las pruebas”, y por eso, el artículo 198, relativo a la solicitud de interrogatorio, elimino la expresión “citación de la contraria”, para precisar que “El juez podrá, de oficio o a solicitud de parte, ordenar la citación de las partes a fin de interrogarlas sobre los hechos relacionados con el proceso”, Con estas disposiciones se le abre paso por fin al saber de las partes, sin miramiento alguno.”¹

En este caso entonces, sin importar si de las **DECLARACIONES DE LOS DEMANDADOS** existieren confesiones, lo cierto es que lo que declararon, sin importar quién fue el interrogador, **DEBE SER VALORADO COMO PRUEBA** y, en el presente caso, las declaraciones de ambas son **COINCIDENTES Y CONCURRENTES** en que el **PAGARÉ** fue diligenciado para legalizar un **PRESTAMO DE USURA ANTERIOR**, lo cual hace que exista causa ilícita en el mismo.

2. HABER INVOCADO Y APLICADO ERRÓNEAMENTE EL ARTÍCULO 225 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO.

El Despacho invocó y fundamentó su Sentencia con invocación improcedente al inciso primero del artículo 225 del Código General del Proceso que prevé que **“Artículo 225. Limitación de la eficacia del testimonio. La prueba de testigos no podrá suplir el escrito que la ley exija como solemnidad para la existencia o validez de un acto o contrato.”** El Juez citó de manera expresa esta expresión, cuando en el presente caso, no estamos ante un contrato de compraventa de inmuebles, que requiera escritura pública para su prueba, sino del pago de una mercancía y de asuntos dinerarios, los cuales **NO ESTÁN SUJETAS A UNA TARIFA LEGAL PROBATORIA** y por tanto pueden probarse por cualesquiera medios permitidos por la Ley.

Así las cosas, al no existir una **TARIFA LEGAL PARA UN “ACTO O CONTRATO”** como en este caso es el **PAGO**, la Sentencia yerra en la invocación del inciso primero del artículo 225 del C.G.P para negar las pretensiones ya que el pago se puede acreditar a través de cualquier medio probatorio.

Ahora bien, el Despacho aplicó erróneamente el inciso segundo del artículo 225 del Código General del Proceso que prevé que **“Cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión.”** **A)** Lo anterior por cuanto en primer lugar no se está hablando de obligaciones surgidas en

¹Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil. Auto del 16 de mayo de 2017. Radicado 2011-498-02

contrato o convención, sino de un documento unilateral como lo es un pagaré, por lo cual el indicio de inexistencia frente al pago, no es aplicable al presente caso **PUES NO SE TRATA DE UN “PACTO O CONVENCIÓN”** como lo sería el negocio subyacente a la suscripción del pagaré, el cual, como se explicó, goza de causa ilícita por encubrir un **PRESTAMO USURARIO B)** En segundo lugar, por cuanto, aún de ser aplicable debe tenerse en cuenta que sí existen principios de prueba por escrito del mencionado **PAGO**, pues en el plenario obran documentos, incluso aportados por la misma demandante, que prueban la **ENTREGA DE LA MERCANCÍA**, la cual se acreditó dentro del proceso fue entregada como pago, a **TRAVÉS DE TESTIMONIOS Y DECLARACIONES DE PARTE C)** En tercer lugar, por cuanto aún de suponer la inexistencia de un principio de prueba por escrito, lo cual se niega, ello se debió a la confianza existente, en ese entonces entre las partes, lo cual justifica la informalidad con la que actuaban por **HABER TENIDO ENTONCES RELACIONES INFORMALES DE CAMARADERÍA Y AMISTAD**, aunado a la personalidad de las mismas, circunstancias que no fueron valoradas por el Juez. **D)** Por cuanto el señor Juez dio un alcance distinto al artículo de que en realidad tiene, en efecto pareciera que le diera alcance a la norma de una **PRESUNCIÓN DE DERECHO O UNA PRESUNCIÓN LEGAL**, cuando ciertamente tan solo se trata de un indicio, que para su valoración, no se dio cumplimiento o aplicación al artículo 242 del Código General del Proceso que prevé que *“El juez apreciará los indicios en conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso.”* Aquí el Juez de Primera Instancia se negó a realizar una valoración conjunta tanto de los indicios, como de todas las pruebas en general y se apegó al texto normativo del artículo 225 de manera inadecuada, pues no existió valoración conjunta de indicios al momento de proferir Sentencia y se dejaron de valorar adecuadamente las pruebas.

Por lo anterior, **SE APLICÓ INDEBIDAMENTE UN INDICIO EN CONTRA DE MIS PODERDANTES QUE NO DEBIÓ APLICARSE, POR CUANTO LA NORMA NO OPERABA EN EL PRESENTE CASO** y aún de haberse realizado, ello solamente generaría un **INDICIO DE INEXISTENCIA, MÁS NO UNA PRESUNCIÓN DE LA MISMA**, indicio que en todo caso debía ser valorado junto con otros indicios, para empezar, pero sobretodo, con los demás medios de prueba como las **DECLARACIONES DE TERCEROS Y LAS DECLARACIONES DE PARTE**, como veremos a continuación.

3. INDEBIDA VALORACIÓN PROBATORIA PARA LA EXISTENCIA DE UNA DACIÓN EN PAGO.

En el presente caso Honorables Magistrados, no se valoraron adecuadamente todos los testimonios, tanto de la parte demandante como demandada, con los cuales se acreditaba que **EXISTIÓ ENTREGA DE LA MERCANCÍA**; que dicha **MERCANCÍA** fue entregada para la extinción la obligación; que el valor de la mercancía superaba los \$300.000.000 COP; lo anterior, al parecer, se realizó por el *A Quo* al deducir la ineficacia de los testimonios en virtud de la aplicación incorrecta del artículo 225 del CGP.

Barranquilla Cra. 56 N° 74 - 179 • El Prado. PBX: (+57) 5 360 56 66

Bogotá Cra. 13 N° 82 - 91 Pisos 3, 4, 5 y 6 • Lawyers Center - Zona T. PBX: (+57) 1 636 36 79

Medellín Cra. 48 a N° 16 Sur - 86 oficina 902 • Plex Corporativo - La Aguacatala. PBX: (+57) 4 590 46 36

Miami 268 Alhambra Circle - FL 33134 • Coral Gables. PBX: (+1) 786 866 91 55

Así mismo, no se dio aplicación al artículo 176 del Código General del Proceso, en el sentido en que la valoración realizada por el Juez, no fue realizada en conjunto, y en este caso, los testimonios vertidos en el proceso; aunado a las declaraciones de parte y los documentos allegados en el proceso, se deducía que la mercancía fue entregada para extinguir el pagaré báculo del presente proceso.

Lo anterior, por cuanto de las declaraciones de **IVAN CHILITO; CARLOS SÁNCHEZ; RAFAEL MORE** se deduce la entrega de la mercancía, cuyo valor era superior a los 90.000 dólares de los Estados Unidos de América. En caso de que el Juez hubiere permanecido con dudas frente al **VALOR DE LA MERCANCÍA ENTREGADA, DEBIÓ DECRETAR PRUEBAS DE OFICIO PARA EFECTOS DE ESTABLECER SU VALOR** y no permanecer con la duda del valor dado en pago.

El demandante **ERWIN** de mala fe se abstuvo de firmar el recibido del inventario de partes tecnológicas que le fue entregado y que al día de hoy se encuentran en su poder.

4. PAGO PARCIAL EN EFECTIVO.

El señor **NORBIEY SALAZAR** declaró como el demandado **IVAN CHILITO** extinguió parcialmente la deuda aquí reclamada, con el pago de la suma de **TREINTA MILLONES DE PESOS (\$30.000.000)** cuando en su declaración manifestó: *“ENTONCES IVAN LE ENTREGA 30 MILLONES DE PESOS EN EFECTIVO SE QUE SON 30 PORQUE YO LOS CONTE CUANDO IBAMOS HACIA ALLA QUE IVAN ME DIJO QUE LO ACOMPAÑARA Y QUE CONTARA AHÍ YO EMPECE A CONTAR LA PLATA ERAN 30 MILLONES DE PESOS ERAN 6 PAQUETICOS DE 5 MILLONES”*

Dicho pago no ha sido desconocido por el Demandante y del mismo dio cuenta a su vez la declaración de **RAFAEL MORE**, por lo cual se debe **DECLARAR LA EXCEPCIÓN DE PAGO PARCIAL** en favor de **LOS DEMANDADOS**.

5. PAZ Y SALVO EXPEDIDO POR EL DEMANDANTE.

El A Quo dejó de valorar la existencia de un **PAZ Y SALVO**, pues si bien fue tachado y declarado falso, lo cierto es que **SE ACREDITÓ TESTIMONIALMENTE** que dicho documento fue **ENTREGADO POR EL DEMANDANTE EN UN SOBRE DE MANILA**, por lo cual, a pesar de haber sido tachado como falso, aún bajo ese supuesto, se debió haber valorado la circunstancia de que el documento que entregado por el **DEMANDANTE**, lo cual no resta los efectos a su valoración en conjunto con los demás medios de prueba obrantes en el proceso.

Así las cosas, de haberse valorado la **ENTREGA** del mencionado documento por la parte **DEMANDANTE** aunado a los **TESTIMONIOS VERTIDOS DENTRO DEL PROCESO** citados por la parte pasiva, es claro que con la entrega de la mercancía **EXISTIÓ LA VOLUNTAD DEL SEÑOR DEMANDANTE DE CESAR EN EL COBRO DE LA PRESUNTA ACREENCIA OBRANTE EN EL PAGARÉ.**

Barranquilla Cra. 56 N° 74 - 179 • El Prado. PBX: (+57) 5 360 56 66

Bogotá Cra. 13 N° 82 - 91 Pisos 3, 4, 5 y 6 • Lawyers Center - Zona T. PBX: (+57) 1 636 36 79

Medellín Cra. 48 a N° 16 Sur - 86 oficina 902 • Plex Corporativo - La Aguacatala. PBX: (+57) 4 590 46 36

Miami 268 Alhambra Circle - FL 33134 • Coral Gables. PBX: (+1) 786 866 91 55

6. REDUCCIÓN DE INTERESES CON OCASIÓN A LA SUSCRIPCIÓN EN UNA FECHA POSTERIOR DEL PAGARÉ.

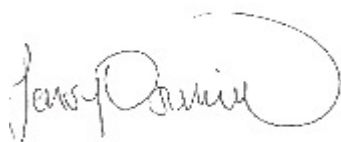
Ambos demandados, en sus respectivas declaraciones de parte, bajo la gravedad de juramento y de manera concordante, adujeron que la fecha real de suscripción del pagaré y por tanto la fecha en la que se generaban los intereses respectivos, **NO CORRESPONDIÓ AL 10 DE JULIO DE 2018**, sino a **UNA FECHA POSTERIOR**, que lógicamente corresponde con la **FECHA DE AUTENTICACIÓN DEL MISMO**, es decir al **8 DE NOVIEMBRE DE 2018**.

Por lo anterior, se avizora un eventual **FRAUDE PROCESAL** en el presente proceso, al haber presentado ante la administración de justicia un **TÍTULO VALOR** y pretender que se reconozca **JUDICIALMENTE** una **OBLIGACIÓN**, cuando la realidad es que el documento fue suscrito **CON CASI CUATRO (4) MESES DE DIFERENCIA**, por lo cual el **COBRO DE INTERESES DURANTE ESOS 4 MESES, CORRESPONDIENTES AL 11 DE JULIO DE 2018 AL 7 DE NOVIEMBRE DE 2018**, en el evento en que ninguna de las anteriores causales de apelación prospere, se hace imperativo realizar la reducción de dichos intereses.

II. SOLICITUD.

De conformidad con lo expuesto, me permito solicitarle al Señor Juez que se sirva **REVOCAR LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA Y EN SU LUGAR SE SIRVA CONDENAR EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO A LA PARTE DEMANDANTE Y SE REALICE EL LEVANTAMIENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES DECRETADAS Y PRACTICADAS.**

Atentamente,



JENSY OSORIO PORRAS

C.C. 1.020.724.243 de Bogotá D.C

T.P. 216.265 del C.S.J.

Bogotá, 2 de agosto de 2021.

Honorable Magistrado.

OSCAR YAYA PEÑA.

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ- SALA CIVIL.

CORREO

SECSTRIBSUPBTA2@CENDOJ.RAMAJUDICIAL.GOV.CO

SECSTRIBSUPBTA@CENDOJ.RAMAJUDICIAL.GOV.CO

ELECTRÓNICO:

Y

E.

S.

D.

REFERENCIA: PROCESO EJECUTIVO.

DEMANDANTE: HERUIN GERLEY GAMA RODRÍGUEZ.

DEMANDADO: RAFAEL ANDRÉS MORE JARAMILLO Y OTRO.

RADICADO: 110110013103037201900102 00.

ASUNTO: SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN.

JENSY OSORIO PORRAS, identificada con la Cédula de Ciudadanía número 1.020.724.243 de Bogotá D.C y Tarjeta Profesional número 216.265 del Consejo Superior de la Judicatura; actuando como Apoderada del señor **RAFAEL ANDRÉS MORE JARAMILLO**, me permito **SUSTENTAR LA APELACIÓN** en contra de la **SENTENCIA ADIADA EL 7 DE MAYO DE 2021.**

I. REPAROS EN CONTRA DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Los reparos en contra de la decisión proferida en primera instancia, los cuales se desarrollarán al momento de sustentar el recurso ante el superior, son los siguientes:

1. NO HABER DECRETADO LA NULIDAD ABSOLUTA DEL PAGARÉ POT CAUSA Y OBJETO ILÍCITO.

En el presente caso, se reprocha la decisión de no haber dado aplicación al artículo 282 del Código General del Proceso, que indica que “*En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia*” respecto de la **NULIDAD ABSOLUTA** por **CAUSA Y OBJETO ILÍCITO** del **PAGARÉ**, al basarse sus valores en cobro de intereses superiores a la tasa máxima permitida por la Ley, pues se probó que el pagaré fue suscrito con ocasión a una deuda anterior en la que el señor **DEMANDANTE** se lucró con intereses que pueden ser calificados como de usura, a dicha conclusión inexorable, habría llegado el Juez si hubiera valorado las **DECLARACIONES DE PARTE DE IVAN CHILITO** y de **RAFAEL MORÉ**, quienes dieron fe de la situación de usura que se había presentado de manera previa y como causa de suscripción del pagaré, por lo cual el pagaré y su negocio causal se encuentran viciados por nulidad absoluta.

En cuanto a la valoración de las **DECLARACIONES DE**, téngase en cuenta la reciente posición del Tribunal Superior de Bogotá- Sala Civil, en el siguiente sentido:

Barranquilla Cra. 56 N° 74 - 179 • El Prado. PBX: (+57) 5 360 56 66

Bogotá Cra. 13 N° 82 - 91 Pisos 3, 4, 5 y 6 • Lawyers Center - Zona T. PBX: (+57) 1 636 36 79

Medellín Cra. 48 a N° 16 Sur - 86 oficina 902 • Plex Corporativo - La Aguacatala. PBX: (+57) 4 590 46 36

Miami 268 Alhambra Circle - FL 33134 • Coral Gables. PBX: (+1) 786 866 91 55

“Pero el código General del Proceso, a diferencia de su antecesor, si le permite a las partes rendir su versión de los hechos, con dos características centrales: la primera, que la declaración puede ser pedida por ella misma y para beneficio propio, y la segunda, que debe ser valorada como cualquiera otro medio probatorio, por eso el art. 165, al enunciar los medios de prueba, distinguió entre la declaración de parte y la confesión; por eso el inciso final del artículo 191 puntualizo que “La simple declaración de parte se valorará por el juez de acuerdo con las reglas generales de apreciación de las pruebas”, y por eso, el artículo 198, relativo a la solicitud de interrogatorio, elimino la expresión “citación de la contraria”, para precisar que “El juez podrá, de oficio o a solicitud de parte, ordenar la citación de las partes a fin de interrogarlas sobre los hechos relacionados con el proceso”, Con estas disposiciones se le abre paso por fin al saber de las partes, sin miramiento alguno.”¹

En este caso entonces, sin importar si de las **DECLARACIONES DE LOS DEMANDADOS** existieren confesiones, lo cierto es que lo que declararon, sin importar quién fue el interrogador, **DEBE SER VALORADO COMO PRUEBA** y, en el presente caso, las declaraciones de ambas son **COINCIDENTES Y CONCURRENTES** en que el **PAGARÉ** fue diligenciado para legalizar un **PRESTAMO DE USURA ANTERIOR**, lo cual hace que exista causa ilícita en el mismo.

2. HABER INVOCADO Y APLICADO ERRÓNEAMENTE EL ARTÍCULO 225 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO.

El Despacho invocó y fundamentó su Sentencia con invocación improcedente al inciso primero del artículo 225 del Código General del Proceso que prevé que **“Artículo 225. Limitación de la eficacia del testimonio. La prueba de testigos no podrá suplir el escrito que la ley exija como solemnidad para la existencia o validez de un acto o contrato.”** El Juez citó de manera expresa esta expresión, cuando en el presente caso, no estamos ante un contrato de compraventa de inmuebles, que requiera escritura pública para su prueba, sino del pago de una mercancía y de asuntos dinerarios, los cuales **NO ESTÁN SUJETAS A UNA TARIFA LEGAL PROBATORIA** y por tanto pueden probarse por cualesquiera medios permitidos por la Ley.

Así las cosas, al no existir una **TARIFA LEGAL PARA UN “ACTO O CONTRATO”** como en este caso es el **PAGO**, la Sentencia yerra en la invocación del inciso primero del artículo 225 del C.G.P para negar las pretensiones ya que el pago se puede acreditar a través de cualquier medio probatorio.

Ahora bien, el Despacho aplicó erróneamente el inciso segundo del artículo 225 del Código General del Proceso que prevé que **“Cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión.”** **A)** Lo anterior por cuanto en primer lugar no se está hablando de obligaciones surgidas en

¹Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil. Auto del 16 de mayo de 2017. Radicado 2011-498-02

contrato o convención, sino de un documento unilateral como lo es un pagaré, por lo cual el indicio de inexistencia frente al pago, no es aplicable al presente caso **PUES NO SE TRATA DE UN “PACTO O CONVENCION”** como lo sería el negocio subyacente a la suscripción del pagaré, el cual, como se explicó, goza de causa ilícita por encubrir un **PRESTAMO USURARIO B)** En segundo lugar, por cuanto, aún de ser aplicable debe tenerse en cuenta que sí existen principios de prueba por escrito del mencionado **PAGO**, pues en el plenario obran documentos, incluso aportados por la misma demandante, que prueban la **ENTREGA DE LA MERCANCIA**, la cual se acreditó dentro del proceso fue entregada como pago, a **TRAVÉS DE TESTIMONIOS Y DECLARACIONES DE PARTE C)** En tercer lugar, por cuanto aún de suponer la inexistencia de un principio de prueba por escrito, lo cual se niega, ello se debió a la confianza existente, en ese entonces entre las partes, lo cual justifica la informalidad con la que actuaban por **HABER TENIDO ENTONCES RELACIONES INFORMALES DE CAMARADERIA Y AMISTAD**, aunado a la personalidad de las mismas, circunstancias que no fueron valoradas por el Juez. **D)** Por cuanto el señor Juez dio un alcance distinto al artículo de que en realidad tiene, en efecto pareciera que le diera alcance a la norma de una **PRESUNCION DE DERECHO O UNA PRESUNCION LEGAL**, cuando ciertamente tan solo se trata de un indicio, que para su valoración, no se dio cumplimiento o aplicación al artículo 242 del Código General del Proceso que prevé que *“El juez apreciará los indicios en conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso.”* Aquí el Juez de Primera Instancia se negó a realizar una valoración conjunta tanto de los indicios, como de todas las pruebas en general y se apegó al texto normativo del artículo 225 de manera inadecuada, pues no existió valoración conjunta de indicios al momento de proferir Sentencia y se dejaron de valorar adecuadamente las pruebas.

Por lo anterior, **SE APLICÓ INDEBIDAMENTE UN INDICIO EN CONTRA DE MIS PODERDANTES QUE NO DEBIÓ APLICARSE, POR CUANTO LA NORMA NO OPERABA EN EL PRESENTE CASO** y aún de haberse realizado, ello solamente generaría un **INDICIO DE INEXISTENCIA, MÁS NO UNA PRESUNCION DE LA MISMA**, indicio que en todo caso debía ser valorado junto con otros indicios, para empezar, pero sobretodo, con los demás medios de prueba como las **DECLARACIONES DE TERCEROS Y LAS DECLARACIONES DE PARTE**, como veremos a continuación.

3. INDEBIDA VALORACION PROBATORIA PARA LA EXISTENCIA DE UNA DACION EN PAGO.

En el presente caso Honorables Magistrados, no se valoraron adecuadamente todos los testimonios, tanto de la parte demandante como demandada, con los cuales se acreditaba que **EXISTIÓ ENTREGA DE LA MERCANCIA**; que dicha **MERCANCIA** fue entregada para la extinción la obligación; que el valor de la mercancía superaba los \$300.000.000 COP; lo anterior, al parecer, se realizó por el *A Quo* al deducir la ineficacia de los testimonios en virtud de la aplicación incorrecta del artículo 225 del CGP.

Barranquilla Cra. 56 N° 74 - 179 • El Prado. PBX: (+57) 5 360 56 66

Bogotá Cra. 13 N° 82 - 91 Pisos 3, 4, 5 y 6 • Lawyers Center - Zona T. PBX: (+57) 1 636 36 79

Medellín Cra. 48 a N° 16 Sur - 86 oficina 902 • Plex Corporativo - La Aguacatala. PBX: (+57) 4 590 46 36

Miami 268 Alhambra Circle - FL 33134 • Coral Gables. PBX: (+1) 786 866 91 55

Así mismo, no se dio aplicación al artículo 176 del Código General del Proceso, en el sentido en que la valoración realizada por el Juez, no fue realizada en conjunto, y en este caso, los testimonios vertidos en el proceso; aunado a las declaraciones de parte y los documentos allegados en el proceso, se deducía que la mercancía fue entregada para extinguir el pagaré báculo del presente proceso.

Lo anterior, por cuanto de las declaraciones de **IVAN CHILITO; CARLOS SÁNCHEZ; RAFAEL MORE** se deduce la entrega de la mercancía, cuyo valor era superior a los 90.000 dólares de los Estados Unidos de América. En caso de que el Juez hubiere permanecido con dudas frente al **VALOR DE LA MERCANCÍA ENTREGADA, DEBIÓ DECRETAR PRUEBAS DE OFICIO PARA EFECTOS DE ESTABLECER SU VALOR** y no permanecer con la duda del valor dado en pago.

El demandante **ERWIN** de mala fe se abstuvo de firmar el recibido del inventario de partes tecnológicas que le fue entregado y que al día de hoy se encuentran en su poder.

4. PAGO PARCIAL EN EFECTIVO.

El señor **NORBIEY SALAZAR** declaró como el demandado **IVAN CHILITO** extinguió parcialmente la deuda aquí reclamada, con el pago de la suma de **TREINTA MILLONES DE PESOS (\$30.000.000)** cuando en su declaración manifestó: *“ENTONCES IVAN LE ENTREGA 30 MILLONES DE PESOS EN EFECTIVO SE QUE SON 30 PORQUE YO LOS CONTE CUANDO IBAMOS HACIA ALLA QUE IVAN ME DIJO QUE LO ACOMPAÑARA Y QUE CONTARA AHÍ YO EMPECE A CONTAR LA PLATA ERAN 30 MILLONES DE PESOS ERAN 6 PAQUETICOS DE 5 MILLONES”*

Dicho pago no ha sido desconocido por el Demandante y del mismo dio cuenta a su vez la declaración de **RAFAEL MORE**, por lo cual se debe **DECLARAR LA EXCEPCIÓN DE PAGO PARCIAL** en favor de **LOS DEMANDADOS**.

5. PAZ Y SALVO EXPEDIDO POR EL DEMANDANTE.

El A Quo dejó de valorar la existencia de un **PAZ Y SALVO**, pues si bien fue tachado y declarado falso, lo cierto es que **SE ACREDITÓ TESTIMONIALMENTE** que dicho documento fue **ENTREGADO POR EL DEMANDANTE EN UN SOBRE DE MANILA**, por lo cual, a pesar de haber sido tachado como falso, aún bajo ese supuesto, se debió haber valorado la circunstancia de que el documento que entregado por el **DEMANDANTE**, lo cual no resta los efectos a su valoración en conjunto con los demás medios de prueba obrantes en el proceso.

Así las cosas, de haberse valorado la **ENTREGA** del mencionado documento por la parte **DEMANDANTE** aunado a los **TESTIMONIOS VERTIDOS DENTRO DEL PROCESO** citados por la parte pasiva, es claro que con la entrega de la mercancía **EXISTIÓ LA VOLUNTAD DEL SEÑOR DEMANDANTE DE CESAR EN EL COBRO DE LA PRESUNTA ACREENCIA OBRANTE EN EL PAGARÉ**.

Barranquilla Cra. 56 N° 74 - 179 • El Prado. PBX: (+57) 5 360 56 66

Bogotá Cra. 13 N° 82 - 91 Pisos 3, 4, 5 y 6 • Lawyers Center - Zona T. PBX: (+57) 1 636 36 79

Medellín Cra. 48 a N° 16 Sur - 86 oficina 902 • Plex Corporativo - La Aguacatala. PBX: (+57) 4 590 46 36

Miami 268 Alhambra Circle - FL 33134 • Coral Gables. PBX: (+1) 786 866 91 55

6. REDUCCIÓN DE INTERESES CON OCASIÓN A LA SUSCRIPCIÓN EN UNA FECHA POSTERIOR DEL PAGARÉ.

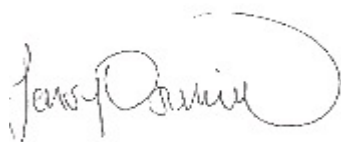
Ambos demandados, en sus respectivas declaraciones de parte, bajo la gravedad de juramento y de manera concordante, adujeron que la fecha real de suscripción del pagaré y por tanto la fecha en la que se generaban los intereses respectivos, **NO CORRESPONDIÓ AL 10 DE JULIO DE 2018**, sino a **UNA FECHA POSTERIOR**, que lógicamente corresponde con la **FECHA DE AUTENTICACIÓN DEL MISMO**, es decir al **8 DE NOVIEMBRE DE 2018**.

Por lo anterior, se avizora un eventual **FRAUDE PROCESAL** en el presente proceso, al haber presentado ante la administración de justicia un **TÍTULO VALOR** y pretender que se reconozca **JUDICIALMENTE** una **OBLIGACIÓN**, cuando la realidad es que el documento fue suscrito **CON CASI CUATRO (4) MESES DE DIFERENCIA**, por lo cual el **COBRO DE INTERESES DURANTE ESOS 4 MESES, CORRESPONDIENTES AL 11 DE JULIO DE 2018 AL 7 DE NOVIEMBRE DE 2018**, en el evento en que ninguna de las anteriores causales de apelación prospere, se hace imperativo realizar la reducción de dichos intereses.

II. SOLICITUD.

De conformidad con lo expuesto, me permito solicitarle al Señor Juez que se sirva **REVOCAR LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA Y EN SU LUGAR SE SIRVA CONDENAR EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO A LA PARTE DEMANDANTE Y SE REALICE EL LEVANTAMIENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES DECRETADAS Y PRACTICADAS.**

Atentamente,



JENSY OSORIO PORRAS

C.C. 1.020.724.243 de Bogotá D.C

T.P. 216.265 del C.S.J.