

110013103013200600376 04

RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C.
S E C R E T A R I A
SALA CIVIL
Avenida Calle 24 No. 53 – 28 Oficina 305 C
Teléfono: 4233390

Magistrado : **MARCO ANTONIO ALVAREZ GOMEZ**

Procedencia : 013 Civil Circuito

Código del Proceso : 110013103013200600376 04

Instancia : Segunda Instancia

Clase de Juicio : Expropiación

Recurso : Queja

Grupo : 32

Repartido_Abonado : ABONADO

Demandante : EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA
S.A. E.S.P.

Demandado : HECTOR AREVALO CARDENAS

Fecha de reparto : 8/09/2021

C U A D E R N O : 2

JUZGADO CUARENTA Y OCHO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA
CARRERA 10 No 14 - 33 PISO 15
EDIFICIO HERNANDO MORALES MOLINA BOGOTA D.C.
TELÉFONO 2823911

OFICIO No. 03524
Fecha: 07 DE SEPTIEMBRE DE 2021

RADICACION DEL PROCESO (23 DIGITOS): 11001 3103 013 2006 00376 00

TIPO DE PROCESO: ORDINARIO
CLASE Y SUBCLASE DE PROCESO: EXPROPIACIÓN

RECURSO DE QUEJA

FECHA DE LA PROVIDENCIA QUE CONCEDE: 17 DE AGOSTO DE 2021 -
01Cuadernoprincipal #47Autodeciderecurso.

SE REMITEN 8 CARPETAS QUE CONTIENEN 1397, 21, 8, 10, 54, 54, 7 y 3 FOLIOS, ELEMENTOS EN FORMATO PDF Y MP4, ENVIADOS VÍA ONE DRIVE, LOS CUALES FUERON SCANEADOS Y DIGITALIZADOS EN SU TOTALIDAD DEL PROCESO DE LA REFERENCIA.

DEMANDANTE: EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ NIT. 899.999.094-1

APODERADA: RAQUEL STELLA VALENZUELA SANDOVAL C.C. 52.834.263 Y T.P. 148.125 DEL C.S. DE LA J.

DEMANDADO: HÉCTOR ARÉVALO CÁRDENAS C.C. 439.599.

APODERADO: FRANCISCO RODRÍGUEZ GARCÍA C.C. 5.314.286 Y T.P. 94.228 DEL C.S. DE LA J.

ENVIADO A USTED POR QUINTA VEZ EL PROCESO DE LA REFERENCIA A ESA CORPORACIÓN CON ANTERIORIDAD CONOCIÓ EL MAGISTRADO Dr(a). JULIA MARÍA BOTERO LARRARTE

GINA NORBELY CERÓN QUIROGA
SECRETARIA

OBSERVACIONES: (Si en el expediente obran TITULOS VALORES favor relacionarlos indicando folio y cuaderno de ubicación

ESPACIO RESERVADO PARA EL TRIBUNAL

Firmado Por:

**GINA NORBELY CERON QUIROGA
SECRETARIO CIRCUITO
JUZGADO 48 CIVIL CIRCUITO BOGOTÁ**

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



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA - SALA CIVIL

ACTA - NOVEDAD

FECHA DE IMPRESION
8/09/2021

PAGINA

Proceso Número

110013103013200600373 04

1

CORPORACION

GRUPO

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA

RECURSOS DE OUEJA

REPARTIDO AL MAGISTRADO

DESP

SECUENCIA

FECHA DE REPARTO

MARCO ANTONIO ALVAREZ GOMEZ

016

6960

8/09/2021

IDENTIFICACION
88999990941

NOMBRES Y APELLIDOS / RAZON SOCIAL
EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA

PARTE
DEMANDANTE

439599

HECTOR

DEMANDADO

אזהרה: המסמך נבחר לפרסום

MARTHA ISABEL GARCIA SERRRANO

Presidente

Elaboró:

Revisó:



TRIANA, URIBE & MICHELSEN

HONORABLES MAGISTRADOS
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C., SALA CIVIL

E. S. D.

MAGISTRADA PONENTE : MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA
REFERENCIA : PROCESO VERBAL POR RESPONSABILIDAD CIVIL POR INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO.
DEMANDANTE : ADVANTECH WIRELESS, INC.
DEMANDADO : ENTELCOM S.A.S. Y MERCEDES OROZCO
RADICACIÓN : 025-2017-00398-02

SANDRA MILENA MÉNDEZ PAREDES, mayor de edad, con domicilio en la ciudad de Bogotá, D.C., identificada con cédula de ciudadanía No. 52.425.191 expedida en Bogotá, D.C., y con Tarjeta Profesional de abogado 161.233 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderada judicial de la sociedad **ADVANTECH WIRELESS, INC.** (en adelante **ADVANTECH**), demandante dentro del presente asunto, conforme la sustitución que obra en el expediente, por medio del presente escrito y en atención a lo ordenado por el Despacho mediante auto de fecha 26 de agosto de 2021, notificado por anotación en estado de fecha 27 de agosto de 2020, estando en la oportunidad legal establecida en artículo 14 del Decreto 806 de 2020, por medio del presente escrito sustentó el **RECURSO DE APELACIÓN** presentado en contra de la sentencia proferida el pasado 10 de agosto de 2021 dentro del proceso de la referencia, por medio de la cual se declaró la falta de prosperidad de las pretensiones formuladas por la sociedad **ADVANTECH** frente a la sociedad **SOLUCIONES INTEGRALES EN ENERGÍA Y TELECOMUNICACIONES ENTELCOM S.A.S.** (en adelante **ENTELCOM**) y la señora **MERCEDES OROZCO OROZCO**, para lo cual me fundo en



los argumentos que expongo a continuación, de acuerdo con los reparos esbozados ante la primera instancia:

1. DECISIÓN OBJETO DE APELACIÓN

- 1.1 Se trata de la sentencia de fecha 10 de agosto de 2021, notificada a las partes por estrados durante la diligencia practicada en esa misma fecha, por medio de la cual el señor Juez 25 Civil del Circuito de Bogotá, D.C., declaró probada de oficio la excepción que denominó: *“Inexistencia de la liquidación del contrato de consorcio ajustado entre las partes el 5 de diciembre de 2014”*, que dio lugar a negar las pretensiones de la demanda.

2. RATIFICACIÓN DE LOS ARGUMENTOS PRESENTADOS EN LA FORMULACIÓN DE LOS REPAROS CONCRETOS ANTE LA PRIMERA INSTANCIA

- 2.1 Como parte de la sustentación de este recurso y con el fin de que sean tenidos en cuenta para el análisis de la decisión por parte del Tribunal, manifiesto ante usted que me ratifico en los argumentos que fueron presentados ante el Juzgado 25 Civil del Circuito de la ciudad de Bogotá, D.C., al momento de formular el recurso de apelación contra la decisión por medio de la cual se negaron las pretensiones formuladas por la sociedad **ADVANTECH** en contra de **ENTELCOM** y **MERCEDES OROZCO**.



3. CONSIDERACIONES

En cumplimiento de lo establecido en el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, sustento el recurso presentado, de acuerdo con los argumentos presentados ante la primera instancia.

- 3.1 Indebida extensión a la relación entre los consorciados, de los efectos legales establecidos en el artículo 7 de la Ley 80 de 1993, aplicables a la vinculación negocial entre los consorciados y la administración, en relación con la responsabilidad de tipo solidario de aquellos frente a esta última.

En la decisión de la primera instancia, el señor Juez para evaluar la relación entre las partes y establecer las condiciones que regían su vinculación contractual, adoptó como ley aplicable las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993 que desarrollan el tipo asociativo de consorcios en materia de contratación estatal, específicamente en lo que hace relación a la solidaridad entre los consorciados, para concluir, de forma que se considera equivocada, que esa solidaridad que les impone la ley en materia de responsabilidad frente a la administración se extiende a la relación obligacional privada que surge entre los consorciados, de forma tal que las consecuencias por las actuaciones, hechos u omisiones de parte de uno de ellos deben ser soportadas por el otro, sin que pueda entonces configurarse un incumplimiento del contrato celebrado entre ellos.

Al respecto, es importante recordar como lo hiciera el señor Juez en su decisión, que el contrato de consorcio es un contrato que, en lo que respecta a las reglas que rigen la relación entre las partes conformantes, es atípico, por lo que aquellas en ejercicio de su libertad contractual, pueden establecer las reglas que las regirán, en cuanto a las obligaciones que se generan y las reglas de su responsabilidad, siendo claro que



tales estipulaciones son oponibles y exigibles únicamente entre ellas, dejando por fuera lo que tiene que ver con el interés público, ya que como lo ordena el artículo 7 de la Ley 80 de 1993, de cara a la administración su responsabilidad es solidaria, por lo que cada una es responsable por el total de las obligaciones que surgen en el contrato celebrado con aquella, independientemente de quien tenga a su cargo la ejecución de cada obligación de conformidad con el acuerdo privado.

Pero por supuesto que esta solidaridad que la ley impone de cara a la administración, no impide que la partes en la regulación de su relación consorcial, establezcan obligaciones y condiciones entre ellas que les son válidamente exigibles y por cuyo incumplimiento son responsables frente al otro contratante, quien podrá reclamar directamente y/o ante la jurisdicción para buscar que se ejecuten cada uno de los compromisos.

Y es que una cosa es la relación que surge entre el Estado y el consorcio en un contrato público, y otra cosa es la relación que se establece por virtud del contrato de consorcio entre los consorciados. A la primera, sin discusión, se aplican las normas de la Ley 80 de 1993, que establecen las pautas sobre las cuales se desarrollará el vínculo negocial, en cuanto a la celebración, ejecución y liquidación del contrato de naturaleza Estatal, mientras que a la segunda, ante la inexistencia de regulación específica, son las partes principalmente las que están llamadas a fijar las condiciones en las que se desarrollará su relación, quedando obligadas a su cumplimiento y por tanto derivándose de ellas responsabilidad frente al otro consorciado, sin que tales estipulaciones de carácter privado, puedan en manera alguna extenderse o afectar la relación contractual con el Estado, ante quien las circunstancias del contrato entre los consorciados no le son oponibles.



Precisamente, esta diferenciación entre la ley aplicable al contrato de naturaleza pública frente a la que rige las relaciones de naturaleza privada, es la que lleva a señalar que la ya tantas veces referida solidaridad entre los miembros del consorcio de cara a la administración que establece la Ley 80 de 1993, no extienda sus efectos ni sea aplicable a la relación privada entre los consorciados, menos aún al punto de impedir, como lo concluyó el Juez de Primera Instancia, que se pueda configurar entre ellas un incumplimiento contractual, pues ello equivaldría a anular las disposiciones que libremente establecieron las partes y los compromisos adquiridos, los cuales cualquiera de ellas podría desobedecer bajo esa premisa, por cuanto al fin y al cabo, ninguna consecuencia existiría para ella.

Claro que en esa libertad contractual para fijar las normas que regirán la relación privada entre los consorciados, aquellos podrían incluso establecer esa solidaridad que en este caso y con un equivocado respaldo legal impuso el Juez de primera instancia, para que de forma conjunta se asumiera la responsabilidad en el cumplimiento de cada una de las obligaciones que se fijan en el contrato, de forma tal que ninguna pudiera alegar frente a la otra su inobservancia frente lo acordado.

Pero no es este el caso, pues en el contrato celebrado entre **ADVANTECH** y **ENTELCOM**, cada una de las partes aceptó obligarse a la ejecución de ciertas actividades de acuerdo con su campo de experiencia, estableciéndose a partir del presupuesto fijado por cada una de ellas, el valor que recibirían por los bienes o servicios que se comprometieron a vender y/o a prestar, con base en lo cual igualmente se determinó el porcentaje de participación de cada una tanto en la ejecución del contrato como en los ingresos que se obtuvieran por el Consorcio, el cual se fijó de forma definitiva en 65% para **ADVANTECH** y 35% para **ENTELCOM**.



Atendiendo a que las partes en su convenio privado, acordaron dividir entre ellas y de acuerdo con sus porcentajes de participación, los dineros que ingresaran producto de los pagos realizados por la Aerocivil y no las utilidades generadas al final del ejercicio por ese negocio, cada una de ellas, con cargo a ese porcentaje de participación, debía realizar los pagos de las cuentas que se generaran con motivo de la ejecución de sus obligaciones como se detallará más adelante, sin que los mismos fueran una responsabilidad conjunta de sus conformantes.

De ahí que, conforme se observa en la contabilidad del consorcio, no existan cargos presentados por parte de **ADVANTECH**, diferentes a las facturas relacionadas con el cobro de los equipos vendidos, pues aquella honrando su compromiso, asumió el pago de los costos generados por los servicios que estuvieron a su cargo y que debió desplegar para la instalación y puesta en servicio de aquellos, aún a pesar de que no había recibido el valor de su participación sobre el ingreso de acuerdo con los porcentajes acordados.

De acuerdo con ello y en aplicación del principio de la buena fe que debe regir entre las partes del contrato, cada consorciado debía realizar una serie de acciones y por éstas recibir una determinada suma de dinero, de conformidad con los valores que incluyeron al momento de realizar los cálculos necesarios para presentar su oferta, de cuya precisión, conforme reza el contrato, cada uno se hizo responsable, al punto de acordar que ninguno respondería frente al otro por cualquier variación que tuviera lugar durante el desarrollo del contrato respecto de las condiciones y los precios establecidos en su propuesta, lo que se traduce en que cada uno se haría responsable de su propia pérdida, de presentarse ésta, sin poder trasladar esa situación a la otra parte.



Y es ahí donde precisamente radica el quebranto del contrato por parte de la demandada **ENTELCOM**, pues aquella se apropió de un mayor valor de lo que le correspondía en perjuicio de mi poderdante, quien en consecuencia recibió un equivalente económico menor al porcentaje de su participación económica de acuerdo con lo acordado por las partes en el contrato, ya que la demandada, como lo demuestran las pruebas allegadas al proceso, principalmente los dictámenes periciales que dan cuenta de la distribución de los dineros y la contabilidad del consorcio, no tuvo inconveniente en trasladar su pérdida a mi poderdante, pagando los proveedores de los cuales se sirvió para ejecutar la parte de las actividades a las cuales se obligó pero no con cargo a su porcentaje de participación, como se había acordado, sino incluyéndolos como una responsabilidad del consorcio y cancelándolos haciendo uso no autorizado de parte del porcentaje que dentro de los ingresos correspondía a mi poderdante.

Con base en lo señalado, es inexistente entonces la solidaridad que estableció el señor Juez de Primera Instancia en este caso, pues contrario a que la misma sea impuesta por una ley aplicable a la relación interna entre los consorciados o que hubiera existido la voluntad por parte de aquellos de generarla a partir del contrato; conforme la estructura del acuerdo respecto del reparto de los ingresos, cada una de ellas de manera individual realizaría el pago de los costos y gastos de en los que incurriera con ocasión de la ejecución de las obligaciones a su cargo, asumiendo por ellas misma la variación que pudiera ocurrir respecto de los valores fijados en la propuesta, con base en los cuales se estableció el porcentaje de participación de cada una.

De acuerdo con ello, es claro que en el contrato de consorcio que se celebra entre privados las previsiones contractuales que rigen la relación entre las partes son



exigibles entre ellas, por lo que de no dárseles cumplimiento, como en efecto procedió **ENTELCOM**, se genera una responsabilidad de tipo contractual, dando derecho al perjudicado con la infracción a requerir de la otra parte la indemnización de su daño, siendo este derecho el que provocó que **ADVANTECH** acudiera al Juez para reclamar el cumplimiento.

3.2 Indebida exigencia del cumplimiento previo de una obligación para los consorciados relacionada con liquidación del contrato de consorcio.

Pero no solo el Juez de Primera Instancia se equivocó en la decisión, al aplicar indebidamente una norma que no estaba llamada a regular esta situación particular entre las partes, para con base en ello y establecida una inexistente solidaridad, concluir que no es viable en estos casos que se configure un incumplimiento, sino que además apoyó su decisión en lo medular, señalando sin apoyo legal o contractual alguno, la exigencia de la liquidación final del contrato entre las partes, como requisito indispensable para poder proceder con el estudio del incumplimiento alegado.

Tal y como se refirió en el análisis del primer cargo de apelación, las partes de este contrato, en ejercicio de su libertad contractual y con el fin de regular la relación interna entre ellas, establecieron ciertas reglas bajo las cuales debía desarrollarse su relación contractual, dentro de las cuales se incluían aquellas que regulaban los derechos económicos derivados de su participación en el desarrollo del negocio para el cual se constituyeron como consorcio, estableciéndose en el numeral 2.6 del contrato celebrado entre **ADVANTECH** y **ENTELCOM**, que **el total de los ingresos** que se obtuvieran por su ejecución, serían distribuidos entre las partes en la misma proporción establecida para los porcentajes de participación que fueron



determinados con base en las obligaciones que cada una asumía dentro del contrato que se celebrara con la Aerocivil.

De acuerdo con ello, lo primero que es importante aclarar es que, contrario a lo que concluyo el Juez de Primera instancia, en abierto desconocimiento de lo pactado por las partes, **aquellas no acordaron distribuir las utilidades al final del ejercicio sino los ingresos percibidos**, por lo que en estricto cumplimiento de lo ordenado por el contrato, cada pago realizado por la Aerocivil y luego de las deducciones por concepto de impuestos, se debía dividir en un 65% para **ADVANTECH** y un 35% para **ENTELCOM**.

Y ello se pactó así por cuanto como ya se anotó, cada parte presentó una propuesta económica que en conjunto fue la que fijó el valor del contrato celebrado con la Aerocivil, en la cual se determinó el costo de los bienes y servicios a cargo de cada una de ellas, incluyendo no solo el precio de aquellos sino también la ganancia esperada. A partir de esos valores, se fijó el porcentaje de participación de cada una de las partes, que sería el que marcaría la pauta de la distribución de los **ingresos** entre ellas, siendo obligación de cada una y con cargo a su porcentaje de participación, el pago de sus proveedores y los gastos en los que incurrieran por el cumplimiento de las actividades que les correspondían.

De ahí entonces **que las partes no establecieron como condición para la finalización del contrato el que el mismo fuera objeto de liquidación entre ellas**, pues en realidad de haberse cumplido con la distribución tal y como se había acordado, al llegar el término de finalización del acuerdo consorcial no debería realizarse ningún reparto de utilidades, pues cada parte ya habría percibido su ganancia al momento de la distribución de los ingresos, como quiera que como se



indicó, la misma estaba incluida en el valor establecido para cada bien o servicio en la propuesta que fue presentada ante la Aerocivil y para la cual cada parte estableció su propio costo, conforme obra en las pruebas aportadas al proceso, específicamente lo estipulado en el contrato de acuerdo de asociación de fecha 5 de diciembre de 2014 numeral 3.1, el formato 7 y la matriz de responsabilidades.

Pero más aún, la exigencia del Juez frente a la liquidación del contrato y que le valió para declarar de oficio la excepción que a la postre evitó que se estudiaran las pretensiones de la demanda, no solo no emana del acuerdo de asociación suscrito entre las partes, sino que tampoco es una obligación que para los contratos privados imponga la ley, tal y como sí se establece para los contratos de naturaleza pública, para los cuales se exige el cumplimiento de este requisito a efectos de poder finiquitar la relación contractual.

Así, como lo refiere Juan Carlos Expósito¹, el interés público frente al manejo de las finanzas de la administración, impone la necesidad de que se establezca como obligatorio el balance final en los contratos de derecho público, a efectos de que se pueda determinar claramente la forma en cómo se ha manejado la inversión del presupuesto público, circunstancia que es contraria a lo que ocurre en el derecho privado, en el cual la certeza del contenido económico del negocio es algo que solo incumbe a las partes, por lo que no existe esa obligación de liquidarlo al momento de su finalización.

¹ EXPOSITO, Juan Carlos. La liquidación bilateral de los contratos estatales: un mecanismo alternativo de solución de conflictos [en línea]. Revista digital de Derecho Administrativo. Junio de 2009. Universidad Externado de Colombia. Disponible en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/2591/2230>



Atendiendo a que entonces no hay una obligación impuesta por la ley para liquidar el contrato privado, la única forma de que ese requisito se haga exigible es cuando así lo han acordado las partes, mediante las previsiones que de forma voluntaria aquellas han definido para regir su relación. De no existir esta estipulación dentro del contrato, nada habilita al Juez para imponer y exigir el cumplimiento de esa obligación a las partes, pues su decisión no encuentra ningún respaldo ni en un mandato ineludible, ni en la voluntad de las partes.

Pero menos aún podría asegurarse en gracia de discusión, que la liquidación del contrato era prueba indispensable o *ab substantiam actus* para determinar el cumplimiento de las obligaciones de las partes, contando el Juez en el proceso con herramientas probatorias adicionales que eran conducentes para probar lo pretendido y que en realidad le permitían determinar cuales habían sido los compromisos y cual la actuación de cada una de ellas frente a su cumplimiento.

Ello le hubiera valido para concluir, con base en el contenido de las cláusulas contractuales y la información contable del consorcio así como las pruebas periciales, que en realidad ni la distribución se hizo de la forma en cómo se estableció de común acuerdo, ni **ENTELCOM** limitó su participación económica al porcentaje del 35% señalado en el contrato sobre el total de los ingresos, pues la verdad fue que aquella trasladó al Consorcio los costos que se generaron por la ejecución de las actividades que tenía a su cargo, como si se tratara de una responsabilidad conjunta de los asociados, cuando en realidad el compromiso era que cada uno debía cubrir sus costos con la parte del ingreso que le correspondía y que ellos mismos calcularon para la oferta.



De acuerdo con ello, el Juez erró en su decisión al imponer una obligación a las partes que no les es exigible ni por ley ni por contrato, dándole además la categoría de prueba insustituible a efectos de analizar el cumplimiento de las obligaciones emanadas del acuerdo de asociación suscrito entre **ADVANTECH** y **ENTELCOM**, cuando en realidad ante la inexistencia de fundamento legal o contractual que justifique que esa prueba es la única que permite determinar el hecho del incumplimiento, no resulta ajustado a derecho que la misma se exija y que con base en su ausencia se justifique que el Juez niegue las pretensiones de la demanda, pues se repite, existían más elementos probatorios que permitían revisar el estado del contrato.

Y tan inexigible es el cumplimiento de esta obligación de liquidar el contrato, que ni siquiera la parte demandada alegó en su momento y como defensa que así debiera procederse, pues al igual que **ADVANTECH**, era consiente de que esa no era una carga que se derivara para los contratantes, por lo que ni era necesaria ni era forzosa.

Así las cosas, no se cumplieron en este caso los requisitos exigidos por el artículo 282 del Código General del Proceso para que el Juez de oficio pudiera declarar la excepción previa de ausencia de liquidación del contrato, pues ante la falta de soporte legal o convencional que justifique que ese procedimiento era obligatorio, no se puede concluir que tal excepción se encuentra probada en el proceso, ya que el hecho de la falta del cumplimiento de un requisito para la finalización del contrato es inexistente y por lo tanto no puede tenerse por establecido en la decisión judicial.



3.3 Inobservancia del contrato de Consorcio celebrado entre Advantech y Entelcom, así como de las condiciones establecidas por las partes para regular su relación contractual.

Determinado entonces como quedó, que ni existe entre las partes la solidaridad establecida por el Juez, como tampoco que la liquidación del contrato fuera válidamente exigible para el estudio de fondo del proceso, era procedente entonces que contrario a lo dictaminado en la sentencia, procediera el señor Juez a analizar de fondo el caso, para concluir como seguramente lo hará la segunda instancia, que en este caso la sociedad **ENTELCOM** infringió su deber de buena fe y las restantes obligaciones que emanan del contrato, relativas al ejercicio de sus derechos económicos de acuerdo con lo establecido por las partes.

Al respecto y como primer punto a ser abordado recordado lo argumentado por la parte demandada como defensa frente a los cargos incumplimiento de los que es acusada, resulta de importancia aclarar que diferente a lo que aquella pretende que se tenga por establecido, el contrato que reguló el vínculo entre las partes y que se mantuvo vigente a lo largo de toda la relación contractual, corresponde al que ellas suscribieron el día 5 de diciembre de 2014, el cual no fue sustituido por el acuerdo consorcial que se firmó y aportó ante la Aerocivil como soporte de la constitución del consorcio, por lo que las obligaciones que entre ellas surgieron y que no fueron honradas por la demandada, son aquellas que se determinaron en el acuerdo de asociación inicial, por lo que es a la luz de ese documento, bajo la cual se debe evaluar la conducta de la demandada.



Ello por cuanto conforme lo establecido en la sección 10.4 de contrato de fecha 5 de diciembre de 2014, los cambios que al mismo se realizarán, **deberían serlo por escrito y con la declaración expresa de tratarse de una enmienda al contrato inicial**, circunstancia ésta que no aconteció en este caso, pues no era la voluntad de las partes que mediante la firma del documento consorcial de fecha 11 de diciembre de 2014 se invalidara el acuerdo inicial.

La única modificación que si se aplicó al contrato base, es la referida a los porcentajes de participación de las partes en responsabilidades e ingresos, los cuales se habían fijado inicialmente en 70% para **ADVANTECH** y un 30% para **ENTELCOM**, y que luego por acuerdo entre las partes fueron establecidos en 65% para **ADVANTECH** y 35% para **ENTELCOM**.

Pero por fuera de ello, el documento consorcial de fecha 11 de diciembre de 2014 no tenía como objeto invalidar el acuerdo inicialmente celebrado, sino únicamente permitir el cumplimiento de los requisitos documentales ante la Aerocivil, por lo que los términos del contrato inicial, a excepción de los porcentajes como se explicó, se mantuvieron incólumes siendo vinculantes para las partes y por tanto exigibles.

Establecido entonces que el contrato bajo el cual se rige la relación entre **ADVANTECH** y **ENTELCOM** es el suscrito el 5 de diciembre de 2014, cuyas cláusulas mantienen plena vigencia, es del caso entrar a analizar aquellas cargas que eran vinculantes para las partes, a efectos de establecer si, como lo plantea la demanda, las que aquí se reclaman son exigibles para **ENTELCOM** y si sobre ellas se ha establecido la existencia de un incumplimiento por la parte demandada.



Para ello, lo primero que resulta relevante recordar, es que lo que aquí se pretende es el reconocimiento del lucro esperado que dejó de percibir mi poderdante, por cuenta de un incumplimiento de los términos del contrato por parte de la sociedad **ENTELCOM**, al transferir al Consorcio, obligaciones que le eran propias de conformidad con lo acordado por las partes.

Como se evidencia en la sección 2 del contrato de fecha 5 de diciembre de 2014, numeral 2.1, las partes acordaron que la obra sería ejecutada por cada una de ellas, de conformidad con la distribución de obligaciones que se encuentra reflejada en la matriz de responsabilidades allegada al proceso por la parte demandada, en la cual se establecen cada uno de los Items que estaban a cargo de cada una de las partes.

Con base en ello, en el numeral 2.6 de la segunda sección del contrato de Consorcio suscrito entre **ADVANTECH** y **ENTELCOM** el día 5 de diciembre de 2014, las partes convinieron que los ingresos producto del futuro contrato a celebrarse con la Aerocivil, serían divididos de acuerdo con su porcentaje de participación en las responsabilidades del contrato, establecidas inicialmente en 70% para **ADVANTECH** y 30% para **ENTELCOM**, porcentaje que posteriormente fue reajustado mediante el documento denominado acuerdo consorcial que fue aportado a la **AEROCIVIL**, en el cual se estableció que el porcentaje de participación sería 65% **ADVANTECH** y 35% **ENTELCOM**.

Conforme lo indicó el representante legal de la sociedad **ENTELCOM** dentro del interrogatorio de Parte practicado ante la primera instancia dentro de la audiencia inicial, (minuto 12:02 en adelante de la grabación), de acuerdo con la distribución de las responsabilidades las consorciadas fijaron los valores a cobrar por cada uno de los conceptos a ejecutarse y que en conjunto establecían el valor total del precio



del contrato, los cuales fueron incluidos en el formato 7 aportado como parte de la oferta del Consorcio VSAT a la Aerocivil, tal y como se acredita en las pruebas documentales obrantes en el expediente.

Cabe destacar en este punto, que el contrato celebrado con la Aerocivil, era un contrato a precio global, en el cual se deberían haber incluido todos los costos directos e indirectos para la ejecución de la obra, tal y como se indica en el numeral 6 del párrafo Primero de la Cláusula 10 del contrato de suministro e instalación No. 14000165-OK2014 celebrado con la Aerocivil, sin que el contratista posteriormente, pudiera reclamar por mayores costos en la ejecución del contrato.

Esto lleva a concluir, que, al momento de establecer los valores del contrato, cada una de las partes debió incluir en sus rubros todos los costos que debían generarse con ocasión del cumplimiento de sus responsabilidades a efectos de que se mantuviera el equilibrio del mismo, incluso ante imprevistos que pudieran presentarse en el desarrollo de la obra.

De acuerdo con ello, atendiendo a que el cálculo de los valores a incluir dentro de la cotización correspondía a cada uno de los consorciados en relación con los ítems cuyo desarrollo estaría a su cargo de acuerdo con lo convenido por ellas, entre otros documentos, a través de la matriz de responsabilidades, es claro que en caso de que existieran costos adicionales sobre los valores cotizados, cada una debería asumir su pérdida de conformidad con el contrato de trabajo conjunto suscrito entre las partes, pues en el mismo se estableció que cada parte se hacía responsable de la exactitud de sus aportes a la preparación de la propuesta (sección 3 Contrato de Trabajo Conjunto 5 de diciembre de 2014), por lo que en caso de que se presente un sobre costo para el ítem cuya cotización correspondió a una de las partes y que era



de su responsabilidad, aquella deberá asumirlas en su totalidad, sin poder trasladarlas total o parcialmente al otro contratante.

No obstante, tal y como se refleja en los dictámenes periciales, **ENTELCOM** incumplió su compromiso en relación con el límite de su porcentaje de participación, al ejecutar un valor mucho mayor al que le correspondía en el contrato, trasladando al consorcio y por ende a la sociedad **ADVANTECH**, los costos que estaban a su cargo como proveedor de los equipos que debían adquirirse a la sociedad **FREQUENTIS** y los servicios que debía realizar para la ejecución del contrato con la **AEROCIVIL**, pues es de anotar que como lo reconoció el representante legal de la sociedad **ENTELCOM** dentro de la diligencia de Interrogatorio de Parte a minuto 20:28, las partes frente al Consorcio participaban como proveedores, **ADVANTECH** de equipos y **ENTELCOM** de equipos y principalmente de servicios, de acuerdo con lo cual el pago de las subcontrataciones que eventualmente se debieran realizar por **ENTELCOM** para el cumplimiento de sus obligaciones en el contrato, deberían ser cancelados por esa sociedad, sin que pudieran trasladarse al consorcio.

De acuerdo con ello, es evidente que esta realidad de las partes como proveedores de servicios, debió quedar así reflejada en la contabilidad del Consorcio, en la cual los soportes de los egresos debían corresponder a facturas emitidas por **ADVANTECH** y **ENTELCOM**, sin que fuera posible que en lo que respecta a los productos y servicios que a cada uno le correspondían suministrar con ocasión de la ejecución del contrato con la Aerocivil, se registraran directamente al Consorcio cobros de terceros.



Sin embargo, la contabilidad del Consorcio refleja una cosa bien diferente, pues se reportaron pagos directamente del Consorcio a proveedores diferentes a **ADVANTECH** y **ENTELCOM**, relacionados con los productos y servicios que debieron ser adquiridos directamente por **ENTELCOM** y posteriormente cobrados por esa sociedad al Consorcio, evidenciando además que sumados los valores de los productos y servicios que debieron ser ejecutados por **ENTELCOM** y cuya cotización realizó de forma previa mediante el formato 7, superan el equivalente en dinero del porcentaje de participación que se estableció entre las partes frente al total del contrato, que en el caso de **ENTELCOM** correspondía al 35%.

De acuerdo con ello, la sociedad **ENTELCOM** incumplió el acuerdo celebrado entre las partes, al trasladar al consorcio y por ende a mi poderdante, obligaciones con proveedores de bienes y servicios que le eran propias, y que debían ser asumidos por ella con cargo al valor correspondiente a su porcentaje de participación, atendiendo a los valores cotizados previamente por ella que debieron haber incluido todos los costos que acarreaban la adquisición de los equipos a su cargo, así como la prestación de servicios.

Pero además si se revisan los valores cancelados directamente a **ENTELCOM** por los servicios facturados por aquella, así como los pagos efectuados a **FREQUENTIS** por concepto de equipos y los valores cancelados a terceros por los servicios asociados con la ejecución de la parte del contrato a cargo de la sociedad demandada, se obtiene que como lo indica el dictamen pericial allegado como prueba de la demanda, se ejecutó en dinero por parte de esa sociedad por lo menos el equivalente al 49.05% del valor del total del contrato celebrado con la Aerocivil, en un escenario en que los gastos operacionales del Consorcio los asumió el



Consortio y cada parte respondía por los gastos de nacionalización de los equipos que se vendieran para la ejecución del contrato.

Así las cosas, entonces la sociedad **ENTELCOM** dispuso de un porcentaje mayor en dinero del que le correspondía de conformidad con los porcentajes fijados por las partes, el cual fue superado en por lo menos un 14.05%, los cuales ejecutó esa sociedad en claro perjuicio de mi poderdante, que contrario a lo esperado y acordado entre las partes, solo ejecutó en dinero para la compra de los equipos que debía suministrar al Consorcio el porcentaje equivalente al 50.95% del valor total del contrato, el cual resulta inferior al porcentaje acordado en el Contrato de Consorcio, que se fijó en el 65% de lo pactado con la Aerocivil.

Esa irregular situación sobre el mayor valor ejecutado, se hace evidente en el pago realizado por concepto de los equipos adquiridos a la sociedad **FREQUENTIS**, para lo cual los dictámenes periciales coinciden en reflejar el pago de una suma superior al valor incluido por la sociedad **ENTELCOM** en el formato 7, a través del cual las partes fijaron los precios para establecer el valor de la oferta, en el cual se indicó por la demandada que el valor de los equipos alcanzaba la suma de **DOS MIL TRESCIENTOS SETENTA Y SIETE MILLONES CINCUENTA Y CINCO MIL PESOS M/CTE. (\$2.377.055.000)**, cifra inferior al total recibido por parte de esa sociedad con ocasión a la adquisición de equipos.

Incluso, en el dictamen pericial aportado por la sociedad demandada, el perito anota a folio 1230 del expediente, que el pago realizado por el Consorcio a la sociedad **FREQUENTIS** con cargo a la factura 90007096 por valor de **MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS VEINTICINCO MIL PESOS M/CTE. (\$1.758.225.000)**, hace parte de la adición



al contrato celebrado con la Aerocivil, cuyo valor corresponde a la suma de **MIL QUINIENTOS CUARENTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y SIETE MIL CIENTO OCHENTA Y OCHO PESOS M/CTE. (\$1.547.467.188)**, lo que representa un valor mayor pagado por la suma de **DOSCIENTOS DIEZ MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS DOCE PESOS M/CTE (\$210.757.812.)**, evidenciando que nunca se respetaron por parte de **ENTELCOM** los valores establecidos, habiendo realizado pagos a sus proveedores superiores a los cotizados inicialmente y que debían cubrirse con cargo a su porcentaje de participación.

Todo esto da cuenta del incumplimiento contractual en el que incurrió la parte demandada, que no observó como debía el límite de sus derechos económicos, habiéndose apropiado de forma indebida y en perjuicio de mi poderdante de una suma mayor a la que le cabía sobre el total del contrato, de lo que se sigue que por su causa **ADVANTECH** no recibió el valor que le correspondía, como consecuencia de la inexactitud en la que incurrió **ENTELCOM** respecto de los valores de la oferta, que además se negó a sumir a pesar de haberse comprometido a ello.

De esta manera, se concreta entonces una responsabilidad en cabeza de la demandada, frente al daño derivado de su incumplimiento frente al contrato suscrito con **ADVANTECH**, por la cual está llamada a responder al configurarse su culpa por haber irrespetado mediante su actuar el compromiso adquirido, dando lugar a incumplimiento del contrato lo que configura su deber de reparar.



3.4 Desconocimiento de la relación de mandato entre Mercedes Orozco y ADVANTECH, al no tener en cuenta la prueba documental que corresponde al acuerdo consorcial VSAT2014, aportado ante la Aerocivil.

Como pretensión subsidiaria en la demanda, se solicitó por la parte demandante que en caso de que no resultarán prósperas las pretensiones de responsabilidad contractual en contra de **ENTELCOM**, se procediera a analizar la responsabilidad que cabe a la señora Mercedes Orozco, con ocasión de su faltas frente a las obligaciones legales como mandataria de las sociedades consorciadas ante la Aerocivil, tomando como base de esa responsabilidad, la aceptación que aquella expresamente manifestó para representar los intereses de las partes, para todo lo relacionado con el contrato a suscribirse ante la Aerocivil.

Así, mediante el documento consorcial de fecha 11 de diciembre de 2014, la señora Mercedes Orozco asumió la representación no solo del consorcio sino además de cada una de las consorciadas, quienes la facultaron para actuar en nombre de aquellas en todo lo que tiene que ver con el contrato que se suscribió con la Aerocivil, tanto en lo que respecta a su negociación, celebración y ejecución.

Este acuerdo, tal y como fue concebido y en el cual consintió la parte demandante, se adapta a la definición que de la figura del mandato establece el artículo 1262 del Código de Comercio, atendiendo a que mediante la representación asumida, la señora Mercedes Orozco se obligó a ejecutar actos de comercio en favor de mi representada, relacionados principalmente con la presentación de una oferta y posteriormente la celebración y ejecución del contrato que se realizara con la Aerocivil, ante quien actuaría en nombre de mi poderdante.



Dentro de ese documento, las partes establecieron las facultades que los consorciados tanto conjuntamente como de forma individual otorgaron a la demandada, siendo claro que surgen para ella obligaciones por la gestión de ese negocio, las cuales además de lo que pacten las partes, le son impuestas por la ley, principalmente relacionadas con el pago al mandante del provecho que se obtenga del negocio encargado, informar y consultar sobre cualquier situación no prevista en el mandato y rendir cuentas.

De acuerdo con los resultados del negocio, la señora Mercedes Orozco, no representó en debida forma los intereses de la sociedad **ADVANTECH**, y tampoco ejecutó de forma correcta las responsabilidades a su cargo, pues a pesar de tener pleno control sobre los dineros producto del contrato celebrado por **EL CONSORCIO** con la **AEROCIVIL**, por tener el manejo de **LA CUENTA CORRIENTE** del **CONSORCIO**, lo cierto es que aquella no entregó a la demandada el valor que le correspondía por su porcentaje de su participación, favoreciendo a la sociedad **ENTELCOM** al permitirle una ejecución de los dineros en un porcentaje mayor al que se fijó a su favor en el contrato.

Adicionalmente, la señora Mercedes Orozco, nunca informó a mi poderdante ninguna irregularidad en el desarrollo del negocio, como tampoco consultó sobre la posibilidad de permitir la apropiación de un mayor porcentaje del valor del contrato a la sociedad **ENTELCOM**, circunstancia que además configura el incumplimiento de su obligación de rendir cuentas, pues jamás mostró a la sociedad que representó el avance en el desarrollo del negocio, que le permitiera observar su desarrollo y alertarse del incumplimiento y la ventaja indebida de la otra parte.



De acuerdo con lo indicado, la señora Mercedes Orozco incurrió en incumplimiento de sus deberes de representación, configurándose su responsabilidad por los daños causados a mi poderdante, los cuales está en el deber de resarcir al ser el resultado de su actuar negligente y por tanto culposos.

3.5 Negación de la existencia de responsabilidad extracontractual de la señora Mercedes Orozco, en relación con los perjuicios económicos ocasionados a la sociedad **ADVANTECH**.

El señor Juez consideró que no hay lugar a analizar la responsabilidad extracontractual de la señora Mercedes Orozco Orozco, como quiera que ella nunca actuó de forma independiente en el desarrollo negocial entre las partes, ni tampoco actuó por cuenta propia, pues siempre lo hizo como consecuencia del negocio celebrado entre la parte demandante y la demandada.

Al respecto, lo primero que conviene indicar es que no en pocas ocasiones, las partes vinculadas inicialmente por un contrato, terminan sufriendo daños que no necesariamente devienen de la infracción de las reglas que rigen su relación, pero que si son consecuencia del actuar de una de ellas como resultado de la violación del deber general de no causar daño, por lo que en tales casos la responsabilidad deviene en extracontractual, como quiera que no tiene vinculo con el negocio, a pesar de que pueda tener lugar en el marco de su desarrollo.

De esta manera, el hecho de que un daño se ocasione de forma paralela a la existencia de un negocio pero sin que se configure el incumplimiento del mismo, no deja desprotegido al afectado ni impune al ofensor, teniendo aquel la facultad de reclamar la indemnización correspondiente mediante la acción extracontractual.



Ahora bien, es de señalar que la señora Mercedes Orozco tal y como se observa de las pruebas que obran en el expediente, a pesar de la oposición expresa de mi poderdante, se abrogó de forma exclusiva el manejo de la cuenta corriente en la cual se depositaron los ingresos a distribuirse entre las partes, teniendo así la facultad unilateral de disponer de los dineros producto del contrato con la Aerocivil e impedir a mi poderdante tener acceso al manejo conjunto de la cuenta de forma que pudiera verificar el estado de los dineros depositados, así como obtener el porcentaje de participación que le correspondía conforme el contrato celebrado con **ENTELCOM**.

De acuerdo con ello, la señora Mercedes Orozco con su actuar y al margen de la relación contractual, se endilgó facultades en abierto desconocimiento de los derechos de mi poderdante, lo cual la hace responsable de cualquier perjuicio que por el manejo indebido de los dineros le hubiera ocasionado, estando llamada a repararlos en caso de que no se acceda a determinar la responsabilidad contractual bien sea de **ENTELCOM** o de la señora Mercedes Orozcoz.

4. SOLICITUD

- 4.1 En mérito de lo expuesto, de la manera más respetuosa solicito a la Honorable Magistrada Ponente y los Magistrados de la Sala Civil de decisión del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., **REVOCAR** la sentencia proferida por el señor Juez Veinticinco (25) Civil del Circuito de la ciudad de Bogotá, D.C., de fecha 10 de agosto de 2021, para en su lugar acoger las pretensiones de la demanda, ordenando la reparación de los perjuicios ocasionados a mi poderdante de acuerdo con los



hechos de la demanda, lo solicitado como reconocimiento y lo demostrado en el proceso.

De los Honorables Magistrados,

Sandra M. Méndez P.
SANDRA MILENA MÉNDEZ PAREDES

C.C. 52.425.191 de Bogotá, D.C.

T.P.A. 161.233 del C.S. de la J.

110013103027201400229 01

RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C.
S E C R E T A R I A
SALA CIVIL
Avenida Calle 24 No. 53 – 28 Oficina 305 C
Teléfono: 4233390

Magistrado : **ADRIANA AYALA PULGARIN**

Procedencia : 027 Civil Circuito

Código del Proceso : 110013103027201400229 01

Instancia : Segunda Instancia

Clase de Juicio : Ejecutivo Singular

Recurso : Queja

Grupo : 32

Repartido_Abonado : REPARTIDO

Demandante : MARIA CLAUDIA CARRILLO

Demandado : DAVID DURAN SANCHEZ

Fecha de reparto : 8/09/2021

C U A D E R N O : 2



REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA
SALA CIVIL
ACTA INDIVIDUAL DE REPARTO

Fecha : 08/sept./2021

Página 1

*~

GRUPO RECURSOS DE QUEJA

CD. DESP SECUENCIA FECHA DE REPARTO
015 6953 08/sept./2021

REPARTIDO AL DOCTOR (A)

ADRIANA AYALA PULGARIN

<u>IDENTIFICACION</u>	<u>NOMBRE</u>	<u>APELLIDO</u>	<u>PARTE</u>
23873074	MARIA CLAUDIA CARRILLO		01 *~
17386641	DAVID DURAN SANCHEZ		02 *~

אזה מנה: פיהקה ת נרפ"קרה: קיי קיל

OBSERVACIONES:

110013103027201400229 01

BOG03TSBL02
LZULUAG

FUNCIONARIO DE REPARTO

ALCIDES BERMUDEZ GARZON
ABOGADO

Honorable Magistrado

DR. JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ- SALA CIVIL
E. S. D.

Ref. PROCESO EJECUTIVO HIPOTECARIO
RADICACION: 11001310303520140047102
JUZGADO 51 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA, D.C.
DEMANDANTE: ALFONSO MARTINEZ AREVALO
DEMANDADOS: HEREDEROS DE VICTOR GUILLERMO OCHOA ROMAN

ASUNTO: SUSTENTACION DEL RECURSO APELACION CONTRA LA SENTENCIA DE 04/11/2020.JUEZ 51 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA, D.C.

Respetado Doctor:

ALCIDES BERMÚDEZ GARZÓN, apoderado del menor demandado, DANIEL FELIPE OCHOA QUINTERO, quien se encuentra representado legalmente por su progenitora, MYRIAM EDITH QUINTERO CEBALLOS, reconocido en autos, estando dentro del término legal, con todo respeto sustento el recurso de apelación interpuesto contra la **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA** proferida por el señor **JUEZ 51 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA, D.C.**, el **04/11/2020**, en los siguientes términos:

FUNDAMENTO DEL RECURSO:

a.- El ejecutante vinculó a mi representado como persona mayor de edad, tal como lo ratifica la otra parte demandada al descender su traslado:

“(…) Adicional a lo anterior, su señoría ordena la notificación al menor DANIEL FELIPE OCHOA QUINTERO, por inducción de la parte demandante cuando esta conocía de la existencia del menor pues quiso hacerse parte del proceso de sucesión; yerro que ha persistido desde un comienzo...(…)”.

b.- Lo anterior, se encuentra probado con los documentos allegados por el actor al presente proceso, que corresponden a providencias del Juzgado Noveno de Familia de Descongestión de Bogotá y Juzgado 13 de Familia de Bogotá, radicado 2014-678, acompañados del registro civil de nacimiento No. 38845402 del menor DANIEL FELIPE OCHOA QUINTERO.

c.- No obstante, el ejecutante procede a sustituir su demanda y e insiste nuevamente en vincular a mi representado como persona mayor de edad y consecuencia de esto, el Juzgado 35 Civil del Circuito de Bogotá profiere **el auto de Marzo 27 de 2015 dentro del radicado 11001310303520140047100**, , **admite la sustitución de la demanda presentada por el actor** y procede a incluir como títulos ejecutivos los pagarés 014 y 015 y a incluir como heredero determinado de Víctor Guillermo Ochoa a **Daniel Ochoa Quintero**. **Directamente como si fuera**

ALCIDES BERMUDEZ GARZON

ABOGADO

mayor de edad y no por intermedio de su Representante Legal. Situación que el ejecutante al descorrer su traslado frente al hecho 5., dice “Es Cierto” y región seguido trata de exculparse manifestando un supuesto desconocimiento que mi poderdante fuera mayor de edad, a pesar que éste aportó el registro civil de nacimiento No. 38845402 del menor DANIEL FELIPE OCHOA QUINTERO.

d.- Era deber y lealtad procesal que el ejecutante hubiera advertido la anterior circunstancia al Despacho de ese entonces, por lo que, conllevó directamente se ordena el emplazamiento al susodicho heredero mediante publicación en los periódicos El Tiempo o Espectador. Así es que, el 04 de abril de 2016, se notifica personalmente el Dr. Carlos Arturo Bernal Godoy como CURADOR AD-LITEM del heredero determinado, **Daniel Felipe Ochoa Quintero, como persona mayor de edad,** quien no propone nada al respecto ni mucho menos presenta excepción alguna a favor del menor demandado.

e.- Sumado a lo anterior, el Juzgado 51 Civil del Circuito de Bogotá libró el respectivo **MANDAMIENTO EJECUTIVO HIPOTECARIO** el 29 de agosto de 2016, a favor del demandante y en contra de los herederos determinados de Víctor Guillermo Ochoa, a saber: Sergio Iván Guillermo Ochoa Pérez, Adriana Esperanza Ochoa Pérez, Carol Ximena Ochoa Pérez, Susana Guisella Ochoa Pérez y **Daniel Felipe Ochoa Quintero, éste último como persona mayor de edad,**

f.- A pesar que, el Mandamiento ejecutivo hipotecario se dirigió en contra del heredero, **DANIEL FELIPE OCHOA QUINTERO como persona mayor de edad,** el ejecutante desconociendo lo previsto en dicho auto, procede a notificar a **DANIEL FELIPE OCHOA QUINTERO** por intermedio de su Representante Legal, MYRIAM EDITH QUINTERO CEBALLOS. Esta conducta por demás ilegal del ejecutante hace que se profiera el auto notificado por estado de mayo 16 de 2018, entre otros, “... tiene por notificado a Daniel Felipe Ochoa por aviso, quien no contestó demanda ni propuso excepciones. (...)”

g.- Aunado a lo anterior, este procurador no avizora dentro del expediente, aplicación alguna del artículo 132 del Código General del Proceso respecto del Control de legalidad, que prevé:” **Agotada cada etapa del proceso el juez deberá realizar control de legalidad para corregir o sanear los vicios que configuren nulidades u otras irregularidades del proceso, las cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes, sin perjuicio de lo previsto para los recursos de revisión y casación.**” (Subrayado y negrilla fuera del texto).

h.- En reiterada jurisprudencia se ha sostenido que debe primar y prevalecer el derecho sustancial sobre las actuaciones procesales, en procura de no soslayar los derechos fundamentales, el debido proceso y el derecho de defensa de las partes. A humilde consideración de este apoderado en el presente caso se encuentran vulnerados flagrantemente del menor demandado, **DANIEL FELIPE OCHOA QUINTERO**

ALCIDES BERMUDEZ GARZON

ABOGADO

Para el caso que no ocupa es importante traer a colación la reciente Sentencia C-163 de abril 10 de 2019, Expediente D-12556, M.P. Dra. Diana Fajardo Rivera, que preceptúa:

“(…)

11. El debido proceso constituye un conjunto de garantías destinadas a la protección del ciudadano vinculado o eventualmente sujeto a una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten las formalidades propias de cada juicio. En consecuencia, implica para quien asume la dirección del procedimiento la obligación de observar, en todos sus actos, la plenitud de las formas previamente establecidas en la ley o en los reglamentos. Esto, con el fin de preservar los derechos de quienes se encuentran incurso en una relación jurídica, en todos aquellos casos en que la actuación conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o una obligación o a la imposición de una sanción⁽¹⁶⁾. (Subrayado fuera del texto)

Bajo la acepción anterior, el debido proceso se resuelve en un desarrollo del principio de legalidad, en la medida en que representa un límite al poder del Estado. De esta manera, las autoridades estatales no pueden actuar a voluntad o arbitrariamente, sino únicamente dentro de las estrictas reglas procedimentales y de contenido sustancial definidas por la ley⁽¹⁷⁾. La manera de adelantar las diferentes etapas de un trámite, de garantizar el derecho de defensa, de interponer los recursos y las acciones correspondientes, de cumplir el principio de publicidad, etc., se encuentra debidamente prevista por el legislador y con sujeción a ella deben proceder los jueces o los funcionarios administrativos correspondientes.

Desde otro punto de vista, el debido proceso no solo delimita un cauce de actuación legislativo dirigido a las autoridades sino que también constituye un marco de estricto contenido prescriptivo, que sujeta la producción normativa del propio legislador. En este sentido, al Congreso le compete diseñar los procedimientos en todas sus especificidades, pero no está habilitado para hacer nugatorias las garantías que el Constituyente ha integrado a este principio constitucional. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte⁽¹⁸⁾, el debido proceso comporta al menos los derechos (i) a la jurisdicción, que a su vez conlleva las garantías a un acceso igualitario de los jueces, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior y al cumplimiento de lo decidido en el fallo; (ii) al juez natural, identificado como el funcionario con capacidad legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley; y (iii) el derecho a la defensa.

Del debido proceso también hacen parte, los derechos a (iv) las garantías mínimas de presentación, controversia y valoración probatoria⁽¹⁹⁾; (v) a un proceso público, llevado a cabo en un tiempo razonable y sin dilaciones injustificadas; (vi) y a la independencia e imparcialidad del juez. Esto se hace efectivo cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo y la decisión se fundamenta en los hechos del caso y las normas jurídicas aplicables.

ALCIDES BERMUDEZ GARZON

ABOGADO

12. Como se indicó, el debido proceso cobija el derecho de defensa. Esta garantía supone la posibilidad de emplear todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y pretender una decisión favorable. En virtud de su contenido, todo ciudadano ha de contar con el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su estrategia y posición, así como con la asistencia de un abogado cuando sea necesario, de ser el caso proporcionado por el Estado, si la persona carece de recursos para proveérselo por sí misma. La posibilidad de que toda persona pueda emplear todas las herramientas y mecanismos adecuados para defenderse comporta, además, la facultad procesal de pedir y allegar pruebas, de controvertir las que se aporten en su contra, de formular peticiones y alegaciones e impugnar las decisiones que se adopten⁽²⁰⁾.

13. Articulado al sistema de garantías procesales, la Corte ha considerado que el acceso a la justicia es un derecho fundamental y, a su vez, se incorpora al núcleo esencial del debido proceso⁽²¹⁾. Se trata de un derecho de carácter rigurosamente material, puesto que implica no solo la posibilidad de que toda persona solicite la protección de sus legítimos intereses ante los jueces competentes, sino también de que pueda contar con reales mecanismos para presentar sus reclamos ante la administración de justicia y obtener una decisión de fondo, mediante la cual se resuelvan las controversias sobre los derechos, cargas y obligaciones que le corresponde⁽²²⁾. Este tribunal ha subrayado la importancia de que el acceso a la justicia sea en sí mismo, no meramente nominal o enunciativo, sino efectivo, con el fin de asegurar una protección auténtica y real de las garantías y derechos objeto de los debates procesales⁽²³⁾.

El acceso a la justicia comporta también que las particularidades y formas de los regímenes procesales estén dirigidas a asegurar la prevalencia del derecho sustancial y el principio de eficacia de los derechos. En este sentido, se ha considerado de carácter constitucional las normas procesales que tienen como finalidad “garantizar la efectividad de los derechos” y que además propendan por la optimización de los medios de defensa de las personas. Como consecuencia, dicha efectividad constituye una finalidad que debe ser asegurada por las disposiciones adoptadas por el legislador al configurar las reglas de los trámites y procedimientos⁽²⁴⁾.

De acuerdo con lo anterior, el acceso a la justicia conlleva por lo menos los derechos

(i) de acción o promoción de la actividad jurisdiccional, los cuales se concretan en la posibilidad de todo sujeto de ser parte en un proceso y de utilizar los instrumentos que allí se prevén para plantear sus pretensiones al Estado, sea en defensa del orden jurídico o de sus intereses particulares; (ii) a que la promoción de la actividad jurisdiccional concluya con una decisión de fondo en torno a las pretensiones que han sido planteadas; (iii) a que existan procedimientos adecuados, idóneos y efectivos para la definición de las pretensiones y excepciones debatidas; (iv) a que las controversias planteadas sean resueltas dentro de un término prudencial y sin dilaciones injustificadas, (v) a que las decisiones sean adoptadas con el pleno respeto

ALCIDES BERMUDEZ GARZON

ABOGADO

del debido proceso, (vi) a que exista un conjunto amplio y suficiente de mecanismos para el arreglo de controversias, (vii) a que se prevean mecanismos para facilitar los recursos jurídicos a quienes carecen de medios económicos y (viii) a que la oferta de justicia cubra todo el territorio nacional⁽²⁵⁾.

14. En los anteriores términos, entre los contenidos del debido proceso, se encuentran las garantías mínimas probatorias que deben ser resguardadas en toda actuación. Forma parte de ese mandato constitucional también el derecho fundamental a la defensa, el cual supone, así mismo, las facultades de presentación, controversia y valoración probatoria. Por su lado, el derecho de acceso a la justicia se incorpora al núcleo esencial del debido proceso y, además, una de sus garantías consiste en que las controversias sean adoptadas con el pleno respeto de las formas propias de cada juicio. Adicionalmente, según la Corte, el debido proceso materializa el derecho de acceso a la justicia⁽²⁶⁾. Debe ahora la Corte profundizar en el derecho a contar con unas garantías mínimas probatorias.

15. El régimen probatorio ocupa un lugar central dentro del sistema de protecciones del debido proceso, pues solo a partir de un robusto debate fundado en medios de convicción puede establecerse la configuración de los supuestos de hecho previstos en las reglas legislativas y la aplicación de las consecuencias jurídicas para cada hipótesis⁽²⁷⁾. En este sentido, las garantías mínimas probatorias que hacen parte del debido proceso constituyen un conjunto de posiciones jurídicas esenciales alrededor del papel de los elementos de prueba dentro de los procesos judiciales. Este grupo de posiciones compone a su vez lo que se ha denominado el debido proceso probatorio⁽²⁸⁾, como salvaguarda del derecho de defensa y de las partes en general. (...)

i.- Es de advertir que el suscrito procurador presentó dos incidentes de nulidad, uno por las vulneraciones de los derechos fundamentales del menor representado por indebida notificación y otro por el hecho de no haber sido convocado a la audiencia que trata el artículo 372 del CGP, a pesar de venir actuando dentro del proceso desde mucho antes de la citada audiencia y a que mi correo electrónico se encuentra actualizado en el Registro de abogados, las cuales fueron denegadas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Invoco como fundamento de derecho el artículo 29 de C.P.; Sentencia C-163 de abril 10 de 2019, Expediente D-12556, M.P. Dra. Diana Fajardo Rivera: artículos 132,320 y s.s. del Código General del Proceso, Decreto 806-2020 y demás normas vigentes y concordantes.

PRUEBAS y ANEXOS

1. Todas las documentales aportadas al expediente y las actuaciones surtidas en el proceso.
2. Registro civil de nacimiento de DANIEL FELIPE OCHOA QUINTERO (obrante en el expediente).

ALCIDES BERMUDEZ GARZON

ABOGADO

OBJETO DE LOS RECURSO:

Por lo brevemente expuesto y probado dentro del expediente, con todo respeto solicito a los Señores Magistrados de segunda instancia:

1. Revocar **LA SENTENCIA DE FECHA 04/11/2020** proferida por señor Juez 51 Civil del Circuito de Bogotá.
2. En su reemplazo proferir sentencia favorable al menor aquí demandado, **DANIEL FELIPE OCHOA QUINTERO**.
3. Condenar a la parte demandante en costas del proceso.

NOTIFICACIONES:

La parte actora en la dirección indicada en la demanda.

Mi poderdante en Calle 12 # 11 28 de Chía-Cundinamarca, e-mail: quintero.myriam214@gmail.com, móvil: 312 373 1902

El suscrito apoderado del menor demandado en la Av. Jiménez No. 4-40 oficina 302 Bogotá, D.C., email: conjuridicoabg@hotmail.com. Móvil 311 461 5104

Del Honorable Magistrado,

Atentamente,
ALCIDES BERMÚDEZ GARZÓN
C.C. 19.400.059 Bogotá.
T.P. 76.579 del C. S. de la J.

Doctora:
AIDA VICTORIA LOZANO RICO
Magistrada Tribunal Superior de Bogotá
Sala Civil.
E.S.D.

REF. EXPEDIENTE No. 11001310303620140048901
PROCESO DECLARATIVO
DEMANDANTE: CRISANTO MONTAGUT MARTINEZ
DEMANDADOS: TECNOLOGIAS APLIKADAS EU Y OTRO.

ASUNTO: SUSTENTACION RECURSO DE APELACION CONTRA SENTENCIA PROFERIDA EL DÍA 5 DE MARZO DE 2021 POR EL JUZGADO 51 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA.

FRANCO RAMIRO GOMEZ BURGOS, actuando en mi condición de apoderado de la parte demandante dentro del proceso de la referencia, me permito sustentar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia proferida el día 5 de marzo de 2021, para que se revoque y en su defecto se concedan las pretensiones de la demanda principal, la cual sustentó en los siguientes términos.

1. EN RELACION CON EL REPARO SOBRE LA CONFUSIÓN DEL DESPACHO CON RESPECTO A LAS CARACTERÍSTICAS DE UN CONTRATO DE ASOCIACIÓN O COLABORACIÓN PARA IMPLEMENTAR Y PARAMETRIZAR UN SOFTWARE, CON UN CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.

Sin lugar a dudas, el *A-Quo* confundió los elementos de un contrato de prestación de servicios con el contrato de colaboración o unión temporal que efectuaron realmente el señor CRISANTO MONTAGUT y VLADIMIR GUZMAN Y APLIK, contrato que se define como aquellos mediante el cual diferentes personas o empresas se unen para colaborar en el desarrollo o ejecución de un negocio, sin constituir una persona jurídica distinta a las que colaboran en el contrato.

Hay varias clases de contratos de colaboración, un ejemplo de ellos son los consorcios, las uniones temporales, las cuentas en participación o los contratos de administración delegada.

Para nuestro caso estamos en presencia de un contrato de colaboración, de unión temporal, cuyos elementos se demostraron a lo largo del presente proceso, puesto que el señor CRISANTO MONTAGUT se unió a los demandados con el ánimo de presentar la propuesta a PROMOAMBIENTAL fue idea de CRISANTO MONTAGUT, quien a finales de enero de 2010 invitó al ingeniero VLADIMIR GUZMAN para comenzar a promocionar su idea del software que posteriormente se denominó AIDA, afirmación ésta que fue confirmada en interrogatorio de IVANO GOMEZ, quien en audiencia del día 22 de junio de 2018, a la hora 2:17 de la grabación de audiencia, manifestó que eso era cierto y agregó que el señor MONTAGUT aprovechó la experiencia de APLIK.

Es claro que estos contratos se utilizan para desarrollar actividades o labores puntuales y temporales, que no tienen la vocación de convertirse

en una sociedad comercial permanente, como en efecto sucedió con la relación de los aquí demandante y demandados.

Con los contratos de colaboración se evita crear una sociedad cuando para desarrollar un negocio se requiere el concurso de varias personas o sociedades.

También se probó claramente cuáles eran las obligaciones y responsabilidades de ambas partes. Además de la actividad a realizar, se definió su duración, tiempo que coincidía con la época de terminación del contrato de arriendo del software AIDA, y la opción de compra que finalmente hizo la empresa Promoambiental.

En el presente caso no existió un contrato de prestación de servicios como lo propone equivocadamente el despacho, dado que CRISANTO MONTAGUT no fue contratado por las demandadas APLI K ni Vladimir Guzmán, ni estuvo sometido a su voluntad, dado que estas personas se asociaron con un propósito común, el cual era ofrecer una solución tecnológica para la empresa de aseo Promoambiental, el cual como ya hemos visto nació del a idea de MONTGUT y que luego invitó a los demandados para que estos aportar su capital de trabajo en el desarrollo del software AIDA.

2. RESPECTO AL REPARO DE TENER POR DEMOSTRADO UN CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS CUANDO SE CONFIGURÓ UN CONTRATO DE COLABORACION.

NO es cierto como lo sostiene el despacho, que se configuró un contrato de prestación de servicios cuando afirma que:

“se extrae que de las obligaciones contraídas se desprenden de un contrato de prestación de servicios que emerge del pretexto normativo contenido en el artículo 1495 del código civil, en tanto que las partes intervinientes celebraron un acto verbal por el cual una de ellas se obligó para con otra a hacer una cosa –gestionar el software AIDA-. Y la otra, a dar una cosa a cambio –pagar una suma de dinero-”

En el proceso se demostró que la unión temporal entre demandante y demandadas, se dio con ocasión de presentar una propuesta de implementación y desarrollo de un software para empresas de aseo, y una vez iniciado el contrato con Promoambiental, las condiciones de colaboración por parte de CRISANTO MONTAGUT cambiaron, tal y como lo manifestó en su interrogatorio, y es por eso que su participación en las ganancias se redujeron del 50% al 35%, a cambio de que de ahí en adelante, todo el desarrollo y la implementación del software lo harían las demandadas, por lo que no puede sostener el A Quo, que las obligaciones contractuales se limitaron de un lado a hacer un software y de otro a pagar por él y que por ello se configura un contrato de prestación de servicios.

Por el contrario, sí se demostró la existencia de un contrato de asociación o colaboración y sí se demostró el incumplimiento por parte de las demandadas al no cancelar el valor acordado como participación en el proyecto AIDA.

3. EN CUANTO AL REPARO DE DESCONOCER EL ACUERDO ECONÓMICO DE PARTICIPACIÓN ECONOMICA COMO ELEMENTO DEL CONTRATO DE COLABORACION.

La primera instancia desconoce uno de los elementos del contrato de participación o asociación o colaboración, que es el acuerdo económico al cual llegaron las partes, el cual se deriva no solo de la creación de la idea del software de aseo a cargo de CRISANTO MONTAGUT, sino también el montaje para la propuesta a las empresas de aseo y la parte operativa del software como gerente dentro de Promoambiental, participación que fue del 50% para VLADIMIR o APLIK y el otro 50% para CRISANTO MONTAGUT, y por su parte el sr VLADIMIR se comprometió a trabajar con la parte de cartografía por su experiencia en mapas, acuerdo que al iniciar la firma del contrato se modificó y se redujo al 35%, el cual se liquidaría sobre el valor total del contrato, tal y como se hizo con el anticipo que PROMOAMBIENTAL pagó a APLIK en la suma de \$30.000.000 de lo cual se le pagó al señor MONTAGUT la suma de \$10.500.000, pero se le descontó \$1.500.000 por concepto de viáticos y pasajes.

4. EN LO ATINENTE AL REPARO DE DESCONOCER LA VOLUNTAD DE LAS PARTES.

El señor Juez de instancia desconoció el acuerdo de voluntades entre el demandante **CRISANTO MONTAGUT** y los demandados sociedad **TECNOLOGIAS APLICADAS APLI-K E.U.** y el señor **VLADIMIR ILICH ALEXIS GUZMAN**, quienes se unieron con el propósito de presentar a PROMOAMBIENTAL un Software denominado ADMINISTRACIÓN INTEGRAL DE ASEO -AIDA- con opción de compra de su licencia de uso, donde el primero suministró no solo la idea sino también todo el montaje para presentar el proyecto, y los segundos implementarían y desarrollaría el software, todo ello dentro de un contrato de arriendo con opción de compra, tal cual como sucedió, lo cual se puede evidenciar del mismo objeto del citado contrato, con lo que se descarta toda posibilidad de que se tratara de un contrato de prestación de servicios, puesto que el pago que se haría a Montagut era un porcentaje en el pago que haría Promoambiental por el arriendo y la opción compra, con lo que claramente se demuestra que esa era la participación de un socio, no de un trabajador o un empleado.

5. FRENTE AL REPARO DE NO TENER EN CUENTA COMO PRUEBA DE LA ASOCIACION EL CONTRATO DE ARRIENDO DEL SOFTWARE.

Al no valorar el contrato de arriendo que firmaron Promoambiental y Apli-k, se desconoció como prueba de la asociación entre el demandante y los demandados, dado que en dicho contrato el señor MONTAGUTH y el señor VLADIMIR GUZMAN, inicialmente fueron designados como coggerentes en la ejecución del software AIDA, y así quedó estipulado en dicho en la cláusula cuarta (Obligaciones del Proveedor) Literal C), prueba documental que desvirtúa cualquier posibilidad de que se trató de un contrato de prestación de servicios.

6. EN LO TACANTE AL REPARO DE NO RECONOCER EL CONVENIO DE COLABORACION ENTRE LAS PARTES.

No puede calificar el despacho como vínculo de las partes, un contrato de prestación de servicios, por cuanto este se desvirtúa cuando no puede estar incluida la cesión tácita de derechos de creación intelectual del software AIDA que hizo MONTAGUTH A VLADIMIR GUZMAN Y APLIK, tal y como sucedió al momento en que MONTAGUTH decide aceptar rebajar su participación en el proyecto del 50% al 35%, es por ello que en este proceso no se está reclamando esos derechos intelectuales, sino su aporte a dicho proyecto, por lo que de plano se descarta la posibilidad de que MONTAGUTH fuera contratado por APLI K para que este desarrollara un software.

7. REPARO DE ERRONEA E INDEBIDA INTERPRETACION DEL ARTICULO 1621 DEL CODIGO CIVIL.

Las reglas de interpretación que se deben seguir a efectos de determinar el alcance obligacional del respectivo negocio jurídico, parte de la lectura a los artículos 1618 y subsiguientes, en donde la jurisprudencia ha establecido un orden para acudir a dichas reglas. En primer lugar, se ubican las reglas principales -subjetivas- derivadas del artículo 1618 del C.C. cuya finalidad es interpretar el contrato de conformidad con la intención real de los contratantes.

Subsidiariamente, cuando estas reglas no resultan suficientes para determinar la común intención de los contratantes, se debe acudir a las reglas objetivas de interpretación que buscan proteger el contrato. Dentro de estas reglas se encuentran la aplicación del efecto útil (art. 1620) y la interpretación según la naturaleza del contrato (art. 1621).

Así, para encontrar el sentido de las obligaciones que pactaron las partes de un contrato, la forma en que lo ejecutaron es el criterio que permite vislumbrar su voluntad en su estado más puro pues corresponde a la interpretación auténtica, viva y animada de las partes respecto del entendimiento que tuvieron del mismo.

Frente al caso concreto debemos verificar cuál fue la intención real de las partes, y no cabe duda que el motivo que inicialmente vinculó a las partes fue el de colaboración, de asociación, donde el señor MONTAGUT tuvo un idea de comercializar un software que sirviera a las empresas de aseo, idea que surgió por su experiencia de varios años trabajando en la empresa "Ciudad Limpia", pero para ello requería la colaboración de una empresa como APLI-K, a quien conoció en dicha empresa, donde la fusión de ideas y de desarrollo e implementación de software, fue la que llevó a que finalmente se lograra el contrato con Promoambiental, en donde el señor MONTAGUT siempre se presentó como socio y no como empleado o un simple colaborador a quien lo contrataron por prestación de servicios, por lo que consideramos que la interpretación que le otorgó el despacho a dicha colaboración empresarial, fue errada y por ende no aplicó en debida forma

el artículo 1621 del código civil, porque la intención de las partes se pudo verificar en la colaboración o de asociación de las partes, la cual se pudo evidenciar en el comportamiento que ellas mismas observaron antes y durante la ejecución del contrato de software, para ello se podía verificar el equipo que se conformó para presentar la propuesta a PROMOAMBIENTAL, donde la idea de CRISANTO MONTAGUT, fue invitar al ingeniero VLADIMIR GUZMAN, para que a finales de enero de 2010, comenzaran a promocionar su idea del software que posteriormente se denominó AIDA, afirmación ésta que fue confirmada en interrogatorio de IVANOA GOMEZ, quien en audiencia del día 22 de junio de 2018, a la hora 2:17 de la grabación de audiencia, manifestó que eso era cierto y agregó que el señor MONTAGUT aprovechó la experiencia de APLIK.

8-. REPARO DE FALTA DE VALORACIÓN DE LOS INTERROGATORIOS DE PARTE Y DE LAS PRUEBAS DOCUMENTALES.

En los interrogatorios practicados a las partes, se pudo establecer con claridad la fecha de vencimiento del contrato y la forma de pago y los tiempos en que se debía cancelar los porcentajes acordados por la participación en el proyecto AIDA, donde quedó acreditado que con la cuota inicial que pagara PROMOAMBIENTAL equivalente al 30%, se liquidaría el 35% para CRISANTO MONTAGUTH, como en efecto ocurrió y así se evidencia en los documentos de pago allegados y el mismo reconocimiento por parte de los demandados en el interrogatorio, y el saldo final sería pagado cuando la empresa haga la opción de compra, como en efecto así sucedió, donde la empresa APLIK recibió el valor del arriendo del contrato sino el de la opción de compra.

La representante legal de APLIK confesó en su interrogatorio de parte cuando se le preguntó si era cierto que CRISANTO MONTAGUT hizo la propuesta técnica y financiera para PROMOAMBIENTAL Cali, ella respondió a la hora 1:15 de la grabación: “que eso era cierto”.

9-. REPARO A QUE LOS INTERASADOS EN EL SOFTWARE SOLO ERAN LOS DEMANDADOS.

Es un error por parte del despacho, al admitir que los principales interesados en el desarrollo del software AIDA, fueron APLI K y VLADIMIR GUZMAN, en contradicción a todo lo que se manifestó acerca de la concepción de la idea del software, el cual estuvo en cabeza de MONTAGUT y del ingeniero Jhon Fredy, quienes fueron los que comenzaron a comercializar su idea y para ello invitaron a los aquí demandados para que se unieran y sumaran esfuerzos, pero ya en el desarrollo del contrato con Promoambiental, estos buscaron a toda costa apropiarse del producto final y es por esa razón que la participación inicial del 50% de Montagut se redujo al 35% y como consecuencia renuncia a su propiedad intelectual y es ahí donde deja de recibir lo que había acordó como pago de su participación como socio.

10-. REPARO SOBRE LA IDEBIDA INTERPRETACION A LA LIBERTAD CONTRACTUAL.

Interpretación inadecuada del despacho de la libertad contractual surgida entre las partes, al no garantizar la misma, por lo que se desvirtuó la voluntad plasmada en él al concluir que esa voluntad contractual estaba ligada a un contrato de prestación de servicios y no a una de colaboración o asociación como en efecto se demostró en el proceso, razón suficiente para manifestar que se violó lo estipulado en el artículo 1618 del código civil, por cuanto dicha norma establece que "conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras".

Los principios generales de la contratación en el derecho privado y sus criterios de interpretación se estructuraron con los supuestos de igualdad jurídica y económica entre las partes y la libertad de determinación del contenido del contrato y en esto. Ambas partes tenían claro que su participación en el proyecto AIDA es que cada uno se comprometía a cumplir con unas funciones, al comienzo del negocio era que ambas partes desarrollarían el software y luego de la firma del contrato con Promoambiental, la participación de Montagut se redujo a ser gerente y coordinador de actividades y Apli-K se dedicaría a la implementación y desarrollo del mismo. Estas fueron realmente las verdaderas intenciones de las partes, por lo que el despacho no las puede desdibujar y mutarlas a un contrato de prestación de servicios.

La declaración o exteriorización de voluntad de las partes interesadas es la médula del negocio jurídico, pues dicha voluntad o querer, es la que se encamina a la producción de efectos jurídicos, la cual se exteriorizó para que sea reconocida por el Derecho, pues la ley no le confiere la eficacia creadora y transformadora, implícita en todo negocio jurídico, a la voluntad reservada por las partes a su fuero interno.

La manifestación de voluntad exteriorizada permite dirigirse hacia dos aspectos particulares, la decisión o no de celebrar el negocio jurídico y el contenido específico del mismo, denominados libertad de contrato y libertad de contenido.

11-. REPARO ALA FALTA DE VALORACION DE LOS TESTIMONIOS.

Falta de valoración de los testimonios rendidos por el ingeniero TOMAS MENDOZA, representante legal de PROMOAMBIENTAL, persona que firmó el contrato de arriendo del software AIDA, quien afirmó que la experiencia del señor CRISANTO MONTAGUTH en ciudad Limpia fue importante para la consecución del contrato. Lo propio sucedió con el testimonio del Ingeniero John Freddy de PROMOAMBIENTAL, quien fuera la persona que ayudó a escoger la propuesta de CRISANTO MONTAGUT, donde se puede evidenciar la importancia que tuvo MONTAGUTH en lograr el contrato con PROMOAMBIENTAL, por lo que se descarta que esta persona fuera un subordinado de APLI K y no un socio como realmente lo fue.

12.- REPARO AL DESCONOCIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DEL CONTRATO FIRMADO CON PROMOAMBIENTAL PARA DETERMINAR LA INEXISTENCIA DE UN CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS.

Pasó por alto el despacho que el MONTAGUT desempeño temporalmente el cargo de cogerente del proyecto AIDA dentro del empresa PROMOAMBIENTAL y que durante 5 meses estuvo al frente del mismo, designación que no fue hecha por APLIK o VLADIMIR GUZMAN, sino que fue una imposición de la misma empresa PROMOAMBIENTAL, cuya retribución económica no era un salario mensual o unos honorarios como lo ha entendido el despacho, sino que dicha gestión era parte del trabajo que como socio se hizo a cambio de una participación en el pago del arriendo mensual y/o en la opción de compra, acuerdo económico que habían concretado verbalmente CRISANTO MONTAGUTH Y VLADIMIR GUZMAN y APLI K, el cual reitero consistía en obtener una participación del 35% liquidado sobre todo el valor del contrato y que no cumplieron los demandados.

13.- REPARO POR DESCONOCER LAS LABORES PREVIAS A LA FIRMA DEL CONTRATO QUE DAN CUENTA DEL INTERES DE ASOCIACION ENTRE LAS PARTES.

El despacho desconoció todas las gestiones previas que realizó CRISANTO MONTAGUT para que se consiguiera la firma del contrato de software, donde se puede evidenciar todo el trabajo de construcción de la propuesta económica, pues el software no solo fue ofrecido en Cali, también lo fue en Cartagena y Bogotá cuyo contrato finalmente fue firmado por A PLIK cuyo propietario y único socio es el señor VLADIMIR GUZMAN, situación que tampoco fue valora por el despacho.

14.- REPARO A FALTA DE VALORACION DE LOS EXTREMOS CONTRACTUALES.

Si bien es cierto que el contrato verbal que unió a las partes fue el de asociación o de colaboración, sus extremos contractuales como plazos en que debía satisfacerse las obligaciones pactadas verbalmente y los pagos, fácilmente se deducen del mismo clausulado del contrato de arriendo del software, donde se estipula claramente como se la pagaría a APLI K ese uso, lo cual se compagina con lo que verbalmente se acordó y se manifestó a través de los interrogatorios de parte.

15.- REPARO A LA FALTA DE CALIFICACION Y RECONOCIMIENTO A LA CONFESION EN INTERROGATORIO DE PARTE.

El despacho desconoció la confesión que la misma parte demandada en su demanda de reconvención admite que sí hubo un contrato verbal de asociación para la implementación del SOFTWARE AIDA, al establecer que entre ambos participantes asumirían cada uno unas funciones y que por dicha labor el primero recibirá el 65% y el segundo el 35%, diferencias que

fueron acordadas dadas las cargas administrativas, financieras, impuestos y pólizas que tenía que constituir quien asumiera la firma del contrato, situación que se evidencia de la lectura a los hechos de la demanda de reconvención, y es en virtud a dicho contrato, que los demandados son los que proponen la resolución del mismo.

16.- REPARO A LA NO VALORACION QUE LA PARTE DEMANDADA HIZO AL HECHO 12 INCISO 4 DE LA DEMANDA.

Omisión en la valoración probatoria de los testimonios, declaraciones de las partes, correos electrónicos y confesiones que se hicieron a lo largo del proceso, tal es el caso de la confesión de la parte demandada cuando en respuesta al **Hecho 12 inciso 4 de la demanda aseguró: “Por otra parte, se aclara al despacho que el señor Montagut no era la persona llamada a desarrollar el software”, tercero**, porque el software AIDA estaba preconstituido, ya desarrollado, situación que se confirma con el contrato cuando en su cláusula SEGUNDA del capítulo de CONSIDERACIONES, se estableció que: **“Tecnologías Aplicadas Aplik EU ha desarrollado el software aplicativo denominado AIDA..”.**, situación que también fue confirmada en la audiencia de interrogatorio de la representante legal de APLIK, cuando se le puso de presente dicha cláusula, ella se limitó a manifestar que ese contrato es tipo y que así se lo enviaron de PROMOAMBIENTAL.

17.- REPARO SOBRE LA SUPUESTA FALTA DE DEMOSTRACION DE LOS EXTREMOS CONTRACTUALES.

Error de hecho probatorio al no tener por demostrado los extremos contractuales por parte de CRISANTO MONTAGUT, y el cumplimiento del contrato por parte del mismo, puesto que el plenario se arrimaron las pruebas que acreditaron el menoscabo sufrido por el incumplimiento de parte de las demandadas, como lo fue el hecho de que fue sacado del proyecto sin haberle cancelado el porcentaje del 35% sobre el contrato, tan solo se le pagó la cuota inicial. Adicionalmente, no se valoró el testimonio de la esposa del señor Montaguth quien contó detalles de todos los perjuicios sufridos por el incumplimiento de las demandadas ni se tuvo en cuenta los testimonios de los ingenieros que declararon sobre el conocimiento y la experiencia de Montagut, motivos que fueron suficientes para que Promoambiental los escogiera para aplicar el software AIDA. Y en relación con la causalidad existente entre el incumplimiento contractual y el daño causado, se desconoció lo afirmado en la demanda y en la contestación de la misma y en la demanda de reconvención, donde claramente las partes han manifestado que si hubo un acuerdo verbal innominado, donde ambas partes aceptaron cual fue su contribución al proyecto de software, situaciones que no valoró el señor Juez en su decisión final.

18-. REPARO POR DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE.

El señor Juez en la sentencia desconoció el principio de la buena fe con el que el señor MONTAGUTH se asoció con los demandados, quienes no obraron con lealtad en las relaciones jurídicas y no respetaron lo que verbalmente pactaron en el negocio y acto jurídico, tal y como lo estipula el art. 1603 del código civil, puesto que como se pudo observar en el proceso, el demandado VALDIMIR GUZMAN siempre trató este negocio de manera inapropiada, pues finalmente utilizó la experiencia y el conocimiento del señor Montagut con varios de los ingenieros de Promoambiental, con quienes había laborado en “Casa Limpia”, para que le dieran el contrato del software AIDA, así mismo lo declaró el gerente Tomás Mendoza, quien no dudó en manifestar que el haber conocido a Montagut sí influyó en su escogencia.

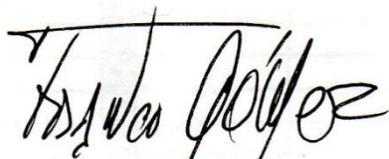
19-. REPARO AL DESCONOCIMIENTO DE INDICIOS.

El indicio como un medio de prueba autónomo, siendo este definido como aquella operación mental a través del cual, de un hecho probado se infiere la existencia de otro; con la guía o parámetros de la Sana Crítica.

El despacho desconoció los indicios que se derivaron de la conducta pre y post-contractual de los demandados, como lo fue la asociación que hicieron las partes para promocionar el citado software, el hecho de presentar una propuesta técnica y económica en varias oportunidades, la firma del mismo contrato de arriendo y la forma en como comenzaron a trabajar dentro de Promoambiental, el pago del anticipo que hizo la empresa y el pago que hicieron los demandados al señor Crisanto Montagut, son entre otros, hechos y situaciones que no tuvo en cuenta el señor Juez, de los cuales se podía inferir la existencia de otros, como son los extremos contractuales y el incumplimiento que se generó por parte de los demandados.

En los anteriores términos dejó sustentado el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, con la convicción de que esta será revocada en favor de las pretensiones de mi mandante.

Atentamente,



FRANCO RAMIRO GOMEZ BURGOS
C.C. 12.989.699 de Pasto
T.P. 70142 del C.S.J.

ORLANDO BELTRÁN ZAPATA
ABOGADO

Avenida Jiménez No. 8 A -49 Of. Mz.102 Tels.: 310 2031356 – 311 5550077 Bogotá D.C.
Email: abogadosobz@hotmail.com

SEÑORES MAGISTRADOS

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA CIVIL

Dra. RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Honorable Magistrada Sustanciadora

E.

S.

D.

REF.:

RADICACIÓN: No. 11001310303920140034700

CLASE DE PROCESO: Ordinario de responsabilidad civil contractual.

DEMANDANTE: STELLA MURILLO SOLANO

DEMANDADO: BANCO CAJA SOCIAL

Juzgado Origen: JUZGADO 51 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

ORLANDO BELTRÁN ZAPATA, actuando en nombre y representación de la Demandante, presento en tiempo, **sustentación al recurso de alzada**, admitido mediante providencia decretada por su Despacho el 6 de agosto de 2021, con el fin de solicitar que se revoque la sentencia dictada en primera instancia, el 14 de febrero de 2020, por el Juzgado 51 Civil del Circuito de Bogotá D. C., para que en cambio se dicte sentencia condenatoria en contra de la entidad demandada BANCO CAJA SOCIAL, conforme a lo solicitado en las pretensiones de la demanda. Por lo tanto, el recurso de apelación a la sentencia de primera instancia aquí propuesto, se fundamenta y estructura como sigue:

I. OPORTUNIDAD PROCESAL.

ORLANDO BELTRÁN ZAPATA
ABOGADO

Avenida Jiménez No. 8 A -49 Of. Mz.102 Tels.: 310 2031356 – 311 5550077 Bogotá D.C.
Email: abogadosobz@hotmail.com

El presente **RECURSO DE APELACIÓN**, se presenta contra la sentencia dictada en primera instancia el 14 de febrero de 2020 por el Juzgado 51 Civil del Circuito de Bogotá D. C., objeto aquí de censura que negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a mi mandante, por tal motivo en el término procesal, 5 días siguientes, ante la sala civil del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ se sustentará el recurso, conforme al Decreto de emergencia dictado

II. RAZÓN DE LA INCONFORMIDAD

Vamos a referirnos especialmente a los siguientes aspectos, los cuales son:

1. Indebida valoración, desestima y no verifica el material probatorio recaudado, interpretando inadecuadamente las pruebas con la demanda:

Es principio general, que los contratos se celebran para ser cumplidos y, como consecuencia de su fuerza obligatoria, el que las partes deban ejecutar las prestaciones que emanan de este en forma íntegra, efectiva y oportuna, de suerte que el incumplimiento de las mismas, por falta de ejecución o ejecución tardía o defectuosa, es sancionada por el orden jurídico a título de responsabilidad subjetiva y por culpa, que sólo admite exoneración, en principio, por causas que justifiquen la conducta no imputables al contratante fallido (fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa del cocontratante, según el caso y los términos del contrato). En efecto, el contrato, se rige por el principio “lex contractus, pacta sunt servanda”, consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, según el cual los contratos válidamente celebrados son ley para las partes y sólo pueden ser invalidados por consentimiento mutuo de quienes los celebran o por causas legales.

En concordancia con la norma anterior, el artículo 1603 de la misma obra, prescribe que los contratos deben ser ejecutados de buena fe y, por consiguiente, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley le pertenecen a ella sin cláusula especial. En los contratos bilaterales - como son los créditos celebrados con las entidades financieras -, teniendo en cuenta la correlación de las obligaciones surgidas del contrato y la simetría o equilibrio de prestaciones e intereses que debe guardar y preservarse (arts. 1494, 1495, 1530 y ss. Código Civil), la parte que pretende exigir la responsabilidad del otro por una conducta alejada del contenido del título obligacional debe demostrar que, habiendo cumplido por su parte las obligaciones del contrato, su cocontratante no cumplió con las suyas, así como los perjuicios que haya podido sufrir.

Con relación a este punto, los contratos de mutuo, objeto de la demanda, se pactaban en moneda legal y la Unidad UPAC, siendo un instrumento que servía para determinar, su equivalencia con las variaciones de los precios del mercado, el monto de los intereses, los de corrección monetaria, y los de

ORLANDO BELTRÁN ZAPATA
ABOGADO

Avenida Jiménez No. 8 A -49 Of. Mz.102 Tels.: 310 2031356 – 311 5550077 Bogotá D.C.
Email: abogadosobz@hotmail.com

la unidad de cuenta UPAC hoy UVR, no podían sustituir la moneda legal ni utilizarse como medio de pago, ni tener poder liberatorio alguno en los créditos para el cálculo de intereses o demás costos financieros.

La UPAC fue variable a lo largo del tiempo, es decir que su variabilidad siempre estuvo sujeta a los cambios económicos, por DTF en el asunto en concreto; lo que a lo suyo trajo que los Bancos contrataran imponiendo esa unidad de cuenta, como lo hicieran con mi cliente, se capitalizaba la corrección monetaria, la cual inflaba el valor de la deuda a lo largo del tiempo, y que se obtuviere de la respectiva operación de equivalencias entre esa unidad de poder adquisitivo constante y las variaciones de operaciones del mercado cobros desorbitados, generando con ello cobros que mi mandante quedara en imposibilidad de pago, incluso, teniendo que entregar su bien por la imposibilidad generada por el Banco demandando en sus cobros.

Como así lo advirtiera la Corte Constitucional en la sentencia C-1140 de 2000:

“La Corte Constitucional, en los fallos C-383, C-700 y C-747 de 1999, así como el Consejo de Estado en la Sentencia del 21 de mayo de 1999, dedujeron que en las cuotas pagadas por los deudores hipotecarios a las instituciones financieras desde 1993, al haberse incluido en ellas los elementos inconstitucionales de la DTF y la capitalización de intereses, agregándolos a la corrección monetaria, a los intereses remuneratorios y a las amortizaciones a capital (de ínfima proporción en las cuotas), excedieron en mucho, durante varios años, los montos que han debido cancelarse, que sólo eran los últimamente enunciados, y, por lo tanto, debía procederse a una reliquidación de los créditos para efectuar las compensaciones respectivas o hacer las devoluciones pertinentes en los eventos de pagos completos ya efectuados.”

(...)

“Así, pues, lo que debe darse en el curso de tales relaciones bilaterales no es nada diferente de la compensación, para realizar el objetivo constitucional de un orden justo. Deben cruzarse las cuentas para saber quién finalmente le está debiendo a quién, y cuánto. Y ello sólo se logra si se reliquidan los créditos. Lo anterior debe ocurrir aunque ya se haya cancelado la totalidad del préstamo, para proceder a las restituciones consiguientes, si es el caso.” (subrayado y negrilla fuera de texto).

Cuando el experto Ingeniero John Jairo Hernández, liquidara los excesos por capitalización de intereses e intereses sobre intereses en la suma de \$124.328.915,91 en los créditos, es un determinante que refleja lo realmente acaecido en el desarrollo de estos, por cobros desorbitados que generaron gran daño a mi mandante. Ahora, que en las liquidaciones del estudio del Ing. Hernández se hubieran utilizado tasas superiores a las que el Banco dijera que aplicó, lo que refleja, es que el daño debió haber sido mayor, y que el Banco no informaba a mi cliente sobre la disminución de las tasas a 12% y 9.41%, deduciéndose en el asunto que el banco ni informa al cliente

ORLANDO BELTRÁN ZAPATA
ABOGADO

Avenida Jiménez No. 8 A -49 Of. Mz.102 Tels.: 310 2031356 – 311 5550077 Bogotá D.C.
Email: abogadosobz@hotmail.com

de la rebajas de tasas en sus reportes y que los cálculos del estudio del Ing. Hernández son mayores de los indicado en su liquidación, al utilizar intereses mayores a los que informara el Banco solo hasta esta instancia en el presente proceso.

Pero no es menos, cuando el Ing. Hernández, dentro de la demanda realiza otra liquidación en su estudio, utilizando como base, el art. 884 del Código de Comercio y los art. 64, 71 y 72 de la Ley 45 de 1990, determinándose el exceso de los intereses de los créditos en la suma de \$37.208.949,89, la perdida de intereses en el monto de \$93.858.504,86, la sanción en el exceso de los intereses por \$37.208.949,89, para un total de \$168.286.404,64, que el *A quo* no valorara en su decisión y lo omitiera en ella.

El artículo 884 del Código de Comercio, establece la sanción por exceso en el valor convenido o lo excedido por los límites máximos, como también la perdida de intereses, y la sanción por el cobro de intereses en exceso, previsto en el art. 72 de la Ley 45 de 1990, donde aquí no importa si la tasa fue 14%, 12% o 9.41%, sino que los cobros en los créditos que se realizaron mes a mes no superen los topes mensuales que fije la autoridad crediticia, es entonces comparar los cobros que realizó el Banco, desde el desembolso hasta la cancelación de los créditos, y que no superen dichos topes máximos de cobro.

Es entonces, que el *A quo* en esta especial valoración de la prueba, la liquidación del exceso de intereses, que no se detuviera y que la contraparte tampoco refutara razonablemente, porque esta última se centró extendidamente en hablar del alivio del Estado y de la reducción de las tasas, que ya se indicara al respecto, como que fuera esta una omisión de información del Banco a mi cliente, de las citadas reducciones, y que los resultados de la capitalización de intereses fuera mayor, cercana a la liquidación de excesos de intereses por el Código de Comercio y Ley 45 de 1990.

La Corte Constitucional, en sentencia T-1117 del 11 de noviembre de 2008 (MP Dr. NILSON PINILLA PINILLA), considera sobre la valoración de la prueba:

“...Para la Corte es claro que, cuando un juez omite apreciar y evaluar pruebas que inciden de manera determinante en su decisión y profiere resolución judicial sin tenerlas en cuenta, incurre en vía de hecho y, por tanto, contra la providencia dictada procede la acción de tutela.

La vía de hecho consiste en ese caso en la ruptura deliberada del equilibrio procesal, haciendo que, contra lo dispuesto en la Constitución y en los pertinentes ordenamientos legales, una de las partes quede en absoluta indefensión frente a las determinaciones que

ORLANDO BELTRÁN ZAPATA
ABOGADO

Avenida Jiménez No. 8 A -49 Of. Mz.102 Tels.: 310 2031356 – 311 5550077 Bogotá D.C.
Email: abogadosobz@hotmail.com

haya de adoptar el juez, en cuanto, aun existiendo pruebas a su favor que bien podrían resultar esenciales para su causa, son excluidas de antemano y la decisión judicial las ignora, fortaleciendo injustificadamente la posición contraria. Ello comporta una ruptura grave de la imparcialidad del juez y distorsiona el fallo, el cual - contra su misma esencia - no plasma un dictado de justicia sino que, por el contrario, la quebranta.” (Subrayado fuera de texto).

En el pronunciamiento citado en precedencia se reiteró, con fundamento en la sentencia T-442 de octubre 11 de 1994 (M. P. Antonio Barrera Carbonell)¹, que el “gran poder discrecional” del que dispone el operador judicial al momento de valorar las pruebas no puede ser arbitrario, como quiera que debe fundamentarse en criterios objetivos, racionales, serios y responsables, de modo que constituye una arbitrariedad judicial cuando se ignora una prueba, sin una razón válida, o son valoradas de forma arbitraria, irracional y caprichosa, en detrimento directo de la justicia”. (subrayado y negrilla fuera de texto)-.

De tal manera que, para el caso en concreto, al verificarse lo relacionado a la debida apreciación de las pruebas en concordancia con las pruebas arrimadas al proceso, tendríamos:

El A quo debe interpretar la carga probatoria aportada en su conjunto.

Dentro de los presupuestos de las cargas del proceso se encontraban las pruebas que determinaban:

- a) **Liquidación por capitalización de intereses**, tanto en las cuotas y en el capital de deuda, que corresponde a un daño emergente por \$51.658.614,73 y lucro cesante por valor de \$159.721.096,92, que se indicara en las pretensiones principales de la demanda

- b) **Liquidación por exceso de intereses**, en aplicación del art. 884 del Código de Comercio y los art. 64, 71 y 72 de la Ley 45 de 1990, determinándose el exceso de los intereses de los créditos en la suma de \$37.208.949,89, la pérdida de intereses en el monto de \$93.858.504,86, la sanción en el exceso de los intereses por \$37.208.949,89, para un total de \$168.286.404,64, que se indicara en las pretensiones subsidiarias de la demanda.

¹ Igualmente reiterada en sentencia SU-477 de septiembre 25 de 1997, M. P. Jorge Arango Mejía, entre otras.

ORLANDO BELTRÁN ZAPATA
ABOGADO

Avenida Jiménez No. 8 A -49 Of. Mz.102 Tels.: 310 2031356 – 311 5550077 Bogotá D.C.
Email: abogadosobz@hotmail.com

c) **Liquidación de los arriendos**, que incurriera mi mandante desde la dación en pago al Banco demandado, abril de 2014, en la suma de \$108.711.283,81, más los intereses a la tasa de interés bancario corriente de la Superintendencia Financiera, en la suma de \$80.179.868,21, para un total de \$ 188.891.152,02, a la fecha de la demanda.

Otras pruebas documentales:

Por otro lado, las pruebas documentales relacionadas con normas de las autoridades de control y decisión crediticia, como Superintendencia Financiera y Banco de la Republica, aclaran muchos temas que dan mas fuerza a los estudios presentados por el Dr. Hernández, en particular la Liquidación por exceso de intereses y la Liquidación de los arriendos, porque:

- a) Concepto No. 2005037530-2 del 30 de agosto de 2005 que la Superintendencia, no está autorizada para revisar los créditos y determinar el valor de cada acreencia, y que el alivio de \$7.001.848, fue un recurso estatal, para aliviar la alta carga que se impusiera a mi cliente, entre otras, por la liquidación de los créditos sobre la DTF.
- b) Auto del 7 de octubre de 2005, que fuera incluida en la sentencia T-089 de 2006 de la Corte Constitucional, en donde precisa que entre las facultades atribuidas por la Ley a la Superintendencia, no se encuentra la de dirimir las controversias contractuales entre las entidades vigiladas y sus clientes, como además que la Superintendencia no cuenta con la infraestructura adecuada para atender solicitudes o informes técnicos particulares, dado que la dependencia encargada de inspeccionar dichas reliquidaciones, sólo cuenta con tres funcionarios, los cuales *“no tiene un perfil adecuado para realizar esa tarea”* y, que el término aproximado para resolver dichas solicitudes es de tres días, lo cual, a su juicio, desborda su capacidad de trabajo
- c) Que la Superintendencia Financiera indica en la **CIRCULAR EXTERNA 051 del 12 de julio de 2000** que: *“En consecuencia, y como quiera que el percibir intereses remuneratorios y moratorios en exceso del límite previsto en el artículo 235 del Código Penal expone a las entidades vigiladas a las sanciones contempladas por el artículo 884 del Código de Comercio, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 45 de 1990, de conformidad con lo previsto en el artículo 326, numeral 5º., letra*

ORLANDO BELTRÁN ZAPATA
ABOGADO

Avenida Jiménez No. 8 A -49 Of. Mz.102 Tels.: 310 2031356 – 311 5550077 Bogotá D.C.
Email: abogadosobz@hotmail.com

a), del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se califica como práctica no autorizada e insegura la causación o el cobro de réditos que sobrepasen la tasa máxima prevista para el delito de usura”, circular que determina la necesidad de realizar la revisión de los créditos por el A quo, cuando el Dr. Hernández indica en su estudio de Liquidación por exceso de intereses, en aplicación del art. 884 del Código de Comercio y los art. 64, 71 y 72 de la Ley 45 de 1990, que se calculan excesos en total por \$168.286.404,64

d) Además, en la misma **CIRCULAR EXTERNA 051 del 12 de julio de 2000**, en el numeral 5: *“Las modificaciones que presenten las tasas de interés durante la vida de préstamos pactados con instituciones vigiladas por la Superintendencia Bancaria deben traducirse en la correspondiente reducción de los montos convenidos al tiempo de la celebración de los contratos, cuando quiera que al momento de la causación de los réditos aquellos sobrepasen los límites establecidos en normas que, dado su carácter de disposiciones de orden público, priman sobre cualquier acuerdo de voluntades. En este sentido destacó el máximo Tribunal de lo contencioso administrativo que no puede predicarse la existencia de derechos adquiridos en relación con intereses pactados en contratos de mutuo que contravengan tales preceptos”,* en donde la Liquidación por exceso de intereses, se pone en el centro muy importante a revisarse y que es la nuez de la presente demanda.

En síntesis, de las pruebas obrantes en el expediente, en la sentencia del A quo omite diametralmente su interpretación y valoración generando grave perjuicio a mi mandante. La jurisprudencia y doctrina, han demandado que todo acto jurídico deba revertirse *per se* de motivos suficientes, tanto técnicos como jurídicos, para que eficazmente se considere que la decisión goce de la presunción de legalidad, circunstancia que no se presenta en la actual causa, que como ya se advirtió en los apartes que han antecedido, al realizarse una indebida valoración, interpretación y omisión de las pruebas, se afecta el debido proceso y todo lo que en el implica, incurriéndose en imprecisiones que llevaron al traste las pretensiones incoadas.

Así las cosas, como se ha demostrado no solamente con las pruebas obrantes en el plenario, sino también con las sobrevinientes, los motivos que supuestamente fundamentaron la sentencia del A quo, resultan ser ajenos a la realidad y a la técnica jurídica, razón por la cual es necesario que así sea reconocido por la *Ad-quem*, ya que le asiste a mi mandante el derecho que así sea reconocido, y se resarza el daño causado por la demandada en su patrimonio físico y moral.

ORLANDO BELTRÁN ZAPATA

ABOGADO

Avenida Jiménez No. 8 A -49 Of. Mz.102 Tels.: 310 2031356 – 311 5550077 Bogotá D.C.
Email: abogadosobz@hotmail.com

2. Interpretación inadecuada de la demanda:

Como corolario, en el caso, es evidente que las pruebas se orientaban exclusivamente a demostrar la responsabilidad del Banco demandado al cobrar intereses que vulneraron desde el desembolso las normas en materia crediticia hipotecaria, y en especial de la protección de un derecho económico y social, como lo es la vivienda, previsto así en el art 51 de la Carta Magna, para la protección y desarrollo por el aparato estatal.

Los créditos hipotecarios de vivienda son 'contratos dirigidos' (Sentencia C-955 de 2000 de la Corte Constitucional), en donde el Estado a través de sus organismos públicos intervienen en el crédito desde su desembolso hasta su cancelación garantizando la adquisición y conservación de la vivienda digna (art. 51 C.N.), situación que el Banco demandado vulnerara al imponer condiciones y factores en los créditos que generaron cobros en exceso, la pérdida de la vivienda, que se prueban ampliamente en la demanda, constituyendo en una causal del abuso de la posición dominante en la relación contractual de los créditos con mi mandante y de su consecuente responsabilidad civil en el daño causado a mi mandante:

"...el otorgamiento y la aceptación de créditos por las entidades financieras para la adquisición y conservación de vivienda, mediante contratos de mutuo con garantía hipotecaria, no se rigen de manera absoluta por el principio de la autonomía de la voluntad sin limitación alguna, sino que ellos son contratos que han de obedecer a la intervención del Estado, esto es, que son contratos de los que la doctrina denomina "dirigidos", en los que, en aras del interés público y las finalidades sociales, se restringe la autonomía de la voluntad". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia SU-846 del 6 de julio de 2000. M.P.: Dr. Alfredo Beltrán Sierra)" (subrayas más)

III. PETICIONES

Por lo expuesto, con todo respeto solicito a la Honorable Magistrada Sustanciadora, los siguientes pedimentos:

1. Se **REVOQUE EN FORMA INTEGRAL** la sentencia de primera instancia del 14 de febrero de 2020 del Juzgado 51 Civil del Circuito de Bogotá D. C., de acuerdo con los argumentos ya expuestos, y en aplicación del Código General del Proceso, Normas de la materia de vivienda, Jurisprudencia y Doctrina de las altas Cortes.
2. Se **DECRETEN** las pretensiones incoadas, en especial las subsidiarias, porque se probaron técnica y jurídicamente, y no fueron objetadas por la contraparte con motivación justificada.

ORLANDO BELTRÁN ZAPATA
ABOGADO

Avenida Jiménez No. 8 A -49 Of. Mz.102 Tels.: 310 2031356 – 311 5550077 Bogotá D.C.
Email: abogadosobz@hotmail.com

3. **CONDENAR** al demandado, BANCO CAJA SOCIAL, al pago de la indemnización, por efecto de la omisión, inaplicación e indebida aplicación del art. 884 del Código de Comercio y los art. 64, 71 y 72 de la Ley 45 de 1990, determinándose el exceso de los intereses de los créditos en la suma de \$37.208.949,89, la pérdida de intereses en el monto de \$93.858.504,86, la sanción en el exceso de los intereses por \$37.208.949,89, para un total de \$168.286.404,64.

4. **CONDENAR** al demandado, BANCO CAJA SOCIAL, al pago de la indemnización, por efecto de la liquidación de los arriendos, que incurriera mi mandante desde, la dación en pago al Banco demandado en abril de 2014, en la suma de \$108.711.283,81, más los intereses a la tasa de interés bancario corriente de la Superintendencia Financiera, en la suma de \$80.179.868,21, para un total de \$ 188.891.152,02.

5. **CONDENAR** al Banco demandado al pago de las agencias en derecho por valor de \$30´000.000. Líquidese por secretaría el valor de las costas del proceso.

De la Honorable Magistrada, se subscribe

Respetuosamente,



ORLANDO BELTRÁN ZAPATA
C.C. No. 13.834.308 de Bucaramanga
T.P. No. 125.482 del C. S. de la Judicatura
Email: abogadosobz@hotmail.com
Celular: 3102031356

110013103039201700737 01

RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C.
S E C R E T A R I A
SALA CIVIL
Avenida Calle 24 No. 53 – 28 Oficina 305 C
Teléfono: 4233390

Magistrado : **CLARA INES MARQUEZ BULLA**

Procedencia : 039 Civil Circuito

Código del Proceso : 110013103039201700737 01

Instancia : Segunda Instancia

Clase de Juicio : Ejecutivo Singular

Recurso : Queja

Grupo : 32

Repartido_Abonado : REPARTIDO

Demandante : QUIBI S.A.

Demandado : ITAL QUIMICA SAS

Fecha de reparto : 7/09/2021

C U A D E R N O : 2

HONORABLE MAGISTRADO
JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL
E. S. D.

RADICADO : 11001310304020190041601.
TRÁMITE : VERBAL.
DEMANDANTES : SERGIO LEONARDO SÁNCHEZ FARFÁN Y OTROS.
DEMANDADOS : TAXATELITE S.A.S. Y OTROS.

SERGIO LEONARDO SÁNCHEZ FARFÁN, mayor de edad y domiciliado en Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.075.238.093 y Tarjeta Profesional No. 250.167 expedida por el C.S.J., actuando en nombre propio y en mi condición de apoderado judicial de los demás demandantes dentro de la causa en referencia, a Usted respetuosamente le manifiesto que por el presente sustento recurso de apelación en contra de la sentencia emitida por el *a quo*, a saber:

1. DE LA SENTENCIA DE FECHA 06 DE ABRIL DE 2021.

Tal como fuese expuesto en la audiencia surtida el día 06 de abril del presente, hubo la declaratoria de responsabilidad solidaria civil extracontractual de los demandados MISAEL HERNANDO CORTES y TAXATELITE S.A., estando SEGUROS DEL ESTADO S.A. a pagar los perjuicios a continuación descritos a los demandantes en razón a su condición de empresa aseguradora.

Como consecuencia de lo anterior, el *a quo* ordenó el pago de los perjuicios materiales e inmateriales probados dentro del proceso judicial en las siguientes estimaciones:

Por concepto de daño emergente la suma de dos millones doscientos sesenta y dos mil ochocientos cincuenta y nueve pesos (\$2.262.859) M/CTE.

Por concepto de daños morales:

Para SERGIO LEONARDO SÁNCHEZ FARFÁN, en su condición de víctima directa la suma de diez millones de pesos (\$10.000.000) M/CTE.

Para CLAUDIA INES FARFÁN, en su condición de madre de SERGIO LEONARDO SÁNCHEZ FARFÁN, la suma cinco millones de pesos (\$5.000.000) M/CTE.

Para ERASMO ANDRÉS SÁNCHEZ FARFÁN, en su condición de hermano de SERGIO LEONARDO SÁNCHEZ FARFÁN, la suma cinco millones de pesos (\$5.000.000) M/CTE.

Para GERMAN EDUARDO FARFÁN, en su condición de tío del señor SERGIO LEONARDO SÁNCHEZ FARFÁN, la suma tres millones de pesos (\$3.000.000) M/CTE.

Por concepto de daño a la vida de relación:

Para SERGIO LEONARDO SÁNCHEZ FARFÁN, en su condición de víctima directa la suma de ocho millones de pesos (\$8.000.000) M/CTE.

El *a quo* negó la condena a SEGUROS DEL ESTADO S.A. del reconocimiento y pago de los intereses moratorios a partir del 18 de julio de 2018, sobre las sumas descritas hasta la fecha que se realice el correspondiente pago.

2. REPAROS EN CONTRA DE LA SENTENCIA ATINIENTE A LA ESTIMACIÓN DEL DAÑO EMERGENTE.

De acuerdo al juramento estimatorio efectuado en el acápite 3° de escrito de demanda, se tiene que bajo la gravedad de juramento se estimó la indemnización de perjuicios materiales, en la suma de tres millones quinientos veintisiete mil cien pesos (\$3.527.100) M/CTE.

El *a quo* excluyó de la estimación del daño emergente, el pago efectuado a ANDRÉS FELIPE QUEVEDO, por valor de quinientos mil pesos (\$500.000) M/CTE, por la actividad ejecutada en la convalecencia de SERGIO LEONARDO SÁNCHEZ FARFÁN.

Del pago efectuado a ANDRÉS FELIPE QUEVEDO, se diligenció soporte de pago allegado con la demanda (Folio 113). Respecto del cual ninguno de los demandados lo desconoció. De igual manera, ANDRÉS FELIPE QUEVEDO en su calidad de testigo, declaró haber recibido el dinero como contraprestación al servicio prestado.

Téngase en cuenta que, para la fecha del accidente de tránsito la señora CLAUDIA INES FARFÁN contaba con una edad de cincuenta y cinco (55) años. De igual manera, la madre de la víctima directa no es oriunda de Bogotá.

El pago efectuado a ANDRÉS FELIPE QUEVEDO tuvo como causa eficiente el accidente de tránsito descrito en Informe de Accidente de Tránsito No. A000404247 de fecha 26 de junio de 2016, el cual generó afectación en el estado de salud de SERGIO LEONARDO SÁNCHEZ FARFÁN.

Lo anterior teniendo en cuenta que, la prestación desempeñada por ANDRÉS FELIPE QUEVEDO y objeto de reconocimiento económico, consistió en prestarle la asistencia necesaria a SERGIO LEONARDO SANCHEZ en la ciudad de Bogotá con

ocasión al accidente que sufrió, en vista que no podía valerse por sí mismo y su actividad fue esencial, tanto para el lesionado como para su progenitora en el cuidado y atención de su hijo.

Es evidente que existe una relación directa entre la erogación y su causa. Implica ello que, igualmente deberá ser condenada la parte pasiva, a cancelar dicha suma de dinero.

De no haber ocurrido el accidente de tránsito no se hubiese efectuado el pago a ANDRES FELIPE QUEVEDO.

El Código Civil no define daño emergente, por lo que la jurisprudencia delimita el concepto así:

El daño emergente abarca la pérdida misma de los elementos patrimoniales, los desembolsos que hayan sido menester o que en el futuro sean necesarios y el advenimiento del pasivo, causado por los hechos de los cuales trata de deducirse responsabilidad (...).¹

No cierto que el gasto efectuado, no haya sido necesario ni esencial, como se manifestó por la señora CLAUDIA INES FARFÁN y el señor ANDRES FELIPE QUEVEDO, SERGIO LEONARDO SÁNCHEZ FARFÁN vivía en un tercer (3) piso, sin ascensor, ¿cómo se supone que la víctima directa y su madre hubiesen podido lidiar con dicha situación sin la ayuda de un tercero? De igual manera, como lo afirmaron la señora CLAUDIA INES FARFÁN y el señor CLAUDIA INES FARFÁN la víctima directa no podía movilizarse por sus propios medios, tampoco, podía realizar las actividades del diario vivir como bañarse, por lo que la intervención y colaboración del señor ANDRES FELIPE QUEVEDO fue necesaria y esencial.

Al rompe se tiene que, el extremo activo de la *litis*, suministró al *a quo* la suficiente convicción de la real existencia del daño emergente excluido, por medio del análisis crítico del acervo probatorio practicado.

En consecuencia, solicito al *ad quem* reconocer la erogación efectuada por SERGIO LEONARDO SÁNCHEZ FARFÁN a ANDRÉS FELIPE QUEVEDO, toda vez que, los mismos fueron causados por los hechos de los cuales se dedujo responsabilidad solidaria civil extracontractual de los demandados MISAEL HERNANDO CORTES y la sociedad TAXATELITE S.A. y, además, fue necesario y esencial para colaborar a la víctima directa y madre durante su estadía en la ciudad de Bogotá.

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 7 de mayo de 1968.

3. REPAROS EN CONTRA DE LA SENTENCIA ATINENTE A LA ESTIMACIÓN DE LOS DAÑOS MORALES POR CONSIDERARSE INSUFICIENTES O INFERIORES A LO REALMENTE SUFRIDO.

La dignidad de la persona humana ha sido el fundamento para reconocer derechos que trascienden más allá de lo puramente material, pues la persona constituye sin lugar a dudas la noción más trascendental del ordenamiento jurídico.

En preservación de la integridad del sujeto de derecho, el resarcimiento del daño moral no es un regalo u obsequio donoso, sino que tiene por causa el menoscabo de derechos protegidos por el Estado colombiano, por lo cual debe repararse con sujeción a los elementos de convicción y las particularidades de la situación litigiosa según el ponderado *arbitrio iudicis*, en aras de *impartir una verdadera, justa, recta y eficiente justicia*.²

En el caso de *marras*, los demandantes se vieron afectados moralmente, teniendo en cuenta las siguientes probanzas:

Aparece acreditado que respecto a la víctima directa hubo los siguientes diagnósticos médicos:

Fecha	Código	Diagnóstico
20/06/2016	S728	Fractura de otras partes del Fémur.
22/06/2016	S722	Fractura subtrocantariana.
26/06/2016	S740	Traumatismo del nervio ciático a nivel de la cadera del muslo.
06/07/2016	D648	Otras anemias especificadas
	K260	Úlcera duodenal aguda con hemorragia
	K922	Hemorragia gastrointestinal

El extremo activo de la *litis*, demostró que la víctima directa, madre, hermano y tío padecieron dolor intenso con ocasión al accidente de tránsito de fecha 20 de junio de 2016.

De acuerdo a la declaración rendida por los demandantes y los testigos JUANITA PRECIADO GORDILLO y VIVIAN ROCIO ACOSTA ARISTIZABAL, se tiene que, desde el primer instante de haber sido emboscado SERGIO LEONARDO SÁNCHEZ FARFÁN por MISAEL HERNANDO CORTES, sufrió intenso dolor, preocupación, tristeza, estrés y demás alteraciones emocionales que afectaron directamente su condición humana.

JUANITA PRECIADO GORDILLO, declaró al despacho que SERGIO LEONARDO SÁNCHEZ FARFÁN gritaba y se encontraba afectado emocionalmente a raíz del

² Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, Sala Civil De Decisión, Sentencia del 13 de enero de 2016.

accidente de tránsito. Insistió la testigo que la víctima directa manifestó intenso dolor, desesperación por las lesiones sufridas en su cuerpo, preocupación por su motocicleta y angustia por su trabajo.

VIVIAN ROCIO ACOSTA ARISTIZABAL, manifestó al despacho que inicialmente no creyó lo informado por JUANITA PRECIADO GORDILLO vía telefónica en relación a la ocurrencia del accidente de tránsito y estado de salud de SERGIO LEONARDO SÁNCHEZ FARFÁN, sino que su percepción varió cuando escuchó los fuertes gemidos y gritos estremecedores de este último mientras se encontraba tendido sobre el asfalto.

Una vez en el lugar de ocurrencia de accidente de tránsito, VIVIAN ROCIO ACOSTA ARISTIZABAL percibió de manera directa la condición emocional y física de SERGIO LEONARDO SÁNCHEZ FARFÁN, manifestando que se encontraba adolorido, alterado, preocupado por el trabajo, no quería intranquilizar a su madre CLAUDIA INÉS FARFÁN con lo ocurrido, vista que esta última se encontraba domiciliaba en una ciudad diferente al lugar de los hechos.

Lo manifestado por los testigos se encuentra en armonía con lo expresado por los demandantes durante la práctica de declaración de parte.

La víctima directa, madre, hermano y tío, tuvieron que afrontar la tensión, preocupación y desosiego que causaron las circunstancias descritas, sin tener la obligación o deber legal de soportarlas.

Una vez, se traslada a SERGIO LEONARDO SÁNCHEZ FARFÁN a la Clínica el Bosque, inició para él y sus familiares otro calvario.

SERGIO LEONARDO SÁNCHEZ FARFÁN, estuvo en espera para cirugía cuatros (4) días, esto es, desde el día 20 al 24 de junio del 2016. Mientras se esperaba turno para cirugía, en vista que presentaba un edema en su pierna izquierda, debió pernoctar en un pasillo del centro médico por falta de habitación.

La situación fue complicada para la víctima directa, madre, hermano y tío, toda vez que, dicha rutina rayaba con sus vidas cotidianas.

Previamente al accidente de tránsito de fecha 20 de junio de 2016, SERGIO LEONARDO SÁNCHEZ FARFÁN, no había sido sometido a intervenciones o tratamientos médicos de tan alta intensidad y gravedad como los generados por la responsabilidad solidaria civil extracontractual de los demandados.

El costo de las intervenciones médicas generadas por la fractura de otras partes del fémur, fractura subtrocanteriana y traumatismo del nervio ciático a nivel de la cadera del muslo, ascendió a la suma de dieciocho millones diez mil quinientos cuarenta y siete pesos (\$18.010.547) M/CTE. de conformidad a la factura de venta No. 14113615 (folios 102 al 108) de fecha 21 de julio de 2016 emitida por la Clínica del Bosque. El valor fue asumido por el SOAT de la motocicleta de SERGIO

LEONARDO SÁNCHEZ FARFÁN. En la intervención quirúrgica le introdujeron a SERGIO LEONARDO SÁNCHEZ FARFÁN platinas y tornillos para la reconstrucción de su extremidad inferior izquierda que es un hecho adicional que perdurará en el tiempo y ha incrementado el grado de tristeza que sufre con ocasión al accidente de tránsito.

Ha de tenerse en cuenta el monto de lo sufragado, para determinar la complejidad de la intervención médica y quirúrgica que hubo.

CLAUDIA INES FARFÁN, ERASMO ANDRÉS SANCHEZ FARFÁN y GERMAN EDUARDO FARFÁN, en su condición de núcleo más cercano de SERGIO LEONARDO SÁNCHEZ FARFÁN, debieron afrontar las circunstancias físicas y psicológicas que padecía su familiar sin tener la obligación de soportarlas.

CLAUDIA INES FARFÁN, tuvo que viajar desde la ciudad de Neiva – Huila para acompañar a su hijo en tan complicada situación.

Téngase en cuenta que, la señora CLAUDIA INES FARFÁN es una mujer divorciada - soltera que maneja su propio negocio de subsistencia con domicilio principal en la ciudad de Neiva. En consecuencia, CLAUDIA INES FARFÁN debió abandonar su actividad comercial para atender y cuidar a su hijo SERGIO LEONARDO SÁNCHEZ FARFÁN.

CLAUDIA INES FARFÁN, requirió el acompañamiento de ANDRÉS FELIPE QUEVEDO para que este le colaborara en la atención y cuidados a SERGIO LEONARDO SÁNCHEZ FARFÁN.

Independientemente que ERASMO ANDRÉS SANCHEZ FARFÁN y GERMAN EDUARDO FARFÁN residieran en ciudades diferentes se vieron afectados psíquica y emocionalmente por la situación de SERGIO LEONARDO SÁNCHEZ FARFÁN dada su cercanía y vínculo consanguíneo.

El día 03 de julio de 2016, en horas de la noche, SERGIO LEONARDO SÁNCHEZ FARFÁN perdió el conocimiento y, por tal razón, a las 02:33 a.m. ingresó nuevamente por urgencias a la Clínica el Bosque, en vista que, presentó una úlcera duodenal aguda con hemorragia.

Tanto CLAUDIA INES FARFÁN, como ANDRÉS FELIPE QUEVEDO manifestaron al despacho lo que afrontaron a raíz de la situación de salud de SERGIO LEONARDO SÁNCHEZ. Ambos se rotaban para cuidar a la víctima directa durante su nuevo paso por la Clínica del Bosque como en las residencias descritas en escrito de demanda en la ciudad de Bogotá.

ANDRÉS FELIPE QUEVEDO, manifestó las vergonzosas situaciones que tuvo que lidiar con SERGIO LEONARDO SÁNCHEZ FARFÁN, con ocasión a la úlcera duodenal aguda con hemorragia, como por ejemplo, cuando SERGIO LEONARDO SÁNCHEZ perdió el control de los esfínteres mientras lo bañaban junto a la señora

CLAUDIA INES FARFÁN y, durante su estadía, en la Clínica el Bosque. Señaló el testigo que, la materia fecal de la víctima directa, presentaba un olor intolerable y de coloración negra, en vista que contenía coágulos de sangre en razón a la hemorragia interna que presentaba.

De conformidad a la Factura de Venta No. 1409533 (folio 132) de fecha 08 de julio de 2016 emitida por la FUNDACIÓN SALUD BOSQUE, el valor por la atención médica con ocasión a la hemorragia ascendió a la suma de tres millones novecientos dos mil quinientos nueve pesos (\$3.902.590) M/CTE. El valor fue cubierto por Nueva EPS.

Ha de tenerse en cuenta el monto de lo sufragado, para determinar la complejidad de la intervención médica y quirúrgica que hubo.

Una vez, a la víctima directa le dan de alta por el diagnóstico de úlcera duodenal aguda con hemorragia, permanece unos días en la ciudad de Bogotá junto a su madre y ANDRÉS FELIPE QUEVEDO para posteriormente trasladarse a la ciudad Neiva.

Téngase en cuenta que, el día 11 de septiembre de 2016, le detectaron a CLAUDIA INES FARFÁN cáncer de seno izquierdo, situación que en nada ayudó para la ya desafortunada circunstancia en que se encontraba su primogénito. El supuesto factico se encuentra acreditado dentro de la *litis*.

Ya SERGIO LEONARDO SÁNCHEZ FARFÁN, encontrándose en la ciudad de Neiva – Huila, IBAMA VARGAS le realizó terapias para la recuperación de la sensibilidad y recuperación muscular. Se realizaron aproximadamente entre 80 y 90 terapias. De igual manera, se allegaron historias clínicas al expediente que dan fe de las terapias que, de igual manera, se realizaron a través de Nueva EPS y otros particulares.

IBAMA VARGAS, declaró que la víctima directa poseía una férula en su pie izquierdo y no se podía movilizar (posteriormente muletas) con ocasión al accidente de tránsito sufrido el día 20 de junio de 2016. La férula tenía como finalidad tratar el efecto de pie caído izquierdo.

SERGIO LEONARDO SÁNCHEZ FARFÁN, estuvo incapacitado por un periodo mayor a 180 días de acuerdo a las incapacidades emitidas por Nueva EPS. Respecto de lo cual ninguno de los demandados lo desconoció.

En enero del año 2017, SERGIO LEONARDO SÁNCHEZ FARFAN retorna a la ciudad de Bogotá en muleta y con férula en su pie izquierdo. Se transportaba en servicio público, lo cual fue complicado por su estado de salud.

URIEL MORENO CARDOZO, declaró ante el despacho que SERGIO LEONARDO SÁNCHEZ FARFÁN cambió su actitud de ser muy sociable a huraño, introvertido y con cierto grado de tristeza notaria, después del accidente tránsito del 20 de junio

de 2016. Igualmente, el miedo de SERGIO LEONARDO SÁNCHEZ FARFÁN que generó el accidente de tránsito para la conducción de motocicleta (efecto adverso).

Teniendo cuenta las anteriores consideraciones fácticas, la censura a la sentencia proferida por el *a quo*, gira en torno a la tasación de los perjuicios morales, precisando que los mismos no se compadecen con la magnitud de los hechos, lesiones, incapacidad, dolor y padecimientos de la víctima directa, madre, hermano y tío, los cuales quedaron en un monto inferior al de su real dimensión e intensidad.

Aquí se demostró el sufrimiento y padecimiento sufridos por la víctima directa, madre, hermano y tío, su padecimiento, su tristeza, su permanencia en la Clínica del Bosque, su dolor e incomodidad con los injertos practicados, sus cambios psicológicos, todo esto comprobado dentro del expediente en referencia.

Adicionalmente se ha de tener en cuenta que, el sólo hecho del parentesco implica que a los familiares cercanos de la víctima directa se le generan daños morales.

Es por ello por lo que se considera que el monto que por perjuicio moral se fijó para los actores debe ser superior a lo establecido *en procura de impartir una verdadera, justa, recta y eficiente justicia, derrotero y compromiso ineludible de todo juzgador.*³

En consecuencia, se debe aplicar por parte del *ad quem* lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, en cuanto a la valoración de los daños irrogados, atendiendo a los *principios de reparación integral y equidad*.

4. REPAROS EN CONTRA DE LA SENTENCIA ATINENTE A LA ESTIMACIÓN DEL DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN POR CONSIDERARSE INSUFICIENTES O INFERIORES A SU MAGNITUD E INTENSIDAD.

Sobre el daño a la vida de relación, la sentencia del *a quo* concedió a la víctima directa ocho millones de pesos (\$8.000.000), desatendiendo el precedente jurisprudencial determinado en la sentencia SC - 5686-2018 de Corte Suprema de Justicia -aplicable inclusive para el daño moral.

Se reitera que a la víctima directa se le causaron los siguientes diagnósticos médicos:

Fecha	Código	Diagnóstico
20/06/2016	S728	Fractura de otras partes del Fémur.
22/06/2016	S722	Fractura subtrocantariana.
26/06/2016	S740	Traumatismo del nervio ciático a nivel de la cadera del muslo.
06/07/2016	D648	Otras anemias especificadas
	K260	Úlcera duodenal aguda con hemorragia

³ Ibidem.

	K922	Hemorragia gastrointestinal
--	------	-----------------------------

El día 30 de septiembre de 2016, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencia Forenses emitió Informe Pericial de Clínica Forense No. GRCOPPF-DRSUR-07221-2016 (folio 190) en el cual se determinó respecto a integridad de SERGIO LEONARDO SÁNCHEZ FARFÁN:

Deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente; Perturbación funcional de miembro INFERIOR IZQUIERDO de carácter por definir; Perturbación funcional de órgano SISTEMA DE LA LOCOMACIÓN de carácter por definir; Perturbación funcional de órgano SISTEMA NERVIOSO PERIFERICO de carácter por definir (...).

En la intervención quirúrgica le introdujeron a SERGIO LEONARDO SÁNCHEZ FARFÁN platinas y tornillos para la reconstrucción de su extremidad inferior izquierda que es un hecho adicional que perdurará en el tiempo y ha incrementado el grado de tristeza que sufrió con ocasión al accidente de tránsito. Ello sin tener en cuenta que pueda ser sometido a intervenciones futuras.

De igual manera, se determinó pérdida de capacidad laboral de SERGIO LEONARDO SÁNCHEZ FARFÁN por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca de fecha 19 de julio de 2019 (folio 465). Se dictaminó una pérdida de capacidad laboral del 4,30%.

Tanto los demandantes, como también los testigos VIVIAN ROCIO ACOSTA ARISTIZABAL, ANDRÉS FELIPE QUEVEDO y URIEL MORENO CARDOZO manifestaron los defectos que sufrió SERGIO LEONARDO SÁNCHEZ en su integridad física (cogerá, dolores por el frío, marcha del pie izquierdo así dentro, etc).

El día 27 de marzo del 2019, IDIME practicó electromiografía (folio 239) del nervio peroné del pie izquierdo de SERGIO LEONARDO SÁNCHEZ FARFÁN, concluyendo que:

Estudio anormal compatible con una neuropatía ciática antigua con reinervación parcial del nervio peronero.

Imagen No. 1

El día 8 de octubre de 2019, el médico SERGIO ANDRÉS GUERRERO BARBOSA, entidad Nueva EPS, diligenció en historia clínica (folio 442) de SERGIO LEONARDO SÁNCHEZ FARFÁN:

ATENCIÓN CONSULTA EXTERNA # 1 - #Interno:6053096964 // Entidad: NUEVA E.P.S

Profesional : SERGIO ANDRES GUERRERO BARBOSA Registro: 1140815657 Fecha : 08/10/2019 17:58 Sede : UT VIVA BOGOTA - MARLY

Especialidad : MEDICINA FISICA Y REHABILITACION

Motivo de Consulta: VALORACION PRIMERA VEZ

Enfermedad Actual: PACIENTE DE 30 AÑOS QUIEN ASISTE A CONSULTA POR PRESENTAR ANTECEDENTE DE ACCIDENTE DE TRANSITO HACE 3 AÑOS CON FRACTURA DE FEMUR IZQUIERDO MANEJADA CON REDUCCION ABIERTA Y OSTEOSINTESIS , PIE CAIDO SECUNDARIO. ACTUALMENTE CON DOLOR EN MUSLO IZQUIERDO A PREDOMINIO NOCTURNO. MAENJO ANALGESICO CON NAPROXENO SIN MEJORIA. TRAE REPORTE DE RX FEMUR IZQUIERDO CON FRACTURA CONSOLIDADA CON PRESENCIA DE MATERIAL DE OSTEOSINTESIS , EMG/NC MIEMBROS INFERIORES: NEUROPATIA CIATICA ANTIGUA CON SIGNOS DE REINERVACION PARCIAL DE NERVI PERONERO.
ANTECEDENTES: GASTRITIS CRONICA
ALERGICOS: NIEGA

Imagen No. 2.

RESUMEN Y COMENTARIOS

EXAMEN FISICO

ARCOS DE MOVILIDAD COMPLETOS, PRAXIAS FUNCIONALES COSERVADAS, DOLOR A LA FLEXION Y ADUCCION DE CADERA IZQUIERDA, RETRACCIONES MUSCULARES EN ADUCTORES E ISQUIOTIBIAL IZQUIERDOS

IDX:

TENDINITIS DE PSOAS IZQUIERDO
DISMETRIA DE MIEMBROS INFERIORES A ESTUDIO
ANTECEDENTE ACCIDENTE DE TRANSITO
-- FRACTURA FEMUR IZQUIERDO
-- POP REDUCCION ABIERTA MAS OSTEOSINTESIS

CONCEPTO

PACIENTE CON DIAGNOSTICO ANOTADOS, CON DOLOR MIXTO SECUNDARIO, SE INDICA TOMA DE GAMAGRAFIA OSEA, TEST DE FARILL, PROGRAMA DE TERAPIA FISICA SEDATIVA Y PARA FORTALECIMIENTO DE ADUCTORES Y FLEXORS DE CADERA IZQUIERDA, SE CITA NUEVAMENTE A CONTROL EN 4 MESES, RECOMENDACIONES Y SIGNOS DE ALARMA

Imagen No. 3.

MEDICAMENTOS

Medicamento: CIANOCOBALAMINA 1 mg/mL (SOLUCION INYECTABLE) SOLUCION INYECTABLE

Cantidad: 4

Dosificacion: APLICAR UNA AMPOLLA INTRAMUSCULAR CADA 15 DIAS

Enviado por Profesional : SERGIO ANDRES GUERRERO BARBOSA Registro: 1140815657 Fecha : 08/10/2019 17:58

Medicamento: DICLOFENACO SODICO 50 mg (GRAGEA) TABLETA

Cantidad: 4

Dosificacion: APLICAR UNA AMPOLLA INTRAMUSCULAR CADA 15 DIAS

Enviado por Profesional : SERGIO ANDRES GUERRERO BARBOSA Registro: 1140815657 Fecha : 08/10/2019 17:58

Medicamento: PIRIDOXINA CLORHIDRATO 50 mg (TABLETA GRAGEA O CAPSULA) TABLETA O CAPSULA

Cantidad: 60

Dosificacion: TOMAR UNA TABLETA CADA 12 HORAS

Enviado por Profesional : SERGIO ANDRES GUERRERO BARBOSA Registro: 1140815657 Fecha : 08/10/2019 17:58

Imagen No. 4.

SERGIO LEONARDO SÁNCHEZ FARFÁN, continúa en tratamientos médicos para tratar las patologías generadas por el accidente de tránsito, a pesar de haber transcurrido más de cinco años.

Quedaron en evidencia las actividades que antes realizaba SERGIO LEONARDO SÁNCHEZ FARFÁN y que ahora no puede ejecutar de la misma manera e intensidad (deportes de impacto, gimnasio, bicicleta, etc.), es decir, que, en palabras

de la Honorable Corte Suprema de Justicia, son pérdidas anatómicas, funcionales, y sufrimiento que atenta contra la estética, (pág. 414 SC 5686-2018).

Se encuentra plenamente acreditada la disminución del pleno goce de la existencia por el hecho de que las lesiones sufridas afectaron el desarrollo de actividades esenciales y placenteras de la vida diaria, la práctica de actividades recreativas, culturales y deportivas.

Es por ello por lo que se considera que el perjuicio en la vida en relación de SERGIO LEONARDO SÁNCHEZ FARFÁN, debe ser superior al establecido por el *a quo en procura de impartir una verdadera, justa, recta y eficiente justicia, derrotero y compromiso ineludible de todo juzgador.*⁴

En consecuencia, se debe aplicar por parte del ad quem lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, en cuanto a la valoración de los daños irrogados, atendiendo a los principios de reparación integral y equidad.

5. REPAROS EN CONTRA DE LA SENTENCIA ATINENTE A LA NEGACIÓN DE LOS INTERESES MORATORIO DE QUE TRATA EL ARTÍCULO 1080 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.

Tal como fuese expuesto en la audiencia surtida el día 06 de abril del presente, hubo la declaratoria de responsabilidad solidaria civil extracontractual de los demandados MISAEL HERNANDO CORTES y TAXATELITE S.A.

Como consecuencia de lo anterior, el *a quo* ordenó el pago de los perjuicios materiales e inmateriales probados dentro del proceso judicial en las estimaciones descritas.

Condenó a SEGUROS DEL ESTADO S.A. al pago de los perjuicios declarados en razón a su condición de empresa aseguradora de los demandantes.

Con la demanda se acompañaron copia de la comunicación de fecha 18 de junio de 2018 enviada a SEGURO DEL ESTADO S.A. con los requisitos exigidos en el artículo 1077 del Código de Comercio.

La comprobación acerca de la responsabilidad civil extracontractual asegurada por SEGUROS DEL ESTADO S.A., se pudo verificar extrajudicialmente, como expresamente lo autoriza el artículo 1080 del Código de Comercio, y una vez cumplida esta carga por parte de los demandantes, la aseguradora dispone de un mes para ejecutar la prestación prometida en el contrato de seguros, de modo que, si ese término transcurre sin que éste la cumpla, queda de manera inmediata, constituido en mora y obligado a pagar, no solamente la prestación asegurada, sino los intereses moratorios sobre esa suma.

⁴ Ibidem.

En el caso de *marras*, se persiguió el pago de los perjuicios asegurados, sin embargo, el *a quo* negó el reconocimiento del pago de los intereses moratorios solicitado, pues consideró que el derecho tan sólo obtiene acreditación en sentencia de fecha 06 de abril de 2021.

Analizado el expediente y las pruebas recaudadas, se tiene que SEGURO DEL ESTADO S.A. aceptó pagar a SERGIO LEONARDO SÁNCHEZ FARÁN la suma de quince millones de pesos (\$15.000.000), sin realizar objeción a la reclamación.

En consecuencia, considera el extremo activo de la *litis* que el *a quo* incurrió en error de apreciación probatoria, cuando concluyó que el derecho al pago de intereses consagrado en el artículo 1080 del Código de Comercio, tan sólo obtiene acreditación en esta sentencia, pues las pruebas señaladas anteriormente demuestran que los demandante demostraron extrajudicialmente ante la aseguradora la ocurrencia del siniestro, como lo impone el artículo 1077 del C. de Comercio, mientras que SEGUROS DEL ESTADO S.A.

Por todo lo dicho, se establece que desde allí surgió el derecho de los demandantes a ser indemnizados por la tardanza, toda vez que, el *a quo* declaró la responsabilidad solidaria civil extracontractual de MISAEL HERNANDO CORTES y TAXATELITE S.A.S.

El error del *a quo* no solamente es manifiesto, sino trascendente, porque al cometerlo se abstuvo de condenar a SEGUROS DEL ESTADO S.A. al pago de los intereses sobre la suma debida, con lo cual quebrantó indirectamente el artículo 1080 del Código de Comercio, por falta de aplicación.

Por tanto, el reparo resulta próspero y conduce a la adición del fallo, reconociendo los intereses moratorios en favor de los demandantes sobre las sumas decretas por concepto de perjuicios desde el día 18 de julio de 2018 hasta la fecha en se realice el correspondiente pago por parte de SEGUROS DEL ESTADO S.A.

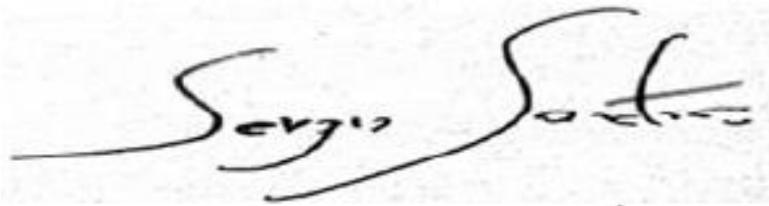
6. NOTIFICACIONES.

Dirección física: Calle 4 C # 26 – 30, Neiva.

Email: sergiolsanchezfarfan@gmail.com

Celular No. 310 613 09 94.

Atentamente,

A handwritten signature in black ink on a light background. The signature is written in a cursive style, starting with a large 'S' and ending with a flourish. The name 'Sergio' is clearly legible in the middle of the signature.

SERGIO LEONARDO SÁNCHEZ FARFÁN

Señores

Grupo de Trabajo de Competencia Desleal y Propiedad Industrial

DELEGATURA PARA ASUNTOS JURISDICCIONALES

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Ciudad

ASUNTO: RECURSO DE APELACION CONTRA SENTENCIA EN ACCION POR
INFRACCION A DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL.
Radicado 16-077560

Demandados: ALEXANDER SANDOVAL, DMG HOLDING S A o DMG INVERSIONES e
INNOVAR CONSULTING SAS

Demandante: UAE DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN

MIRYAM ROJAS CORREDOR, identificada con cédula de ciudadanía No 39.75.419 de Bogotá, portadora de la tarjeta profesional No 145.713 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderada de **la UAE DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN**, con fundamento en el artículo 322 del Código General del Proceso, dentro del término establecido sustentó el RECURSO DE APELACION interpuesto contra la sentencia dictada en audiencia de instrucción y juzgamiento de que trata el artículo 373 del Código General del Proceso, realizada el 8 de octubre de 2018 según Acta No. 2392.

1. De la sentencia recurrida

El Superintendente Delegado para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, en ejercicio de las facultades jurisdiccionales conferidas por el Código General del Proceso, emitió sentencia en la que resolvió:

"PRIMERO: NEGAR todas las pretensiones de la demanda

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN. Por concepto de agencias en derecho se fija la suma de TRES MILLONES NOVECIENTOS SEIS MIL DOSCIENTOS DIEZ PESOS (\$3.906.210) a favor de D.M.G. GRUPO HOLDING S.A. – EN LIQUIDACION-, INNOVAR CONSULTING S.A.S y ALEXANDER SANDOVAL.

Por Secretaría realícese la liquidación correspondiente."

2. Razones de inconformidad contra la sentencia

La entidad que represento no está de acuerdo con la decisión del A-quo por las siguientes razones:

2.1 El fallo concluye que existió infracción a la marca mixta de la DIAN pero que las pretensiones carecen de fundamento probatorio, porque no se puede decir que los demandados realizaron la conducta.

El fallador de primera luego de establecer que la DIAN acreditó que es titular de la marca mixta, y que esta fue utilizada por los demandados, al realizar la valoración de pruebas aportadas, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, concluye que no se puede establecer que se haya realizado la conducta de infracción por parte de los demandados y que las pruebas dejan un manto de duda de la infracción.

Para el juez, no existe vínculo alguno de los terceros con la publicidad aportada cuando tal infracción por el uso sin autorización, se encuentra probada en el proceso. Veamos:

a) DMG HOLDING S A EN LIQUIDACION JUDICIAL o D.M.G. INVERSIONES

Se allegó correo de un periodista de City TV en la que informó sobre imágenes de volantes pegados en diferentes barrios de la ciudad, que se anexaron como **Prueba 10.2**, en los cuales la sociedad demandada anuncia inversiones y rentabilidad en proyectos con frases como: "Invierta y gane" "Invierta y Reciba interés hoy mismo" en los que se resalta el logo de la DIAN y otras entidades públicas y privadas.

Si bien la liquidadora de la sociedad DMG Grupo Holding S A en Liquidación puso en conocimiento de la Superintendencia Financiera de Colombia, la utilización de volantes sobre supuestas actividades de captación masiva e ilegal de dineros y el uso indebido del logo de varias entidades, están los volantes emitidos con los nombres del demandado.

La Superintendencia Financiera a través del Coordinador Grupo de Prevención y Control del Ejercicio Ilegal de la actividad Financiera, remitió al Director General de la DIAN oficio 2015013621-001-000 del 6 de marzo de 2015 con copia del volante publicitario radicado en esa entidad, donde la sociedad demandada utiliza el logo de la DIAN **Prueba 10.5**. En el mismo se observan tanto los nombres de la sociedad demandada como del uso que hacen de la marca mixta DIAN.

b) INNOVAR CONSULTING SAS

La Superintendencia Financiera de Colombia – Coordinación del Grupo de Prevención y Control del Ejercicio Ilegal de la actividad Financiera, con oficio 2014116386-002-000 del 26 de diciembre de 2014 (**Prueba 10.7**) puso en conocimiento del Director General de la DIAN la utilización del logo o marca mixta de la entidad por la sociedad INNOVAR CONSULTING SAS, quien se anuncia como "GRUPO EMPRESARIAL DE CREDITO CREDI – INNOVAR LTDA". Al oficio anexaron copia del volante publicitario.

En los volantes publicitarios, se observa que la sociedad denominada GRUPO EMPRESARIAL DE CREDITO CREDI-INNOVAR LTDA, se anuncia así y utiliza el logo de la DIAN para ofrecer créditos a microempresarios, comerciantes, estudiantes, amas de casa, arrendatarios, docentes, pensionados, independientes, etc.

c) ALEXANDER SANDOVAL

La entidad tuvo conocimiento de tarjetas de presentación, las cuales se anexan como **Prueba 10.10**, en las que el señor ALEXANDER SANDOVAL con celular 300 673 53 98 y whatsapp trámitesdian@gmail.com utiliza el logo de la DIAN y anuncia servicios para adelantar inscripción de RUT, actualización de datos, facturación, firma digital, cancelaciones en Rut.

El señor ALEXANDER SANDOVAL utilizó el logo de la DIAN para ofrecer servicios de asesoría y trámites cuya publicidad es engañosa y lesiva a los intereses del público en general porque son servicios y trámites que son prestados directamente por la U.A.E. Dirección de impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, sin ningún costo.

Esto en conjunto, aunado a que la Decisión 486 de 2000 establece que los derechos que le asisten al titular de una marca registrada es el **de impedir a cualquier tercero usarla, sin su consentimiento** y que, en las excepciones al derecho de exclusividad, contenidas en el capítulo III artículo 157 y 158 ib, no se encuentra la conducta desplegada por los demandados porque de las pruebas lo que se observa es que la marca no se usó de buena fe ni con una finalidad informativa y fue susceptible de inducir a confusión al público sobre el origen de los servicios. Me refiero de forma breve a cada una:

La Buena Fe

Referida según el Tribunal de Justicia a la buena fe entre los comerciantes, lo que supone que sus prácticas deben ajustarse a mandatos de honestidad, confianza, honorabilidad, lealtad y sinceridad. En relación a la buena fe, como requisito para que el uso sin autorización del titular sea permitido, el Tribunal Andino ha reiterado conceptos desarrollados al respecto en la interpretación prejudicial 20-IP-97, caso CAROLINA (Gaceta Oficial No. 35 de 14 de julio de 1998) así:

"La buena fe o bona fides al lado de otros conceptos como el de equidad, la sanción del abuso del derecho y del enriquecimiento sin justa causa, constituye uno de los principios generales del derecho que como tal debe informar no sólo las relaciones contractuales sino cualquier actuación en la vida de relación. Se trata de un postulado sin excepción alguna que, en cuanto principio, es exigible a toda persona y en el que se legitima el reproche a cualquier conducta que de él se aparte. Es un concepto con vocación universal, pero dinámico en cuanto responde a los esquemas éticos, políticos y sociales de cada momento histórico.

"La buena fe es concebida subjetivamente como la convicción o conciencia de no perjudicar a otro, o de no defraudar la ley. La buena fe implica ajustar totalmente la conducta a las pautas del ordenamiento jurídico y es, en definitiva, la conciencia de la legitimidad del obrar o del accionar de una persona".

En este sentido, los usos sin autorización del titular no pueden constituir un aprovechamiento de la marca registrada ni tampoco puede tener otros fines que los previstos en la norma comunitaria, esto es, identificación o información, de manera que, los terceros deberán actuar de buena fe, y además el uso no podrá ser susceptible de inducir al público a error sobre la procedencia del producto ofrecido o del servicio prestado.

Como me refiero a continuación, las actuaciones de los demandados no se ejercieron en el comercio bajo los parámetros de la buena fe comercial, porque lo que hay es la utilización

de la marca para obtener una ventaja en la que se perjudican los intereses de los contribuyentes, usuarios de la entidad tributaria y público en general.

Uso informativo

El Tribunal de justicia de la Comunidad Andina en el proceso 40-IP-2011 respecto del uso de la marca con fines informativos, ha considerado unos elementos y/o características que son:

- i) *Que la información sea veraz, es decir, que no sea falsa ni engañosa (principio de veracidad publicitaria).*
- ii) *Que la información que se brinde sea de carácter objetivo, esto es, que sea objetivamente comprobable, verificable. Esto determina que la publicidad en la que se hace mención a una marca ajena no debe contener afirmaciones o elementos subjetivos, es decir, que no puedan ser comprobados o verificados.*
- iii) *Que la información que se proporcione en la comparación con una marca ajena, además de ser objetiva, debe referirse a extremos o prestaciones que sean análogas.*
- iv) *Igualmente, la información debe referirse a extremos relevantes o esenciales de las prestaciones."*

La información de los avisos no es veraz ni confiable ni verificable porque las 2 sociedades no están autorizadas para realizar actividades exclusivas de nuestras entidades vigiladas, entre ellas, la de captar dineros del público en forma masiva. Los supuestos que deben concurrir para que se predique que una persona natural o jurídica está incurriendo en la conducta de captación o recaudo no autorizado de dineros del público, se encuentran previstos en el artículo 6 del Decreto 4334 de 2008 en concordancia con el Decreto 1981 de 1988.

El uso de la marca es susceptible de inducir en confusión al público

Sobre este requisito, el Tribunal de justicia de la Comunidad Andina en el proceso 101-IP-2013 dijo:

*"Este último requisito tiene relación principalmente con la protección de una de las funciones esenciales de la marca, que es la de ser indicadora de la procedencia empresarial de los productos o servicios por ella distinguidos. Así el uso permitido en virtud del artículo 157 de la Decisión 486 **implica que dicho uso no debe dar la impresión que el producto o servicio en cuestión tiene un origen empresarial diferente al que realmente posee.** Asimismo, tampoco debe dar la impresión que determinados productos provienen de la misma empresa o de empresas vinculadas económicamente o de empresas entre las que existe relación comercial o que, por ejemplo, la empresa que está haciendo uso de la marca ajena pertenece a la red de distribución oficial del titular de la marca, entre otros supuestos."*

Ofrecer servicios con el logo y marca de la DIAN, claramente genera riesgo de asociación y confusión respecto de la relación entre la DIAN y quien los ofrece.

El principal objetivo de la Superintendencia Financiera lo constituye la supervisión del sistema financiero, con el fin de preservar su estabilidad, seguridad y confianza.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, para el cumplimiento de dichos objetivos, la Superintendencia tiene funciones

de control, vigilancia, prevención, sanción, supervisión, certificación y publicidad, entre otros. Con el fin de proteger el ahorro de la sociedad y la confianza pública en el sistema financiero, ha establecido que los particulares no pueden realizar libremente operaciones relacionadas con el recaudo de dineros del público en forma masiva, la intermediación financiera y, en general, el ejercicio de actividades exclusivas de las instituciones sometidas al control y vigilancia de ella, siendo, dichas conductas, sancionadas por la vía administrativa y por la vía penal.

Las entidades y actividades sometidas a la inspección, vigilancia y control de esta Superintendencia, se encuentran señaladas en el numeral 2° del artículo 325 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, así como en el numeral 1° del párrafo 3° del artículo 75 de la Ley 964 de 2005, y es frente a dichas entidades que ejerce función administrativa; y sólo éstas, se encuentran facultadas legalmente para, entre otras actividades, captar dineros del público en forma masiva y habitual.

Por estas razones, no puede dar prevalencia a formalidades para requerir pruebas o soportes adicionales a los aportados sobre una conducta que está probada y que representa para la actora una medida de protección de su marca mixta.

2.2 La condena en costas no es procedente porque se trata de un asunto de interés público y no se encuentran probadas dentro del proceso. Numeral 1 y 8 del artículo 365 Ley 1564 de 2012

El fallador de primera instancia determinó a título de agencias en derecho y a favor de los demandados DMG Holding, Innovar Consulting y Alexander Sandoval la suma de \$3.906.210 sobre la base del 5% de las pretensiones, ello teniendo en cuenta la indemnización preestablecida por infracción a los derechos de marca reglamentado por el Decreto 2264 del 11 de noviembre de 2014.

Pues bien, el Decreto 2264 de 2014, es un mecanismo que lo que pretende es proporcionar a un titular de derechos marcarios un procedimiento que le permita el resarcimiento oportuno de los perjuicios que genera la infracción a sus derechos mediante una indemnización preestablecida. Como la entidad que represento no puede establecer los daños y perjuicios que le genera el uso sin autorización e indebida de su marca mixta en la publicidad que realizan terceros, en desarrollo del artículo 1° del Decreto, no debe probar la cuantía de estos, tal como lo establece el artículo 243 de la Decisión Andina 486 y, por lo tanto, sujeta la tasación a la determinación por parte del Juez de un monto que fija el artículo 2° ib.

De manera que el A quo consideró que la entidad al optar por el sistema de indemnizaciones preestablecidas, la indemnización era equivalente a 5 SMMLV es decir que si el salario mínimo mensual SMMLV que rige en Colombia es de \$861.453 (\$781.242 más el subsidio de transporte de \$88.211), tenemos un total de \$3.906.210. Valor que considero como agencias en derecho.

El fallo desconoce que los procesos en los que se ventile un interés público, no hay lugar a la condena en costas, pues detrás del logo o marca mixta de la DIAN están contribuyentes, responsables y usuarios de impuestos nacionales, con obligaciones aduaneras y obligaciones cambiarias y el público en general, que identifican la entidad y

todo lo que ella realiza para la administración y control de las mismas. Que la entidad tiene funciones relevantes para el país consignadas en el Decreto 4048 de 2008 expedido por el Presidente de la República. Entre otras:

- La administración de los impuestos de carácter nacional lo cual comprende su fiscalización, liquidación, discusión, cobro, sanción y todos los demás aspectos relacionados con el cumplimiento de las obligaciones tributarias;
- Control y vigilancia sobre el cumplimiento del régimen cambiario en materia de importación y exportación de bienes;
- Dirigir y administrar la gestión aduanera y disponer de las mercancías aprehendidas, decomisadas o abandonadas a favor de la Nación;
- Servicio y apoyo a las operaciones de comercio exterior;
- Cumplimiento del régimen cambiario en materia de importación y exportación de bienes y servicios.

De forma adicional, si en gracia de discusión se considerara que hay lugar a condena en costas, el valor determinado es desproporcional e irrazonable pues esa ponderación no daba lugar a la indemnización teniendo en cuenta las pruebas que obran en el proceso, el objeto de la infracción, la afectación a una entidad con un objetivo respecto al sostenimiento fiscal de las finanzas del país. Lo que hizo la actora fue poner en conocimiento del juez competente una infracción a su marca mixta DIAN, con base en pruebas aportadas y ahora se ve castigada a resarcir a los demandados esa suma, con otro agravante como es que él mismo consideró que tanto Innovar Consulting SAS como el señor Alexander Sandoval no fueron identificados plenamente y por ello no se pueden determinar que fueron los presuntos infractores.

Adicionalmente, se debe precisar que, de acuerdo con el numeral 1º del artículo 365 del Código General del Proceso, se condena en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, pero el numeral 8 ib. establece que sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación. A este respecto, las sentencias del 15 de octubre de 2015 Exp. 20477 C.P. Dr. Jorge Octavio Ramírez R. y del 5 de marzo de 2015, Exp. 20585, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia, se refieren al decir que la regla del numeral 1 está sujeta a la del numeral 8, según la cual solo habrá lugar a condenar en costas cuando, en el expediente, aparezcan causadas y, siempre y cuando, estén probadas.

Veamos el pronunciamiento de la alta Corporación:

"6.4.- La normativa aplicable a los asuntos de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en materia de costas, establece la regla, según la cual, en la sentencia, el juez debe pronunciarse sobre la condena en costas, con excepción de los asuntos de interés público; además, señala que la liquidación y ejecución se regirán por lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil.

6.5.- La Ley 1564 de 2012, en el artículo 365, señala las reglas para su determinación, así:

"1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

"Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

"2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

"3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

"4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

"5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

"6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.

"7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.

"8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

"9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción."

(...)

6.7.- Sin embargo, tal circunstancia está sujeta a la regla del numeral 8, según la cual solo habrá lugar a condenar en costas cuando, en el expediente, aparezcan causadas y, siempre y cuando, estén probadas^[1].

6.8.- Sobre el particular la Corte Constitucional en sentencia C-157 del 21 de marzo de 2013^[2], señaló lo siguiente:

"La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366, se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra".

^[1] Se reitera el criterio de la Sala expuesto en sentencia complementaria del 5 de marzo de 2015, exp. 20585, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia.

^[2] Expediente D-9263 M.P. Mauricio González Cuervo

6.9.- *En el caso concreto en el expediente no existe ningún medio de prueba del cual se pueda establecer erogación alguna por ese concepto que justifique una condena a la DIAN, razón suficiente para negar la condena en costas."*

De acuerdo a lo expuesto, para condenar en costas debe haber prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De forma adicional que la afectada es la una entidad del orden nacional que coadyuva a garantizar la seguridad fiscal del Estado porque genera los ingresos fiscales necesarios para el desarrollo del país mediante la administración y control al debido cumplimiento de las obligaciones tributarias, aduaneras y cambiarias.

En el presente caso la ponderación se realiza sobre la base de una indemnización que la misma entidad como actora y afectada por los daños y perjuicios que le genera el uso de su marca mixta con la publicidad que se aportó al proceso, la cual no se hace con fines informativos, se realiza por terceros que no son entidades autorizadas para captar dineros, ni se encuentran vigiladas por la Superintendencia Financiera o de Sociedades pero que intentan establecer una relación con la DIAN lo cual genera riesgo de asociación y confusión para la prestación de los servicios.

3. Petición

Respetuosamente solicito se REVOQUE la sentencia y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda.

4. Notificaciones

Para los efectos recibiré notificaciones en la Subdirección de Representación Externa ubicada en la Carrera 8 N° 6C - 38 Piso 4° - Edificio San Agustín de la ciudad de Bogotá D.C., o en los correos electrónicos: notificacionesjudicialesdian@dian.gov.co o mrojasc1@dian.gov.co.

Cordialmente,

MIRYAM ROJAS CORREDOR

C.C. 39.755.419 de Bogotá

T.P. 145.713 C.S.J.

Apoderada U.A.E. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN

SEÑORES

H. TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.

SALA 016 CIVIL

M.P. DR. AIDA VICTORIA LOZANO RICO

E. S. D.

PROCESO: EJECUTIVO SINGULAR

DEMANDANTE: BANCO DE BOGOTÁ S.A

DEMANDADO: CONSTRUCTORA VALU LTDA, MARIO

FERNANDO VARGAS SALCEDO Y STELLA VARGAS SALCEDO

EXPEDIENTE: 2020-0303-01

TRASLADO DECRETO 806 DE 2020 ART. 14

JUAN PABLO MEZA MORALES, mayor de edad y abogado en ejercicio, identificado con cedula de ciudadanía No. 79.911.722 y T.P No. 116.939 del Honorable C.S. de la J, obrando en calidad de apoderado especial de la señora **STELLA VARGAS SALCEDO**, mayor de edad, identificada con la cédula de ciudadanía No. 46.660.240, y el señor **MARIO FERNANDO VARGAS SALCEDO**, identificado con la C.C. No. 79.463.717 con domicilio y residencia en Bogotá, D.C., conforme a poder conferido y reconocido en autos, por medio del presente escrito y estando dentro del término legal allego la sustentación de la apelación solicitada y concedida en la audiencia del día 17 de junio de 2021, así:

1. OPORTUNIDAD Y PROCEDENCIA DEL RECURSO.

Según lo ordenado en los artículos 320 y siguientes del Código General del Proceso, que regulan la figura de la apelación, se indica que su oportunidad, De conformidad con lo establecido en el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, se concede a la parte apelante el término de cinco (5) días, contados a partir de la ejecutoria de esta providencia al estado que la notifique, que para el caso particular se notificó el día viernes 27 de agosto de 2021, con lo cual se debe interponer hasta el día 3 de septiembre de 2021. Para lo cual estando dentro del término para ello, y cumplidos los requisitos solicito desde ya sea admitido el citado recurso.

2. OBJETO DEL RECURSO.

Con el presente se tiene como objeto se REVOQUE la providencia impugnada, en el sentido de abstenerse de emitir fallo condenatorio en contra de mis representados, y en el evento de decidir, se declare la totalidad de las excepciones decretadas por el ad quo, y en dicho sentido sean admitidas por su despacho, las siguientes razones jurídicas y fácticas, que eviten una sentencia condenatoria para mis representados.

3. FUNDAMENTOS FACTICOS Y JURIDICOS.

De la manera más respetuosa se indica al despacho tenga en cuenta las siguientes consideraciones:

PRIMERO. NO CLARIDAD EN LA LIQUIDACIÓN DE LA TASA DE INTERES:

“Se solicita por el apoderado por la pasiva en su pretensión C, denominada INTERESES CORRIENTES, que se pague la suma de \$11. 568.407,86, por intereses causados a la tasa del DTF más 7.50% efectiva anual, sin indicar para cada periodo y demostrarlo, cual es la tasa y de donde resulta el valor pretendido, por tanto, la pretensión correspondiente a dicho rubro carece de CLARIDAD, ya que el demandante no hace esfuerzo por explicar de donde salen dichas sumas pretendidas

SEGUNDO. FALTA DE IDENTIFICACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DEMANDA:

Respetuosamente se indica al despacho, que de manera anti técnica, el apoderado de la parte activa en su acápite de notificaciones, NO IDENTIFICA, las direcciones de cada uno de las personas demandados, sin que identifique la dirección de cada una de las personas demandadas, situación relevante, en el momento en que logra establecer, que los deudores de los dos pagares no son idénticos, es decir, al existir obligaciones diferentes para cada uno de los demandados, las mismas debían ser identificadas plenamente, pero se integran plenamente, pero se integran para todos, como si los efectos del proceso. Fueran idénticos para las dos partes, y no hizo ningún esfuerzo por identificar a cada uno de los demandados, en su domicilio.

TERCERO. PAGO PARCIAL:

Esta de bulto dentro del presente proceso, que con relación al pagaré No. 9001050282, la suma pretendida es la de \$22.583.366, suma que resulta la misma que contiene el pagaré en su literalidad que es la de \$22.583.366, pero entonces surge una duda, que debe aclarar el apoderado de la parte activa, que paso con los dineros y pagos efectuados antes de la presentación de la demanda, y los cuales se encuentran reflejados en el extracto expedido por la sociedad demandante?

¿Los débitos efectuados según los extractos de mayo de 2018 y junio de 2018 no se imputaron al crédito?

Nótese, como en la demanda no se indica nada al respecto, y pareciera que sobre ese crédito, nunca se hubiese abonado suma alguna. Con lo cual se solicita se declare el pago parcial sobre esas sumas, como quieran que fuesen efectuadas antes de la demanda.

4. SOLICITUD.

En atención a lo anteriormente expuesto, respetuosamente solicito se sirva REVOCAR, la sentencia proferida por el Juzgado 3 Civil del Circuito de Bogotá, D.C., del día 17 de junio de 2021.

Que se estudien los argumentos del presente escrito con el fin de revocar el fallo, y en especial de que se declare la prosperidad de las excepciones **NO CLARIDAD EN LA LIQUIDACIÓN DE LA TASA DE INTERES, FALTA DE IDENTIFICACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DEMANDA y PAGO PARCIAL.** denominada.

5. PRUEBAS Y ANEXOS.

- **Frente a los que aportan la parte demandada:** Que se tengan en cuenta los extractos que se aportaron en la contestación de la demanda y que contienen las sumas abonadas al crédito **relacionado con el pagaré No. 9001050282** en relación con la suma de \$22.583.366

Respetuosamente,

A handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and lines, positioned above the printed name.

JUAN PABLO MEZA MORALES.

C.C. No 79.911.722 de Bogotá.

T.P. N°116.939. del C.S. de la J

Honorable Magistrado

JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS

Magistrado Ponente

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

Avenida Esperanza # 53-28

Teléfono: 4233390 Ext. 8558

Correo Electrónico: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C.

E. S. D.

REF: ACCIÓN DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR – ARTICULOS 57 Y 58 DE LA LEY 1480 DE 2011.

Expediente: 2020-01303-01
Referencia: Acción Protección del Consumidor Financiero.
Demandante: CARLOS ALBERTO CALA CALA
Demandado: BANCO COMERCIAL AV VILLAS S.A

Asunto: SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN

EDWIN ALBERTO HERRERA SANDINO, mayor de edad, vecino de Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía No. 80.822.498 de Bogotá, abogado en ejercicio identificado con la T.P. No. 210.278 del Consejo Superior de la Judicatura, en mi doble calidad de Abogado y Representante Legal para asuntos judiciales y extrajudiciales del **BANCO COMERCIAL AV VILLAS S.A.**, por medio del presente escrito, en los términos del artículo 14 del Decreto 806 de 2020, toda vez que en la actualidad se encuentra ejecutoriado el auto de fecha 26 de agosto de 2021 proferido por su despacho mediante el cual se admitió el recurso de apelación, me permito sustentar el recurso de apelación interpuesto por mi parte en contra de la sentencia calendada del 08 de julio de 2021, proferida por parte de la DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES DE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, por medio de la cual ese Despacho declaro no probadas las excepciones de "INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR EL DEMANDANTE", "EL DEMANDANTE NO DIO OPORTUNO AVISO AL BANCO", "CULPA DEL DEMANDANTE", "CUMPLIMIENTO DEL BANCO AV VILLAS EN LA SEGURIDAD Y CALIDAD DE LA INFORMACIÓN" y "HECHO DE UN TERCERO E ILITIMIDAD DE LA PARTE PASIVA", siendo la sustentación del recurso de apelación la siguiente :

II. SITUACIONES PREVIAS A LA SUSTENTACIÓN

Resulta del caso precisar al Despacho, que este apoderado judicial, no comparte el fallo de fondo proferido el día 08 de julio de 2021, en tanto que no quedaron elucidados todos los aspectos probatorios relativos **AL DESCONOCIMIENTO DEL ACUERDO DE PAGO REALIZADO DE MANERA VOLUNTARIA POR LAS PARTE, A LA FALTA DE LA VALORACION PROBATORIA DE LAS MULTIPLES PRUEBAS NO ANALIZADAS O APRECIADAS A CABALIDAD EN LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA QUE DEMUESTRAN SUFICIENTEMENTE LA CULPA DE LA VICTIMA E INCONGRUENCIA AL DECRETAR EL PAGO PERJUICIOS EXTRAPATRIMONIALES, A LA FALTA DE CONGRUENCIA AL MOTIVAR EL SENTIDO DEL FALLO EN TEMAS DE PERFIL, INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR EL DEMANDANTE Y SU PROCEDER NEGLIGENTE EN LA CUSTODIA Y CUIDADO DE SUS CLAVES DE ACCESO, Y AL CUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DEL BANCO, SE COMPRUEBA FEHACIEMENTE CON LOS DIFERENTES MEDIOS PROBATORIO DOCUMENTALES Y TESTIMONIALES ALLEGADOS:**

Para que exista responsabilidad civil contractual a cargo de un demandado, es indubitable y necesaria la presencia de un daño antijurídico, lo que comporta que debe darse el incumplimiento de deberes jurídico a cargo del demandado y el

correspondiente nexo causal entre ese incumplimiento y el daño que se deprecia, que no se configura si se acredita o bien una causa extraña o hecho de un tercero o culpa de la víctima, en la medida en que este último evento no observe el demandante los deberes jurídicos contractuales a su cargo. En este asunto el Banco demandado cumplió íntegramente los deberes contractuales a su cargo, derivados de la ley y del contrato, sin que, por su parte, el demandante hubiera cumplido los suyos, como se encuentra planamente acreditado en el expediente.

Por lo anterior mi mandante no comparte, los argumentos legales y valoración probatoria aducidos por el juzgador, de cara a encontrar la presencia o ausencia de responsabilidad del Banco AV Villas por las transacción efectuadas a través del canal de Internet con cargo a los recursos por valor de \$12.050.000, con cargo a la Cuenta de ahorros terminada 2213 de titularidad del señor CARLOS ALBERTO CALA CALA, encontrando que parte de esas argumentaciones desbordan el contenido jurídico, aduciendo procedimientos adicionales a las medidas de seguridad ejecutadas por el Banco, presuntamente a cargo de mi representada, **que no están tipificados en las normas, contratos, ni manuales del Banco, cuando se abordan los procedimientos para el manejo de situaciones respecto las transacciones que se originaron desde el usuario y la contraseña de exclusivo conocimiento del demandante, desde el portal transaccional cuyo uso es universal siempre y cuando los datos de autenticación sean los correctos.**

En tal sentido, se sustenta la apelación en los siguientes puntos:

1. INEXISTENCIA DE CAUSA PARA DEMANDAR POR ACUERDO DE PAGO REALIZADO DE MANERA VOLUNTARIA POR LAS PARTES.

Frente al presente reparo, valga mencionar que los productos TC *****5351 y *****2066, se encuentran cancelados mediante acuerdo de pago realizado por el demandante CARLOS ALBERTO CALA CALA y la JEFATURA DE CARTERA CONSUMO-REGIONAL NORTE DEL BANCO AVVILLAS dentro del marco del proceso Ejecutivo cursado en el Juzgado Veintidós de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Barranquilla Singular con Radicación 08-001-41-89-022-2019-00178-00 impetrado por BANCO AV VILLAS S.A., contra CARLOS ALBERTO CALA CALA, con terminación del proceso por pago total, en virtud del acuerdo logrado donde se condono la suma de \$11.646.684 de la siguiente manera:

PRODUCTO	valor a octubre 2019	valor pagado por acuerdo	VALOR CONDONADO
Tarjeta visa ****5351	\$ 13.848.537	\$ 5.000.000	\$ 8.848.537
Valor tarjeta Mastercard *****2066	\$ 6.798.147	\$ 4.000.000	\$ 2.798.147
TOTAL	\$ 20.646.684	\$ 9.000.000	\$ 11.646.684
VALOR DE LAS TRANSACCIONES RECLAMADAS	\$ 12.050.000		
VALOR CANCELADO POR ACUERDO	\$ 9.000.000		
DIFERENCIA DE LAS TRANSACCIONES RECLAMADAS	\$ 3.050.000		

Cabe advertir la existencia de una convención celebrada de manera voluntaria entre las partes que produjo efectos extintivos inherentes desde el momento mismo en que se perfecciono, generando un efecto procesal que puso término a esa litis, sin que el cliente presentara reparos dentro del proceso ejecutivo, por lo cual no es comprensible que se quiera a través de este mecanismo, buscar un nuevo pronunciamiento por la naturaleza del inconformismo, más aun cuando el demandante no presento oposición dentro del proceso mencionado, por lo que no se estima necesario el desgaste del aparato judicial.

Al respecto se pronunció la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACION CIVIL Y AGRARIA en sentencia de casación de fecha 22 de noviembre de 1999 MP. JOSE FERNANDO RAMIREZ GOMEZ que establece:

“La conciliación es un género significativo de acuerdo entre las partes. Tanto la Ley 446 de 1998, artículo 64, como el Decreto 1818 de 1999, la definen desde la perspectiva instrumental, es decir, como mecanismo alternativo autocompositivo para la resolución de conflictos, “con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador”. Ella, per se, carece de contenido sustancial. Su substrato es abierto y libre, de modo tal que ella puede adoptar el contenido de cualquier acto jurídico idóneo para romper el desacuerdo. Puede ser transacción, pero también puede contener otro acto, contrato o negocio jurídico que produzca como efecto la renuncia, la aceptación o la modificación de la pretensión. En todo caso ella es la norma jurídica particular que entra a regir el conflicto para componerlo una vez el juez la homologue con la providencia aprobatoria.

El acto de las partes aunado al del juez, “tendrán los efectos de la cosa juzgada”, dice el artículo inicialmente mencionado. Efectos que se producen al interior y al exterior del proceso. Interiormente se torna inimpugnabile en forma absoluta; externamente, según se vio, obra como impedimento para una resolución de mérito que no sea la declaratoria de la cosa juzgada.”

Por lo anterior, en la sentencia del A quo ignoro la existencia del acuerdo logrado por las partes dentro del marco del proceso Ejecutivo y en consecuencia desconoció el tenor literal de dicho mandato por lo que su interpretación torno ineficaz lo estipulado en el acuerdo realizado por las partes y avalado por el Juez dentro del proceso ejecutivo, enervando así cualquier fuente de la obligación de reparación invocada en los términos pretendidos por la parte demandante.

En tal sentido retoma se la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACION CIVIL Y AGRARIA en la misma sentencia de casación de fecha 22 de noviembre de 1999 MP. JOSE FERNANDO RAMIREZ GOMEZ *“Celebrado de acuerdo con las prescripciones generales de los contratos, su efecto no podrá ser otro que el de cerrar, indubitadamente, absolutamente y para siempre el litigio en los términos de la transacción. La controversia de allí en adelante carece de objeto, porque ya no hay materia para un fallo, y de fin, porque lo que se persigue con el juicio y la sentencia ya está conseguido. Las partes se han hecho justicia a sí mismas, directa y privadamente, en ejercicio de su libertad; de modo que la jurisdicción, que es institución subsidiaria, quedó sin qué hacer.”*

2. FALTA DE LA VALORACION PROBATORIA DE LAS MULTIPLES PRUEBAS NO ANALIZADAS O APRECIADAS A CABALIDAD EN LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA QUE DEMUESTRAN SUFICIENTEMENTE LA CULPA DE LA VICTIMA.

Frente al presente reparo, valga mencionar el incumplimiento de obligaciones contractuales contraídas por el señor CARLOS ALBERTO CALA CALA, tales como el REGLAMENTO DE DEPÓSITOS A LA VISTA EN MONEDA LEGAL – CUENTA MÓVIL que establece en el **Artículo 26**. Como obligaciones del Cliente, las siguientes entre otras:

26.1 Las establecidas en este contrato y las que se deriven del mismo.

26.2 Las establecidas y las que se deriven de los reglamentos de los medios y canales electrónicos a través de los cuales el Cliente puede manejar la Cuenta Móvil.

26.3 Usar los medios y canales electrónicos y el talonario o libreta de ahorros, de acuerdo con los términos y condiciones propios de éstos.

26.4 Asignar de manera personalísima las claves o contraseñas de los diversos medios y canales para el manejo de la Cuenta Móvil y cambiarlas por lo menos una vez al mes.

26.5 Abstenerse de dar a conocer a terceros las claves o contraseñas de manera voluntaria o por negligencia, impericia o descuido.

26.6 Abstenerse de permitir la utilización o manipulación de los medios y canales electrónicos destinados al manejo de la Cuenta Móvil por parte de terceros o de darles un uso distinto.

26.7 No permitir la colaboración de terceros para la utilización de los medios y/o canales electrónicos que faciliten o los pongan en capacidad de conocer las claves o contraseñas.

Cabe advertir, que el deber de custodia de las claves recae en el titular de la cuenta, es decir que la responsabilidad en el presente caso se encuentra en cabeza del mismo cliente a quien corresponde cuidar la información que recibe en su teléfono celular en el correo electrónico que además cuenta con una contraseña de acceso que solo conoce el mismo usuario.

Así mismo, es evidente el incumplimiento por parte del señor CALA CALA de las obligaciones contractuales establecidas dentro del REGLAMENTO DE USO BANCA MÓVIL que establece: " 3.10) En caso de pérdida o hurto del Móvil, Tablet y/o de la SIM CARD, el Cliente formulará denuncia penal y notificará inmediatamente por la vía más rápida y por escrito tal hecho, para que el Banco tome las medidas convenientes. Sin perjuicio de lo anterior, el Cliente responderá por los perjuicios causados por cualquier demora en la notificación y asumirá las consecuencias de las transacciones efectuadas por quien tuviere en su poder el Móvil, Tablet y/o la SIM CARD, antes de reportar su hurto o pérdida. 3.11) El Cliente declara y acepta que toda transacción u operación activa o pasiva que aparezca en los registros del Banco, efectuada a través del Móvil y/o de la SIM CARD, serán cargadas automáticamente a la(s) respectiva(s) cuenta de ahorros o corriente, crédito(s), tarjeta(s) de crédito y, en su caso, al cupo de sobregiro. Por lo tanto, el Cliente autoriza al Banco de manera expresa e irrevocable para afectar tal(es) cuenta(s) por el valor de las operaciones realizadas por medio de este servicio. 3.12) El Cliente se obliga a: i) No permitir que terceras personas conozcan la clave de acceso al Servicio Banca Móvil, o manipulen y cambien la configuración de ingreso por huella del Móvil, ni utilicen su tarjeta SIM, las cuales son personales e intransferibles, de manera que el Cliente es responsable ante el Banco y ante terceros por usos indebidos que de éstas se hagan."

De las validaciones que se efectuaron en el presente caso, es de aclarar que la señora delegada tuvo la oportunidad de preguntar en interrogatorio, al demandante, quien admitió tener conocimiento de la fallas presentadas en su línea de celular desde el mismo 13 de diciembre de 2018 sin que diera aviso oportuno al Banco de dichas anomalías, pese a que el demandante registro para notificaciones el teléfono celular (3205208238) y a dicho número se remitieron para el día de las transacciones no reconocidas las claves temporales mediante mensajes al celular, no obstante, las notificaciones recibidas, el señor CARLOS ALBERTO CALA CALA hizo caso omiso, y solo hasta el día 23 de enero de 2019 se comunicó con la línea de servicio audio villas, 39 días después de las operaciones que no reconoce, por lo que dadas las circunstancias identificó las transacciones no reconocidas tiempo después de la realización de las mismas, razón por la cual toda medida ya era tardía, actuar con el cual facilitó que terceros utilizaran y

manipularan los medios y canales electrónicos destinados al manejo de la Cuenta Móvil y además conocieran las claves o contraseñas para transar.

La participación de la víctima, culposamente, es uno de los factores de atenuación de la responsabilidad del deudor, que puede llegar a su completa exoneración, también según los antecedentes y circunstancias (art. 2357 c.c.).

En este sentido se probó que la culpa fue de la víctima, toda vez que el fraude de las transacciones reclamadas se origina por el actuar imprudente de la demandante, lo cual permite que terceros tengan acceso a las credenciales del portal Bancario, sin que el cliente pueda dar fe de que la fuga de información no se hubiere gestado por su parte. Esto comporta la inobservancia de medidas de seguridad y ostensible ausencia del deber de diligencia.

Para todos estos fines, debió considerar el juez de primera instancia el incumplimiento por parte del demandante, ya que esto también es relevante para fines de determinar el carácter de diligencia, lo cual también tiene trascendencia, sin embargo el juez desestima este aspecto al considerar que la pérdida o entrega voluntaria de información confidencial para el manejo de los productos Bancarios no infiere en la presunta defraudación de los recursos del demandante, si bien se ha determinado que la responsabilidad bancaria *"no se detiene en la culpa sino que alcanza el riesgo creado, no le alcanza el lleno de las precauciones habituales sino que es preciso probar algún genero de culpa en el titular de la cuenta corriente para que el Banco quede libre, en tal sentido la entidad bancaria asume los riesgos inherentes a su profesión, esto es aquellos que son propios a la ejecución de los servicios financieros que tienen como soporte la confianza en público en la captación y manejo de sus dineros"*, esto lo estoy citando del tribunal superior de Bogotá, magistrado doctor Marco Antonio Álvarez Gómez, expedientes, 16200552502 así las cosas es claro que para que el Banco sea exonerado en responsabilidad es necesario que acredite que el demandante obro culposamente en la custodia y cuidado de su clave y de información personal, relacionado con el acceso a su cuenta, e incluso debe demostrar que en el desarrollo de sus actividades financieras, las medidas que adopto fueron más que suficientes para garantizar el cuidado debido de los dineros depositados y que fueron dejados en su custodia, en este orden de ideas el despacho anticipa que el Banco AV VILLAS S.A demostró el incumplimiento de la parte demandante del contrato de cuenta de ahorros celebrado el 26 de julio de 2018 en cuanto al cuidado de su información personal para el acceso al portal transaccional, lo que atribuye el deber de autoprotección del Consumidor financiero con el fin de mitigar el posible daño conforme *sentencia SC5176 de 2020 Magistrado Ponente LUIS ALFONSO RICO PUERTA*

Análogamente, cuando en el proceso de conocimiento se quiere demostrar la existencia del perjuicio, se debe establecer oportunamente una liquidación motivada y especificada de la cuantía, lo cual en el presente caso no ocurrió y así lo establece el A quo al declarar probada parcialmente la excepción denominada *"PRETENSIÓN DE PERJUICIOS CUANDO ESTOS NO SE HAN CAUSADO Y OBJECCIÓN AL JURAMENTO ESTIMATORIO"*, sin embargo procede a CONDENAR a BANCO AV. VILLAS S.A. a RECONOCER al señor CARLOS ALBERTO CALA CALA como perjuicio extra patrimonial la suma de TRES MILLONES DE PESOS M/CTE (\$3.000.000),

Al respecto la SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION A Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ mediante sentencia del catorce (14) de marzo de dos mil trece (2013) establece:

En el caso que ahora se decide en segunda instancia, la Sala advierte que la parte actora circunscribió su pretensión indemnizatoria al pago, a favor de los demandantes, de los "daños y perjuicios morales

[en] el equivalente en pesos, a un mil gramos de oro puro, al precio que se encuentra en el metal a la fecha de la ejecutoria de la sentencia y de conformidad con la certificación que en tal sentido expida el Banco de la República”), pero ocurre que el Tribunal a quo condenó a la entidad demandada al pago de indemnizaciones por concepto de perjuicios materiales y fisiológicos cuya reparación no fue solicitada en la demanda; así se pronunció el fallo en examen “SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, se condena a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional a pagar a favor, y a título de indemnización total, los siguientes valores expresados en pesos a favor del señor Álvaro Losada Córdoba (cc# 83'055.026 de Guadalupe): Por perjuicio material \$2'237.683.00 Por perjuicio moral \$4'980.000.00 Por perjuicio fisiológico \$6'640.000.00 Total \$13'857.683.00 “Son: Trece millones ochocientos cincuenta y siete mil seiscientos ochenta y tres pesos”.

Salta a la vista, entonces, que el Tribunal a quo se excedió en la sentencia de primera instancia por cuanto decretó el pago de los perjuicios materiales y fisiológicos, perjuicios que no fueron solicitados por la parte actora en sus pretensiones –quien las limitó al pago de perjuicios morales causados con ocasión de las lesiones personales sufridas por el señor Losada Córdoba–, rompiendo de esta manera el principio de congruencia que debe regir en toda decisión judicial. El principio de congruencia de las decisiones judiciales constituye uno de los pilares fundamentales sobre los cuales reposa la actividad del juez, tal como lo determina el artículo 305 del C. de P.C., a cuyo tenor: “ARTÍCULO 305. CONGRUENCIAS. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. “No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta. “Si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último. “En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión, y cuando éste no proceda, antes de que entre el expediente al despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio”.

Esta Corporación, en numerosos pronunciamientos que conforman jurisprudencia constante, ha desarrollado el anterior precepto, así, se ha afirmado que: “Este marco normativo describe el principio de congruencia de la sentencia, en sus dos acepciones: como armonía entre la parte motiva y la resolutive del fallo (congruencia interna), y como conformidad entre la decisión y lo pedido por las partes en la demanda y en la contestación (congruencia externa). “El principio así concebido, persigue la protección del derecho de las partes a obtener una decisión judicial certera sobre el asunto puesto a consideración del juez, al igual que la salvaguarda del debido proceso y del derecho de defensa del demandado, cuya actuación procesal se dirige a controvertir los argumentos y hechos expuestos en la demanda. “Igualmente, trae consigo los conceptos de fallo ultra y extrapetita, como decisiones que van más allá de lo pedido, ya sea porque se otorgan cosas adicionales a las solicitadas en la

demanda (sentencia ultrapetita), o porque se reconoce algo que no se solicitó (sentencia extrapetita)".

En similar dirección, en reciente sentencia, esta Sección señaló: "De acuerdo con el principio de congruencia de las sentencias, consagrado en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil (modificado por el artículo 1° numeral 135 del Decreto 2282 de 1989), la decisión del juez debe resultar armónica, consonante y concordante con los hechos y las pretensiones formuladas en la demanda, por lo tanto el juez debe pronunciarse con fundamento en las pretensiones expresamente planteadas en la demanda y los hechos descritos en la misma, debiendo existir una adecuación o perfecta simetría entre lo pedido y lo resuelto, que resulta afectada cuando el juez concede más allá de lo pedido (ultra petita); o cuando concede puntos no sometidos al litigio (extra petita), o cuando deja de pronunciarse sobre cuestiones sujetas al proceso (infra o citra petita)"

En el presente caso concreto, la Sala encuentra que en la sentencia de primera instancia se desconoció el principio de congruencia que debe inspirar el actuar del juez en la expedición de las providencias y, vulneró, por contera, el derecho fundamental al debido proceso de la demandada, pues al condenar a la entidad demandada al pago de los perjuicios materiales y fisiológicos se incurrió en un típico caso de fallo extra petita. Así las cosas, teniendo en cuenta que: i) la tasación de los perjuicios se encuentra íntimamente ligado al análisis de la existencia de la responsabilidad patrimonial y, por tanto, aquella puede ser revisada cuando ésta es objeto del recurso de alzada y que, ii) el juez conductor del proceso es garante de los derechos fundamentales de las partes en el marco del trámite procesal, particularmente del derecho al debido proceso, del cual forma parte esencial el principio de congruencia, es claro entonces que el juez puede y debe decretar de oficio su vulneración; en este orden de ideas, la Sala revocará la sentencia de primera instancia exclusivamente en cuanto se refiere a la condena al pago de la indemnización de los perjuicios."

De nuevo se aprecia la necesidad imperiosa de demostrar el daño y su cuantía, y de hacer presente que una condena in genere por deficiencia de la prueba del monto del daño o automática por abuso del derecho de litigar no dispensa de la carga de probar la cuantía, en el primer caso, y de probar ambos respectos, en el segundo.

En el presente caso el demandante no aporta prueba del daño que alega se le causó, ni su relación de causalidad frente a los perjuicios supuestamente ocasionados por esa razón yerra el A quo al RECONOCER al señor CARLOS ALBERTO CALA CALA como perjuicio extra patrimonial la suma de TRES MILLONES DE PESOS M/CTE (\$3.000.000), además que el Banco no es quien causa perjuicio al demandante, fue su conducta la que ocasionó el daño.

3. FALTA DE CONGRUENCIA AL MOTIVAR EL SENTIDO DEL FALLO EN TEMAS DE PERFIL TRANSACCIONAL.

Frente al presente reparo, valga mencionar, que entre los argumentos jurídicos relevantes utilizados por el juzgado en el fallo del 08 de julio de 2021, se destaca en tal sentido la Circular Básica Jurídica en su parte 1, título 2, capítulo 1 dispone que

las entidades vigiladas deben adoptar al menos las siguientes medidas en materia de seguridad y calidad de la información:

- a. *Establecer procedimientos para el bloqueo de canales o de instrumentos para la realización de operaciones, cuando existan situaciones o hechos que lo ameriten o después de un número de intentos de accesos fallidos por parte de un cliente, así como las medidas operativas y de seguridad para la reactivación de estos.*
- b. *Elaborar el perfil de las costumbres transaccionales de cada uno de sus clientes y definir procedimientos para la confirmación oportuna de las operaciones monetarias que no correspondan a sus hábitos.*

Conforme lo anterior se debe tener claro cuáles son los verbos rectores de las medidas que deben adoptar las entidades vigiladas: *establecer* procedimientos de bloqueo, *elaborar* el perfil de las costumbres transaccionales y *definir* procedimientos para la confirmación.

Por tanto, si el banco establece esos procedimientos, elabora esos perfiles y define los procedimientos para la confirmación de las operaciones monetarias que no correspondan a sus hábitos, se supone que cumple con la norma.

En tal caso, se indica que el procedimiento de bloqueo de un canal (el portal virtual, en este caso) puede derivarse de dos situaciones: (1) cuando existan situaciones o hechos que lo ameriten por una parte o (2) después de un número de intentos fallidos por parte del cliente.

Es importante aclarar, que puesto que los hechos o situaciones que "lo ameritan" no están definidos por la SFC, sino que lo deja a juicio de las entidades vigiladas. Pero lo más importante es que la aplicación del procedimiento y la decisión de bloquear están intrínsecamente relacionadas con la siguiente obligación: *la de elaborar el perfil de las costumbres transaccionales de cada uno de sus clientes.*

Teniendo en cuenta el análisis realizado por el Banco con relación a las transacciones reclamadas por el cliente en el presente caso se pudo determinar que fue el cliente quien se registró en el portal de internet del Banco desde el 13 de diciembre de 2018 a las 14:02:55 con el siguiente usuario(drcarloscala1) el cual estuvo vigente hasta el 23 de febrero de 2019 a las 14:11 fecha de inactivación del Canal Internet Banca Personal, que con base en los registros transaccionales PB se puede observar sesenta (60) inicios de sesión exitosos del usuario Drcarloscala1, que para la cuenta 280702213 se realizaron Dieciséis (16) Compras PSE, por valor total de \$ 4.400.000 el día 15 de diciembre de 2018, 76 DEB TRANSF A CELULAR por valor total de \$ 7.540.000, no consecutivas los días 15 a 28 de diciembre de 2018 y Cuatro (4) Recargas a Celular no consecutivas por valor total de \$ 110.000 los días 15, 16 y 23 de diciembre de 2018, y que la cuenta No. 280702213 tiene parametrizados un tope diario establecido de \$ 25.000.000 para PSE – Compras, \$ 50.000 Recargas a celular y \$ 100.000 Transferencias a Celular, sin que las transacciones efectuadas no reconocidas superaran dichos topes.

Así mismo, las notificaciones transaccionales y mensajes de claves temporales OTP, fueron enviados por el Banco al celular registrado, lo cual prueba que los mensajes fueron efectivos y remitidos a un número vigente para el demandante en la fecha y hora de las transacciones, no obstante, este número está debidamente registrado por CARLOS ALBERTO CALA en su actualización de datos, sin embargo el demandante reporta la ocurrencia de los hechos solo hasta el 23 de enero de 2019

pese a que el día 15 de diciembre de 2018, fue notificada la asociación de las tarjetas de crédito Nos. 5471423003063867 y 4824512000265587 mediante mensaje de texto enviados al celular número 3205208238 previamente registrado por el cliente.

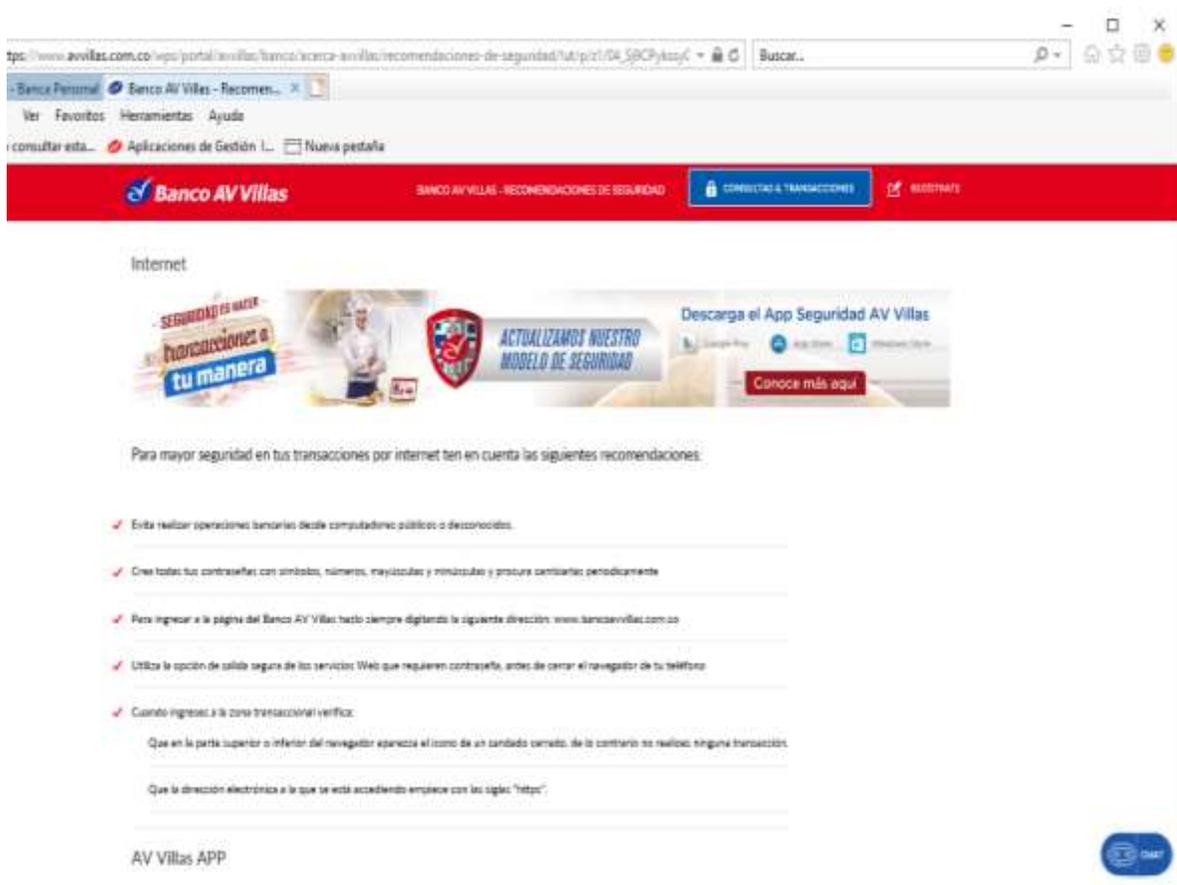
Lo anterior lleva a la conclusión de que el delegado mezclan dos conceptos distintos: una cosa es el *perfil* de una persona y otra cosa son *sus hábitos o costumbres*.

Dicho lo anterior, la norma basa la elaboración en los clientes, no en los productos, la norma no busca que se construya el perfil únicamente basado en la utilización previa de un producto determinado que tiene contratado con la entidad vigilada (de por sí, esto sería ilógico en el caso de un cliente nuevo que contrata un producto por primera vez con una entidad, pues no hay costumbres transaccionales previas con base en qué elaborar) sino contra el comportamiento transaccional de ese cliente, teniendo en cuenta quién es y respecto de, no solo ese producto, sino de otros productos financieros con esa y otras entidades vigiladas, e incluso con su comportamiento transaccional en el sector real en tal sentido se contextualiza que el cliente no habilitó la inscripción de una IP Fija para efectuar operaciones por Internet, no supero los topes establecidos para ese tipo de transacciones y fueron utilizadas las credenciales de acceso al canal transaccional de exclusivo conocimiento de la cliente, por lo que era viable y posible que se efectuarán transacciones con cargo a los recursos depositados en la cuenta de ahorros desde direcciones IP diferentes a la que se asignaba por parte del operador de Internet antes de esa fecha, así mismo el cliente tenía pleno conocimiento de las exigencias y necesidades de la implementación de medidas de seguridad para transar por Internet las cuales son ampliamente divulgadas por los Bancos en sus plataformas de Internet, oficinas, extractos, medios de comunicación y la misma superintendencia financiera.

De igual manera, nótese que de acuerdo con las declaraciones rendidas por las partes en la audiencia se verificó que los mecanismos de seguridad y a su vez para el ingreso del portal transaccional de la cuenta del demandante establecidos por el Banco demandado son: el usuario, la contraseña personal y el OTP generado al celular y correo electrónico del cliente.

4. EL CUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DEL BANCO, SE COMPRUEBA FEHACIENTEMENTE CON LOS DIFERENTES MEDIOS PROBATORIO DOCUMENTALES Y TESTIMONIALES ALLEGADOS:

Dando cumplimiento a lo ordenado por la Superintendencia Financiera en la Circular Básica jurídica No. 007 de 1996 con relación a los requerimientos mínimos de seguridad y calidad para la realización de las operaciones se debe mencionar con relación a la divulgación e información contemplada en el Título I capítulo XII numerales 3.4.4 y 3.4.5: " 3.4.4 *Informar adecuadamente a los clientes respecto de las medidas de seguridad que deberán tener en cuenta para la realización de operaciones por cada canal, así como los procedimientos para el bloqueo, inactivación, reactivación y cancelación de los productos y servicios ofrecidos.* 3.4.5 *Establecer y publicar por los canales de distribución, en los que sea posible, las medidas de seguridad que deberá adoptar el cliente para el uso de los mismos.*", nuestro portal virtual con información permanentemente de todas las recomendaciones y consejos de seguridad para transar a través de canales electrónicos:



Es claro que el Banco informa reiteradamente a sus clientes acerca de las recomendaciones de seguridad y la necesidad de mantener secretas sus Tarjetas Débito o crédito y sus claves. Pero no le es posible al Banco impedir que el usuario asuma conductas que lo pongan en posición de riesgo de perder o de permitir la fuga de sus datos, puesto que tal cosa le puede ocurrir al cliente por el solo hecho de ser usuario de cajeros electrónicos y no necesariamente del servicio que presta el Banco.

El cliente es el único conocedor de sus claves secretas, sin estas es imposible ingresar los datos en el cajero electrónico o portal de internet y ordenar cualquier tipo de operación, en consecuencia, el Banco no se podría vincular a la relación entre la causa y el alegado daño, de vincularse estaríamos frente a un sistema de responsabilidad absoluta en contra de la entidad bancaria ya que se va a demostrar que estamos frente a acciones u omisiones del cuentahabiente y que de existir daño este ha sido consecuencia de un evento imprevisible e irresistible ajeno a la actividad del Banco criterios estos establecidos por la jurisprudencia.¹ Las transacciones cursaron desde el portal transaccional de Internet Personas PB, el cual requiere para su ingreso de la autenticación (usuario, clave y preguntas de seguridad) de exclusivo conocimiento del cliente y que dichas claves OTP fueron enviadas al celular y/o correo registrados previamente por el consumidor financiero.

Cabe reiterar que pese a las notificaciones remitidas, al señor CARLOS ALBERTO CALA CALA, este hizo caso omiso, y solo hasta el día 23 de enero de 2019 se comunicó con la línea de servicio audio villas, 39 días después de las operaciones que no reconoce, por lo que dadas las circunstancias identificó las transacciones no reconocidas tiempo después de la realización de las mismas, razón por la cual toda medida ya era tardía, actuar con el cual facilitó que terceros utilizaran y

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente Arturo Solarte Rodríguez, Ref.:1100102030002010-00320-00 11 de marzo de 2010.

manipularan los medios y canales electrónicos destinados al manejo de la Cuenta Móvil y además conocieran las claves o contraseñas para transar.

5. PETICIÓN ESPECIAL

Reiterando en los anteriores términos los reparos concretos respecto de la providencia impugnada, me permito solicitar, se revoque la sentencia de fecha del 08 de julio de 2021 por medio del cual el a quo DECLARAR no probadas las excepciones presentadas por el BANCO COMERCIAL AVVILLAS, y en consecuencia se acceda a las excepciones propuestas en el escrito de contestación de la demanda y se declare que el Banco Avvillas no es contractualmente responsable.

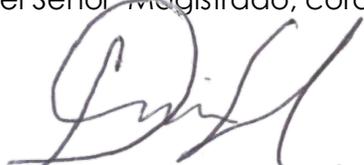
V. ANEXOS.

1. Auto de fecha junio 26 de 2020 proferido por el JUZGADO 22 DE PEQUEÑAS CAUSAS DE LA CIUDAD DE BARRANQUILLA dentro del proceso RAD 2019-00178 que decretó la TERMINACIÓN DEL PROCESO POR PAGO TOTAL.

6. NOTIFICACIONES

El suscrito recibirá notificaciones en la Carrera 13 No .27-47 piso 1 de la Ciudad de Bogotá, teléfono 2419600 Ext: 17182 celular 3057062525 o en la secretaria de su despacho.

Del Señor Magistrado, cordialmente,



EDWIN ALBERTO HERRERA SANDINO
C.C. No. 80.822.498 de Bogotá
T.P. No. 210.278 C.S. de la J.