

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA SÉPTIMA CIVIL DE DECISIÓN**

Bogotá D.C., veintiséis (26) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Magistrado ponente: **MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA**

Proceso N.º 110013103031201700647 01
Clase: VERBAL – PERTENENCIA
Demandante: JAIME IVÁN QUIÑONES TRIANA
Demandados: COOPERATIVA ESPECIALIZADA EN
SALUD LORENZO ALCANTUZ y
PERSONAS INDETERMINADAS

*Sentencia discutida y aprobada en salas n.º 39 de 11 de octubre del año en curso y
n.º 41 de la fecha.*

El Tribunal emite fallo escrito, en los términos del inciso 3º del artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 4 de junio de 2020, con motivo del recurso de apelación que el demandante interpuso contra la sentencia anticipada de 19 de agosto de 2021 proferida por el Juzgado 31 Civil del Circuito de Bogotá, mediante la cual declaró probada de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por activa y, en consecuencia, le negó sus pretensiones.

ANTECEDENTES

1. Jaime Iván Quiñones Triana promovió proceso de prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio contra la Cooperativa Especializada en Salud Lorenzo Alcantuz y demás personas indeterminadas, para que se declare que adquirió el dominio del inmueble ubicado en la Carrera 78 B # 38 - 26 del barrio Ciudad Kennedy de la ciudad de Bogotá, identificado con la matrícula inmobiliaria n.º 50S-156683.

Para sustentar sus pretensiones, manifestó que desde hace más de 14 años ha ostentado la posesión del predio, por comportarse como señor y dueño, “mantener el estado del área construida del lote y velar por no permitir las invasiones de terceros ajenos, habida cuenta del estado del abandono en que lo encontró de parte de la entidad que hoy se reporta en libros como propietaria”; el 31 de marzo de 2003 celebró

un contrato de arrendamiento con el señor William Enrique Claro Clavijo, “por el cual se fijó un plazo y un precio de canon de arriendo, los cuales están vigentes a la fecha de presentación de esta demanda con sus respectivas actualizaciones de rigor”; desde antes de la celebración de ese convenio el señor Claro reconocía al demandante “como propietario, como señor y dueño del lugar y es a él a quien le ha venido pagando los cánones respectivos de arriendo”.

La posesión enarbolada “excede los 10 años continuos e ininterrumpidos establecidos por la ley como requisito indispensable para la eficacia de la adquisición del dominio por el modo de la prescripción extraordinaria”, máxime que dicho confín “no ha sido interrumpido ni civil ni naturalmente”, pues su señorío lo ha ejercido “de manera pública, pacífica y tranquila, sin violencia ni clandestinidad”.

Adicionó que “el predio ha sido sometido a embargos desde el año 2008, y la representación legal de la entidad que aparece como propietaria no ha atendido los requerimientos judiciales que se le han hecho”; por el contrario, él “ha ejercido la posesión material y realizado la explotación económica del lote... en nombre propio con verdadero ánimo de señor y dueño y sin reconocer dominio ni otros derechos a personas o entidades distintas”.

Por todo lo anterior, “tiene derecho a solicitar en su favor la declaración judicial de pertenencia, por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio del predio descrito”.

2. Enterada de este pleito, la Cooperativa Especializada en Salud Lorenzo Alcantuz se opuso a lo pretendido y excepcionó “falta de causa para usucapir el inmueble pretendido”, “ausencia absoluta de los requisitos normativos para usucapir”, “temeridad y mala fe”, “presunta tentativa de fraude procesal” y “dolo civil”, soportadas, en breve, en que el inmueble pretendido “no se encontraba dentro del comercio al momento de la presentación de la demanda..., por encontrarse sujeto al secuestro [decretado] el día 4 de septiembre de 2017”, por lo que “quedó interrumpida cualquier posesión alegada”, vicisitud que descarta que la presente acción se hubiere instaurado de buena fe.

3. Ariel Giraldo Giraldo, Viterlicia Barreto Abaunza, Elizabeth Arango Bedoya, Ana del Pilar y Diana Beatriz Lizarazo Caro, Angélica Paola Herrera Cardona, Isabel Villanueva Lozano, Édgar Orlando Barreto Valbuena, José de Jesús Gómez Alarcón, Gloria Esther Nupia de Delgado y Lucy Fernanda Medida Tinjacá se opusieron a la prosperidad de la usucapición pretendida, tras manifestar que han detentado la posesión de algunos locales que hacen parte de dicho predio por más de 15 años.

4. Las personas indeterminadas se notificaron a través de curadora *ad litem*, quien contestó la demanda y formuló las excepciones de “ausencia de elementos de la posesión”, “mala fe de la parte demandante”, “falta de legitimación en la causa”, “ausencia de causa para solicitar la pertenencia total”, “ilogicidad (sic) de pretensiones y/o simulación de una posesión total”, “error en cuanto a la identidad del inmueble” y la genérica, soportadas, en síntesis, en que el demandante no probó los elementos que estereotipan la posesión, al punto que “no aportó elementos conducentes que indiquen que haya realizado actos positivos como es el mantenimiento, reparaciones locativas o necesarias; tampoco demuestra que ha actuado como dueño ante las entidades públicas”, máxime que “los embargos inscritos han sido por falta de pago del servicio público de agua y del impuesto de valorización, actos que no son del común para una persona que ostenta el ánimo de señor y dueño”; agregó que “existen otras personas que reclaman lo mismo y/o sobre una parte del terreno, con lo cual se pone en duda que el demandante tenga la totalidad del inmueble en posesión”.

En ese orden, al considerar que el demandante no reúne los requisitos para la prosperidad de la usucapión, solicitó que fuera desestimada en la sentencia con la que se dirima el litigio.

5. La sentencia de primera instancia.

Tras hallar probada la falta de legitimación en la causa del demandante, el juez *a quo* dictó sentencia anticipada con fundamento en lo previsto en el numeral 3° del artículo 278 del CGP, luego de evidenciar que el actor no probó, como era de su incumbencia, ser el poseedor del predio que reclama en usucapión, al punto que su contacto con el inmueble lo fue en calidad de tenedor, al suscribir, como representante legal de la cooperativa demandada, un contrato de arrendamiento con el señor William Claro que data del año 2004, de suerte que la pretensa posesión no pudo discurrir desde el 31 de marzo de 2003 cuando suscribió un acuerdo similar, esta vez como persona natural, ni en época anterior, habida cuenta la existencia del convenio aludido, por el que reconoció dominio ajeno en la persona jurídica convocada.

Por lo demás, manifestó que no es claro a partir de qué momento el actor mudó su calidad de tenedor por la de poseedor, pues en la demanda ni siquiera se invocó el instituto de la interversión del título, aunado a que el demandante en una primera oportunidad manifestó que su labor como administrador de la cooperativa accionada cesó en diciembre de 2004, pero luego cambió su versión para afirmar que lo fue desde febrero de 2003 con la rúbrica del contrato de arrendamiento que como persona natural celebró con el señor William Claro.

Ello, aunado a que, si bien el señor Quiñones dijo haber efectuado actos de señorío como el encerramiento del lugar, el pago de celaduría, servicios públicos y adecuaciones de pintura, ninguna probanza aportó de tales mejoras, ni de la época en que se efectuaron, para corroborar que lo fueron en nombre propio y no en ejercicio de sus labores de administración.

6. El recurso de apelación.

Inconforme con la decisión, el demandante la impugnó, cuyos reparos concretos sustentados en la oportunidad que regula el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, se concretaron, en síntesis, en que de su declaración de parte y la prueba testimonial recaudada no era dable tener por satisfechos los presupuestos de la falta de legitimación en la causa por activa para dictar sentencia anticipada, dado que, por el contrario, su interés deviene de “su posesión con ánimo de señor y dueño, ejerciendo actos que son legales... como el hecho de haber arrendado el inmueble...”; además, se notó una “predisposición agresiva por parte del sentenciador” al proferir su sentencia en forma oral y realizar manifestaciones sin sustento probatorio, como aquella según la cual el acuerdo de voluntades signado en febrero de 2003 le parecía sospechoso por hallarse bien conservado y por la falta de aumento del canon a pesar del transcurso del tiempo; se descartaron de tajo las mejoras que realizó en el inmueble; no se valoraron en debida forma las respuestas evasivas del representante legal de la cooperativa demandada; no se tuvo en cuenta que el contrato de arrendamiento del año 2004 a que aludió el juzgador de primer grado en su sentencia carece de relevancia porque quien lo suscribió como arrendatario “era representante de otra entidad religiosa la cual no tenía personería jurídica en ese momento”, puesto que la personificación jurídica se otorgó “desde el año 2009”, con lo que “ello da cuenta de la posesión por lo menos desde el día 7 de octubre de 2009”.

CONSIDERACIONES

La Sala encuentra que la actuación se desarrolló con normalidad, no hay causal de nulidad que se tenga que declarar, se encuentran satisfechos los presupuestos procesales y el Tribunal es competente para decidir el recurso de apelación en los términos y con las limitaciones que establece el artículo 328 del CGP y la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia¹.

La prosperidad de una declaración de pertenencia de un inmueble por la vía de la prescripción adquisitiva extraordinaria de

¹ “el apelante debe formular los cargos concretos, y cuestionar las razones de la decisión o de los segmentos específicos que deben enmendarse, porque aquello que no sea objeto del recurso, no puede ser materia de decisión, salvo las autorizaciones legales necesarias y forzosas (art. 357 del C. de P. C., y 328 del C. G. del P).” (CSJ, sentencia del 1° de agosto de 2014, expediente SC10223-2014, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona).

dominio exige del demandante la prueba de haber ejercido una posesión material, pública, pacífica, ininterrumpida y exclusiva durante un término no inferior a 10 años (Ley 791 de 2002, aunque antaño eran 20 en vigencia del artículo 2532 del Código Civil). Posesión que resulta idónea para usucapir en la medida que concurra también el *animus*, elemento de carácter subjetivo, que se manifiesta por la convicción del ocupante de la cosa de ser el dueño de la misma, sin reconocer dominio ajeno.

Bajo ese marco conceptual y una vez analizadas las pruebas acopiadas y la intervención del recurrente, la Sala estima que el veredicto anticipado de primer grado debe convalidarse por lo siguiente:

Lo primero que resulta útil advertir es que, en verdad, con la formulación de sus reparos concretos el actor no desvirtuó el argumento toral del fallo impugnado, consistente en que no probó, como le incumbía, a partir de qué momento inició la posesión que alega, pues, si se miran las pruebas recopiladas, se tiene que suscribió un contrato de arrendamiento en calidad de representante legal de la cooperativa demandada en el año 2004, por virtud del cual le entregó la tenencia del predio al señor William Enrique Claro Clavijo, quien a su vez fungió como representante legal de una congregación religiosa, vicisitud indicativa de reconocimiento de dominio ajeno que impedía acceder a las pretensiones de la demanda, tanto más cuando en esa pieza procesal no se aludió la época en que operó la interversión de ese título precario por el de poseedor material inequívoco, cual lo exige la jurisprudencia para el buen suceso de la usucapión.

Sobre lo discurrido, ha precisado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que “(...) si bien es verdad que el prescribiente pudo haber entrado en inicial contacto con la cosa a título de mero tenedor, calidad esa frente a la que el transcurso del tiempo carece de toda significación, ello no obsta para que con posterioridad pueda intervertir su título y convertirse en poseedor, para cuya transformación es esencial que en él haya surgido el ánimo de señor y dueño **deducido de actos de propietario y no de mera tolerancia o facultad** (artículo 981 C.C.) en virtud de los cuales se establezca, por estar ellos debidamente comprobados, que al lado de la tenencia física de la cosa concurre concomitantemente aquél otro elemento intrínseco de la posesión, con el que sin lugar a equívocos la configura y caracteriza (...)” (CSJ. Cas. Civ. 4990/1998 de marzo 16²; se resalta).

² CSJ. Cas Civil. 16 marzo 1998, exp. 4990, M.P. Nicolás Bechara Simancas.

En ese orden, se *itera*, en el presente asunto no quedó trazada la línea divisoria entre mera tenencia y posesión, pues si bien el señor Quiñones dijo haber efectuado actos de señorío como el encerramiento del lugar, el pago de celaduría, la cancelación de servicios públicos domiciliarios y adecuaciones de pintura –que en todo caso no probó, y así lo reconoció en el escrito de apelación-, no acreditó ni siquiera la época de realización de tales adecuaciones, con miras a corroborar que se realizaron por cuenta suya y tras cesar sus labores como administrador de la persona jurídica demandada.

Recuérdese que si bien “es posible que el tenedor cambie su designio, transmutando dicha calidad en la de poseedor, mediante la interversión del título, caso en el cual se ubica en la posibilidad jurídica de adquirir la cosa por el modo de la prescripción”, “esa mutación debe manifestarse de manera pública, **con verdaderos actos posesorios a nombre propio, con absoluto rechazo del titular y acreditarse plenamente por quien se dice ‘poseedor’, tanto el momento en que operó esa transformación, como los actos categóricos e inequívocos que contradigan el derecho del propietario**”³, lo cual en este caso, se insiste, no ocurrió.

De ahí que deba confirmarse la sentencia anticipada, en cuanto consideró que el demandante no logró probar su calidad de poseedor y, en consecuencia, carecía de legitimación para solicitar que se le declarara dueño por la vía de la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio.

Pero es más, de obviar lo dicho y otorgar credibilidad y certeza al reparo concreto según el cual el contrato de arrendamiento que el actor suscribió en el año 2004 como representante legal de la cooperativa demandada carece de relevancia porque quien firmó como arrendatario en esa época “era representante de otra entidad religiosa la cual no tenía personería jurídica en ese momento”, en tanto la personificación jurídica se otorgó “desde el año 2009”, con lo que “ello da cuenta de la posesión por lo menos desde el día 7 de octubre de 2009”, habría que confirmarse por igual la sentencia impugnada, puesto que, sin perjuicio de lo que se aludió en líneas precedentes acerca de la falta de prueba del inicio de la posesión, si se partiere del supuesto de que, como se dice en la apelación, ello ocurrió en la fecha aludida, para el momento de presentación de la demanda -15 de diciembre de 2017- no se habría consumado la década necesaria para usucapir por la vía extraordinaria.

Con abstracción de todo lo que acaba de decirse, la eventual posesión que enarbola el demandante se desvaneció a partir de la

³ CSJ. Sala de Casación Civil. Sentencia 27 de julio de 2016, Rad. 2007-00105-01. M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez.

diligencia de secuestro de 4 de septiembre de 2017 en el marco de los procesos administrativos de cobro coactivo n.ºs 201311000264 y 2013EE29562 que la Oficina de Cobro General de la Subdirección de Cobro Tributario de la Secretaría de Hacienda Distrital adelanta contra la Cooperativa Especializada en Salud Lorenzo Alcantuz, aquí demandada, pues en esa oportunidad el acá demandante no se opuso ni promovió incidente de levantamiento de secuestro, en los términos de los artículos 596.2 y 597.8 del CGP.

No se olvide que “**el poseedor pierde el derecho a conservar la posesión**, de una parte, si no formula oposición antes [de] que el *‘juez identifique el sector del inmueble’*, y de otra, **en los eventos en que, efectuada la diligencia, no solicita la restitución de la posesión ‘dentro de los [veinte] días siguientes’**”, como lo precisó la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 13 de diciembre de 2010 (se resalta; exp. C-5057331890012003-00103-01. M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar).

Y es que en esa oportunidad el señor William Enrique Claro Clavijo, quien atendió la diligencia de secuestro, ni siquiera convalidó la calidad de tenedor que el actor le atribuyó en la demanda; por el contrario, desconoció el contrato de arrendamiento que suscribió con el demandante en el año 2004 para, en su lugar, autoproclamarse poseedor, tras aludir, a través de apoderado, que “nosotros tenemos la posesión, la Iglesia Cristiana CDA Internacional, desde hace 14 años”, por lo tanto, “solicitamos el depósito a título gratuito”.

Circunstancia que desvirtúa la afirmación vertida en el hecho tercero de la demanda, según el cual “desde antes de la celebración del contrato [de arrendamiento], el señor Claro tenía al demandante como propietario, como señor y dueño del lugar”, máxime que, de ser ello cierto, la oposición al secuestro la hubiera formulado el tenedor al derivar sus derechos del señor Quiñones Triana (art. 309.3, CGP), pero como se vio, ello no fue así; por el contrario, en esa oportunidad quien atendió la diligencia izó su calidad de poseedor y solicitó que el inmueble le fuera entregado en depósito gratuito, lo que no hace sino ratificar el hecho de que el accionante no probó, como le correspondía, a partir de cuándo ostenta la posesión de la cosa cuya adjudicación pretende, no solo porque su contacto con la cosa lo fue en calidad de representante legal de la cooperativa demandada, sino porque, como lo devela la actuación administrativa a que se hizo alusión, quedó sin sustento el hecho de que el señor Claro Clavijo detentara la tenencia en su nombre.

Bajo ese horizonte, se insiste, por virtud de la diligencia administrativa de secuestro de 4 de septiembre de 2017, el demandante **perdió el derecho a conservar la posesión**, porque, de

un lado, no formuló oposición al secuestro, y de otro, efectuada la diligencia, no solicitó la restitución de la posesión dentro de los veinte días siguientes, en la forma en que lo regulan las normas enantes transcritas.

En adición, como en esa oportunidad quien atendió la diligencia se autoproclamó poseedor y desconoció el derecho del señor Quiñones Triana, operó la interrupción de la posesión a que alude el numeral 2° del artículo 2523 del C.C., a cuyo tenor:

“La **interrupción** [de la posesión] es natural: (...) 2. Cuando se ha perdido la posesión por haber entrado en ella otra persona”, y si ello es así, como en efecto está probado, no se puede contabilizar el término que el demandante dice tener con anterioridad al año 2017, pues la aludida interrupción natural “**hace perder todo el tiempo de la posesión anterior**, a menos que se haya recobrado legalmente la posesión, conforme a lo dispuesto en el título De las acciones posesorias”, que no es este el caso, o como lo sostiene la doctrina autorizada, el eventual “**tiempo corrido se borra, o sea que la interrupción tiene efecto retroactivo**, a diferencia de la suspensión... La interrupción implica el cómputo de un **nuevo término** de prescripción...”⁴. (Se resalta).

En ese orden de exposición, ante: i) el reconocimiento de dominio ajeno; ii) la falta de prueba de la mutación del título de tenedor por el de poseedor; iii) la pérdida e interrupción de la posesión -lo que rompe los requisitos esenciales de la usucapión-, y sin haberse logrado desvirtuar los argumentos de la sentencia recurrida con los reparos concretos formulados, no se hace necesario profundizar en el análisis de los restantes motivos de disentimiento, cuando en realidad la improsperidad de la acción se impone por lo expuesto, razón por la cual la sentencia apelada debe confirmarse, con la consecuente condena en costas de esta instancia al recurrente, en favor de la demandada (artículo 365, CGP).

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, en Sala Séptima Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Confirmar la sentencia anticipada de 19 de agosto de 2021 proferida por el Juzgado 31 Civil del Circuito de Bogotá, conforme a lo dicho.

⁴ Fernando Hinestrosa, La prescripción extintiva, 1ª ed., Universidad Externado de Colombia, 2000 p.149.

Segundo. Costas de esta instancia a cargo del recurrente.

El magistrado sustanciador señala la suma de \$950.000.00, por concepto de agencias en derecho, a favor de la persona jurídica demandada (artículo 365, CGP). A través del juez *a quo*, liquídense (artículo 366, *idem*).

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

Los magistrados,

Firmado Por:

Manuel Alfonso Zamudio Mora
Magistrado
Sala 005 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Oscar Fernando Yaya Peña
Magistrado
Sala 011 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Jesus Emilio Munera Villegas
Magistrado
Sala Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación:
8157ee373761b603ac92ec4578e749344004db7bad4d461471aece28
5e7e0459

Documento generado en 26/10/2021 11:23:29 AM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA SÉPTIMA CIVIL DE DECISIÓN**

Bogotá D.C., veintiséis (26) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Magistrado ponente: **MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA**

Proceso N.º 110013199002201700290 **06**
Clase: VERBAL
Demandante: JAVIER ANTONIO GUTIÉRREZ LOZANO
Demandada: PALMERAS LA CABAÑA GUTIÉRREZ Y CÍA.
S. EN C.

Sentencia discutida y aprobada en sala n.º 32 de 31 de agosto del año en curso y n.º 41 de la fecha.

Procede el Tribunal a emitir fallo escrito, en los términos del artículo 14, inciso 2º del Decreto Legislativo 806 de 4 de junio de 2020, con motivo de la apelación que ambas partes interpusieron contra la sentencia de 15 de septiembre de 2020 proferida por el Juzgado 30 Civil del Circuito de Bogotá, mediante la cual, entre otras, declaró que el demandante es socio de la compañía convocada, pero negó las pretensiones relativas al pago de las utilidades dejadas de percibir, al hallar probada la excepción de cosa juzgada.

ANTECEDENTES

1. En la demanda reformada¹, Javier Antonio Gutiérrez Lozano llamó a proceso a Palmeras La Cabaña Gutiérrez y Cía. S. en C., para que se declare que: *i*) es socio comanditario de esa persona jurídica con una participación del 35% del capital social; *ii*) la compañía convocada no le ha pagado las utilidades a que tiene derecho; *iii*) en consecuencia, que se declare que dicha sociedad debe abonarle los dividendos de los últimos cinco años, que estimó bajo juramento en la suma de \$3.000.000.000; *iv*) y que, por igual, sea condenada a indemnizarle los perjuicios causados por la ausencia de pago de tales emolumentos, así como las costas del proceso en caso de oposición.

¹ Presentada el 12 de octubre de 2018 (cuaderno 2, folios 433 - 441).

2. Como soporte de sus aspiraciones, adujo que la sociedad demandada se constituyó a través de la escritura pública n.º 1891 de 11 de mayo de 1987, siendo sus socios gestores sus padres, José Antonio Gutiérrez Baquero y Gilma Lozano de Gutiérrez; fallecido el primero el 30 de junio de 2004, la administración la ejerce en solitario su progenitora, en tanto que él detenta la calidad de socio comanditario.

En cuanto a la participación societaria, adujo que la compañía ha emitido un total de 140 cuotas, de las cuales la socia gestora posee 91 y el comanditario las restantes 49.

En desarrollo de su objeto social, la demandada “comercializa el fruto de la palma africana y otros subproductos a distintas personas, en especial, [a] la sociedad Aceites Manuelita S.A.”, razón por la cual “recibe cuantiosos ingresos”; sin embargo, “pese a que la sociedad demandada genera ingresos suficientes para distribuir utilidades, el socio Javier Antonio Gutiérrez Lozano no las ha recibido...,” dado que “la representante de la compañía ha incurrido en gastos que no tienen relación con el objeto social y ha distraído recursos de la compañía, con lo cual no se generan las verdaderas utilidades para distribuir entre los socios”, tampoco le ha sido permitido el ejercicio del derecho de inspección.

La compañía demandada intentó infructuosamente desconocer su calidad de socio a través de una demanda que interpuso ante la jurisdicción ordinaria; no obstante, el Juzgado 11 Civil del Circuito de Bogotá, autoridad que conoció de dicho trámite, mediante sentencia de 10 de septiembre de 2018, no accedió a las pretensiones tras hallar probada la excepción de “inexistencia de la obligación de transferir las cuotas sociales”; con posterioridad a ese fallo, la demandada lo ha convocado a juntas de socios, con lo que le ha reconocido el estatus que a través de este juicio reivindica; sin embargo, “nunca ha podido ejercer el derecho de inspección”, ni se le han pagado las utilidades de los últimos cinco años a la presentación de esta demanda.

3. Al enterarse del libelo, la contraparte pidió desestimar las súplicas, para lo cual negó varios hechos. En efecto, enfatizó, en esencia, que el demandante dejó de ostentar la calidad de socio comanditario cuando celebró el acuerdo conciliatorio de 2 de julio de 2015, culminado con la firma del acta de 14 de julio de 2016, en virtud de la cual, la sociedad aquí demandada y su representante legal, la señora Lozano de Gutiérrez, se obligaron a pagarle al actor la suma de \$1.583.053.000, “por concepto de [su] participación social”; monto que determinó el perito Jairo Abadía a partir de un “ejercicio contable”, tras ser designado por la Superintendencia de Sociedades en el marco del proceso n.º 2015-800-29 que enfrentó a los aquí contendientes.

En consecuencia, “dicha experticia estableció el monto de los dineros recibidos por el demandante, no solamente como utilidades, sino el saldo que le quedaba como capital social dentro de la sociedad demandada, el cual le fue cancelado”, de ahí que se hubiere presentado demanda que le correspondió conocer al Juzgado 11 Civil del Circuito de esta ciudad, “mediante la cual se pretende la suscripción de la escritura [de cesión] de las cuotas sociales del aquí demandante por cuanto las mismas le fueron pagadas, sin que éste haya querido suscribir [tal instrumento]...”.

En resumidas cuentas, “la sociedad demandada no cuenta sino con un solo socio, habiendo quedado en estado de disolución a voces del artículo 218, numeral 3 del Código de Comercio...; cosas distinta es que el aquí demandante una vez conocido el valor dinerario que le correspondió como participación social dentro del referido acuerdo, se... haya retractado del mismo...”.

Aunque el Juzgado 11 Civil del Circuito de esta ciudad negó las pretensiones tendientes a lograr la cesión de las cuotas sociales del actor, no es menos cierto que “la referida decisión judicial no se encuentra en firme, toda vez que fue recurrida mediante recurso de apelación, para ante el Tribunal Superior, Sala Civil”; por lo tanto, excepcionó “cobro de lo no debido”, “falta de legitimación por activa”, “ausencia de facultad para pedir”, “cosa juzgada” y “la genérica”.

Las aludidas defensas soportadas, en lo medular, en que, de llegársele a adeudar suma alguna al demandante, no serían los \$3.000.000.000 que estimó bajo juramento en la demanda, sino \$780.065.293, pese a que ya se le pagó “el doble de la utilidad que legalmente le correspondía”, esto es, la suma de \$1.570.091.708; con todo, en virtud de la conciliación referida líneas atrás, la sociedad demandada le abonó otro tanto (\$1.583.053.000), “por concepto de la participación social que el señor Javier Antonio Gutiérrez Lozano [ostentaba] como socio comanditario de la empresa aquí demandada”, por lo que carece de legitimación en la causa para exigir suma adicional.

Por último, la defensa de “cosa juzgada” se fundamentó en que el presente juicio guarda identidad de sujetos, causa y objeto con el proceso n.º 2015-800-29 que también conoció la Superintendencia de Sociedades, dado que en ambos juicios se ventiló “... el derecho reconocido al socio comanditario Javier Antonio Gutiérrez Lozano, respecto del pago de las utilidades a que tenía derecho de acuerdo a su participación social”, y fue precisamente en desarrollo de aquél trámite que las partes, aquí enfrentadas, conciliaron el pago a favor de aquél, de su participación social, con soporte en el dictamen pericial que para tal efecto decretó la autoridad con funciones jurisdiccionales.

4. La sentencia de primera instancia.

La primera instancia acogió la excepción de “cosa juzgada” y, en consecuencia, negó las pretensiones de la demanda tras razonar, así:

Lo primero que puntualizó fue que el actor ostenta la calidad de socio comanditario, según se extrae del certificado de existencia y representación legal de la sociedad demandada, en el cual se constata que es titular de 49.000 cuotas, sin que obre elemento de prueba sobre la cesión tales derechos a la socia gestora; en ese orden de ideas, como el demandante “a la fecha no ha enajenado su participación social..., le asistiría en principio el interés de perseguir las pretensiones de la demanda”.

Precisado lo anterior, estudió la excepción de cosa juzgada y manifestó que el presente proceso guarda identidad de objeto, causa y sujetos con el juicio n.º 2015-800-029, por cuanto allí el demandante, señor Gutiérrez Lozano, entre otras cosas, pidió que se designara “un perito en el área contable y financiera a fin de cuantificar los perjuicios causados y fijar el monto de las sumas dejadas de recibir... como consecuencia de la no entrega de utilidades por parte de la sociedad demandada y del incumplimiento de los deberes como administradora por parte de la demandada Gilma Lozano de Gutiérrez, desde el año 2009 hasta la fecha”, en tanto que en este pleito, el precitado también mostró su inconformidad por el no pago de las utilidades de los últimos cinco años.

Añadió que en aquel litigio la Superintendencia de Sociedades propuso una fórmula de arreglo consistente en designar a un perito para que valorara “la participación del señor Javier Antonio Gutiérrez Lozano en el capital social”, con el fin de que cediera sus cuotas y finalizara el conflicto; es así como dicho auxiliar de la justicia estableció el monto de \$1.583.053.000 como “el valor de la participación del señor Javier Antonio Gutiérrez Lozano dentro de la sociedad Palmeras La Cabaña Gutiérrez”, dictamen que fue aprobado por el juez societario y en virtud del cual la mencionada persona jurídica “consignó el precio pactado”.

De lo anterior concluyó la juez *a quo* que el demandante “ya había solicitado el pago de las utilidades a que tenía derecho dentro de la sociedad... y, por ende, existiría cosa juzgada respecto de la pretensión de los pagos referentes a las utilidades de los años 2013 a 2015, pues ello fue objeto de ventilación dentro del litigio n.º 2015-800-029, y este terminó mediante el acuerdo conciliatorio celebrado entre las partes..., por lo que tal pacto hace tránsito a cosa juzgada e impide que se debata nuevamente un tema que necesariamente está ligado a la participación del demandante en la sociedad...”; en consecuencia, “no prosperan las

pretensiones de la demanda, ya que el compromiso acordado por las partes debe acatarse y materializarse...”.

Con todo, precisó que “la distribución de utilidades que deprecia el demandante no puede tener acogida en esta instancia, ya que la misma debe ser aprobada por la junta de socios de la compañía demandada”.

Concluyó, entonces, que a pesar de que el actor aún ostenta la calidad de socio comanditario, no hay lugar a ordenar el pago de las utilidades solicitadas, no solo porque ellas quedaron inmersas en la conciliación por virtud de la cual se valuó su participación social en la suma de \$1.583.053.000, sino porque, en todo caso, la distribución de utilidades compete al máximo órgano social.

5. Los recursos de apelación.

Ambas partes impugnaron la sentencia.

5.1. La demandante, tan solo en lo que le fue desfavorable (ordinal 2º de la parte resolutive), vale decir, lo concerniente a la prosperidad de la excepción de “cosa juzgada”, para lo cual manifestó que el proceso n.º 2015-800-029 tuvo como *causa petendi* “la responsabilidad de la administradora de Palmeras La Cabaña Gutiérrez y Cía. S. en C., bajo el entendido que la misma no permitió el ejercicio del derecho de inspección, que se presentaron irregularidades en el funcionamiento de la junta de socios, que delegó funciones de la administradora a terceros y dispuso de forma irregular de los activos sociales”, todo lo cual difiere de lo pretendido en este juicio, que no es otra cosa que el reconocimiento de la calidad de socio del demandante, la declaración de que no se le han pagado las utilidades de los últimos cinco años y que se disponga su pago.

Menos aún, prosiguió, podía considerarse que el acuerdo conciliatorio celebrado en el marco de dicho proceso tuviera por zanjadas las diferencias de las partes en torno al pago de las utilidades y la participación social del actor, si se tiene en cuenta que el Juzgado 11 Civil del Circuito de Bogotá, en fallo confirmado por este Tribunal, determinó que el señor Gutiérrez Lozano no está obligado a ceder sus cuotas a la compañía aquí demandada, veredicto que “se encuentra en firme y ejecutoriado por cuanto el recurso extraordinario de casación que propuso la demandante fue declarado desierto por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia”.

Por lo demás, manifestó que, de revocarse ese segmento del fallo, sus pretensiones deben salir airosas, si se considera que “no se han reconocido y/o cancelado las utilidades de los últimos 5 años que

como socio del 35% de la sociedad Palmeras La Cabaña Gutiérrez y Cía. S en C., le corresponden, afirmación que de igual forma sostuvo la parte demandada al señalar que... las mismas habían sido acordadas para capitalizar la empresa y que por tal motivo, mediante la junta de socios conformada únicamente por la socia mayoritaria, se dio tal directriz”, dado que “nunca fue convocado a esos espacios”.

5.2. La demandada apeló el ordinal primero del fallo, con soporte en que el actor dejó de ser socio con la suscripción del acuerdo conciliatorio que tuvo lugar en el marco del proceso n.º 2015-800-0029, en el que “se obligó a enajenarle sus cuotas a su progenitora, obligación que hizo tránsito a cosa juzgada”, y el hecho de que se haya negado a firmar la escritura pública de cesión, “no le resta validez a la enajenación de las cuotas que realizó a favor de su señora madre”.

CONSIDERACIONES

1. Los consabidos presupuestos procesales se hallan reunidos en el presente asunto, la actuación se desarrolló con normalidad y no se avizora causal de nulidad que invalide lo actuado, de modo que ello, aunado a lo anterior, conlleva a la presente decisión, en los términos y con las limitaciones que establecen los artículos 322 (numeral 3º), 327 (inciso final) y 328 (inciso primero) del CGP y la jurisprudencia (CSJ. STC.2061/2017 de 30 agosto).

2. Dos son los recursos que debe resolver la Sala, y por cuestiones de orden, se procederá, en primer término, con el interpuesto por la sociedad demandada para, a continuación, abordar el formulado por el demandante.

3.- Recurso de apelación de Palmeras La Cabaña Gutiérrez y Cía. S. en C.

3.1. De la calidad de socio del actor:

Se duele la demandada de que en primera instancia se hubiere reconocido al señor Gutiérrez Lozano como socio de la compañía, pese a los alcances del acuerdo conciliatorio alcanzado en el marco del proceso n.º 2015-800-029.

No obstante, según la información que milita en el registro mercantil, se puede evidenciar que Palmeras La Cabaña Gutiérrez y Cía. S. en C. tiene un capital de \$140.000.000 dividido en 140.000 cuotas con un valor nominal de \$1.000 cada una, las cuales se encuentran distribuidas así: *i*) Gilma Lozano de Gutiérrez (socia gestora) posee 91.000 que equivalen a \$91.000.000; *ii*) Javier Antonio

Gutiérrez Lozano (socio comanditario) es titular de 49.000 equivalentes a \$49.000.000 (fls. 10 – 12, cdno. 1).

Por lo tanto, desde la información que reporta el certificado de existencia y representación legal de la compañía demandada, puede colegirse que, en verdad, el demandante ostenta la condición de socio, pues en ese documento no aparece inscrita la cesión de sus cuotas.

Circunstancia que se torna relevante, si se considera que, según el inciso 1º del artículo 338 del Código de Comercio, aplicable al presente asunto por tratarse de una sociedad en comandita simple, “las partes de interés de los socios colectivos y **las cuotas de los comanditarios se cederán por escritura pública, debiéndose inscribir la cesión en el registro mercantil**”, por manera que dicha solemnidad se erige en un requisito esencial, de existencia y validez de la operación (*ad substantiam actus*²), y se constituye, por igual, en una excepción al principio de consensualidad a que alude el artículo 824 *ejusdem*.

De modo que, si la cesión de cuotas en las sociedades en comandita simple exige como prueba de su existencia y validez el cumplimiento de ciertas formalidades *ad solemnitatem* (escritura pública inscrita en el registro mercantil), no es en ningún caso admisible acudir a otro medio de prueba distinto para establecer su verdadero alcance y poder obligacional, de suerte que el acuerdo conciliatorio a que alude la recurrente, auspiciado en el marco del proceso n.º 2015-800-0029, en el que el demandante presuntamente “se obligó a enajenarle sus cuotas”, deviene inconducente.

Al respecto, no puede olvidarse que el artículo 176 del Código General del proceso ordena apreciar las pruebas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, **sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos**, en concordancia con el artículo 256 *ídem*, según el cual “la falta del documento que la ley exija como solemnidad para la existencia o validez de un acto o contrato **no podrá suplirse por otra prueba**”, por manera que si la cesión de las cuotas del socio comanditario no consta en escritura pública debidamente inscrita en el registro mercantil, dicho negocio jurídico debe mirarse como no celebrado.

² Artículo 1500 del Código Civil: “El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; **es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil**; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento”, aplicable en materia mercantil por la remisión que efectúa el artículo 822 del Código de Comercio (se subraya y resalta).

Así, a falta de dicha probanza solemne, que determina la existencia y validez de la cesión de cuotas sociales, no puede predicarse que el señor Javier Antonio Gutiérrez Lozano carezca, en la hora actual, de la condición de socio comanditario en Palmeras La Cabaña Gutiérrez y Cía. S. en C.

Si lo anterior no resultare suficiente para sellar la suerte adversa del motivo de inconformidad en estudio, lo cierto es que la censura, por igual, no estaría llamada a abrirse paso, por lo siguiente:

Aduce la recurrente que, de acuerdo con la conciliación que celebró con su contraparte en el marco del juicio n.º 2015-800-0029 promovido ante la Superintendencia de Sociedades, el señor Gutiérrez Lozano “se obligó a enajenarle sus cuotas...”; sin embargo, ha de verse que con soporte en el acta de ese acuerdo conciliatorio la aquí demandada formuló demanda declarativa, a fin de que su adversario suscribiera la escritura pública de cesión de cuotas, escenario en el que el Juzgado 11 Civil del Circuito de Bogotá negó sus pretensiones tras hallar probada la excepción de “inexistencia de la obligación de transferir las cuotas sociales”³, veredicto que confirmó este Tribunal mediante sentencia de 18 de julio de 2019.

Y pese a que dicho fallo fue cuestionado en sede de casación, la Corte Suprema de Justicia lo declaró desierto en proveído de 24 de enero de 2020, según la información que reporta el sistema Justicia Siglo XXI.

Por consiguiente, dichas decisiones se encuentran en firme, sin que pueda desconocerse a estas alturas su ejecutoria y el obligatorio acatamiento del principio de preclusividad de los términos y oportunidades procesales.

Al punto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que:

(...) la sentencia se encuentra ejecutoriada cuando se hubiere proferido en procesos de única instancia, o cuando no sea viable la interposición de algún recurso, **o cuando, resultando procedente la impugnación, ésta no se hubiese presentado, o cuando la presentada se hubiera resuelto** (...) En todo caso, no sobra mencionar que el evento de procedencia de una impugnación, no propuesta o

³ Ver acta de la audiencia de 10 de septiembre de 2018 (fls. 452 y 452 vto., cdno. 2.

ya resuelta, hace referencia a los recursos ordinarios **e incluso también a la casación** (...) (SC2776-2018. M.P. Luis Alonso Rico Puerta; se resalta).

Además:

(...) “[l]a ausencia de sustentación del recurso [en este caso el de casación]... conduce a su deserción, y por lo tanto considerarlo no interpuesto, pues a pesar de que la deserción del recurso implica su previa concesión, [su] consolidación no se llega a dar por causa de un factor ulterior que lo impide, es decir, a la incuria, aquietamiento o inactividad de la parte, situación que a todas luces denota la conformidad del sujeto procesal respectivo para con la sentencia judicial, como si nunca hubiese esgrimido su desacuerdo” (Auto de 28 de noviembre de 2011, ref. 15001-3103-004-2000-00162-01 M.P. William Namén Vargas; en el mismo sentido, Auto de 13 de diciembre de 1.996, exp. 6402. M.P. Rafael Romero Sierra; se resalta).

Así las cosas, si la jurisdicción, a través de pronunciamientos que hicieron tránsito a cosa juzgada, determinó que el demandante no se obligó a enajenar su participación social, los argumentos de la recurrente en sentido opuesto cayeron al vacío.

En resumidas cuentas, para la Sala no hay duda que el demandante ostenta la calidad de socio de Palmeras La Cabaña Gutiérrez y Cía. S. en C.

Por lo tanto, el reparo del extremo pasivo no prospera.

Como consecuencia de lo anterior, se ordenará la inscripción del señor Javier Antonio Gutiérrez Lozano en el libro de registro de socios de la compañía demandada, pues una revisión de dicho documento permite evidenciar que la socia gestora figura como titular del 100% de las cuotas sociales⁴, información que no coincide con la realidad que acaba de verificarse.

4.- Recurso de apelación del señor Javier Antonio Gutiérrez Lozano.

4.1. De la ausencia de cosa juzgada en el presente asunto:

⁴ Folio 2920 del cuaderno 13.

Cuestiona el demandante que la primera instancia hubiere dado crédito a la excepción de *cosa juzgada*, por cuanto, en su criterio, no se estructuran los presupuestos de dicha exceptiva.

De acuerdo con el artículo 303 del CGP, para la configuración del referido fenómeno procesal, debe concurrir la triple identidad de objeto, causa y sujetos. Al punto, ha precisado la jurisprudencia que “el objeto del proceso se relaciona con el derecho u objeto jurídico de la pretensión y la causa involucra los hechos sustento del *petitum* (...)”⁵.

Pues bien, en el caso concreto, al hacer el parangón de las pretensiones enarboladas en el proceso n.º 2015-800-0029 con las plasmadas en el escrito introductorio del presente juicio, es evidente la ausencia de identidad en cuanto al objeto y la causa, vicisitud que impedía estructurar el aludido fenómeno jurídico.

En ese sentido, obsérvese que en el proceso n.º 2015-800-0029 se introdujeron las siguientes pretensiones, a saber:

i) Declarar la responsabilidad de la socia gestora por el incumplimiento de sus deberes de diligencia, en tanto: a) “permitió erogaciones a favor de sí misma y/o terceros, sin que tuvieran relación con el objeto social o el giro ordinario de los negocios”; b) “no ha efectuado las correspondientes convocatorias de las juntas de socios que se llevaron a cabo desde el año 2009 hasta la fecha”; c) “llevó a cabo las juntas de socios de la compañía desde 2009 hasta la fecha sin realizar las correspondientes convocatorias”; d) “no ha permitido que el socio Javier Gutiérrez Lozano ejerza el derecho de inspección”.

ii) La declaración de que operaron los presupuestos de ineficacia de las decisiones “de las juntas de socios celebradas desde el año 2009 hasta la fecha”, toda vez que: a) “no se realizaron las convocatorias de los socios de conformidad con los artículos 181 y 182 del Código de Comercio”; b) “no se cumplió con el quorum necesario para ser tomadas”.

iii) como consecuencia de las anteriores declaraciones, el demandante solicitó la indemnización de los perjuicios causados “conforme a como resulten probados en el proceso”.

Reclamos que difieren de aquellos plasmados en la demanda con la que tuvo su inicio este juicio, en la que se solicitó declarar:

⁵ CSJ. SC12138-2017. M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

i) Que el demandante es socio comanditario de la compañía demandada.

ii) Que la persona jurídica convocada no le ha pagado las utilidades a que tiene derecho.

iii) Que se declare que dicha persona jurídica le debe abonar los dividendos de los últimos cinco años.

En definitiva, la juez *a quo* no anduvo afortunada al hallar probada la excepción de cosa juzgada blandida por la sociedad demandada, pues asoció dos actuaciones procesales que ninguna relación guardaban entre sí.

Conclusión que no se derruye por la conciliación con la que las partes terminaron anticipadamente el juicio con radicado n.º 2015-800-0029, si se considera que el arreglo amistoso, a sugerencia del juez del conflicto, consistió en la designación de un perito que valuara la participación del señor Gutiérrez Lozano en la compañía, el que sería obligatorio para las partes con el fin de dar por terminado dicho litigio; en tanto que este proceso, se *itera*, versa sobre el reconocimiento de la calidad de socio del demandante, la declaración de que no se le han pagado las utilidades de los últimos cinco años y, en consecuencia, que se disponga su pago.

Sea lo que fuere, como se mencionó en las consideraciones del numeral 3.1 de esta providencia, a pesar de que por sugerencia del juez societario los contendientes acordaron conciliar sus diferencias a través del pago de la participación del socio comanditario, lo cierto es que en el acta que para tal efecto suscribieron no se estableció la obligación de éste de transferir sus cuotas, la forma de pago, como tampoco la fecha de la firma de la escritura pública de cesión, vicisitudes todas que, como ya se afirmó, redundaron en la negativa de las pretensiones tendientes a que el señor Gutiérrez Lozano solemnizara la enajenación de su participación social, según los fallos de primera y segunda instancia proferidos en el marco del proceso declarativo n.º 011 2017 00435.

Bajo ese horizonte, mal puede decirse que con la suscripción de ese acuerdo conciliatorio hubiesen quedado dirimidas las disputas que se examinan a través del presente juicio.

En ese orden, como habrá de revocarse este segmento del fallo de primera instancia, corresponde estudiar las pretensiones segunda y tercera de la demanda; esto es, determinar si la persona jurídica

convocada no le ha pagado al actor las utilidades de los últimos cinco años, en su condición de socio comanditario, y, en consecuencia, si es procedente disponer el abono de tales dividendos.

4.2. Sobre la ausencia de pago de utilidades a favor del socio comanditario:

El recurrente sostiene que la compañía demandada no le ha pagado las utilidades de los cinco años anteriores a la presentación de la demanda (2012 – 2016).

Sobre el particular, milita en el plenario copia de las reuniones de la junta de socios celebradas los días 27 de febrero de 2014 y 6 de marzo de 2015, consignadas, en su orden, en las actas n.ºs 39 y 36⁶, en las que el máximo órgano social decidió no efectuar la repartición de utilidades de los años 2012 y 2014 para, en su lugar, capitalizarlas.

Además, la socia gestora al absolver interrogatorio de parte, manifestó que si bien han existido utilidades, no se ha aprobado su reparto, pues los rendimientos se reinvierten en el mantenimiento de los inmuebles de la sociedad o se capitalizan.

En línea con lo anterior, la auxiliar de la justicia Leonor de la Roche Díaz al ser interrogada acerca de las conclusiones del dictamen que elaboró en el presente juicio, aseveró que existen cuentas por utilidades retenidas y las utilidades del ejercicio, y que de la revisión de las actas, en ellas se indica que las utilidades se van a capitalizar, aserto que ratifica la ausencia de reparto de utilidades⁷.

Así las cosas, no se requieren mayores lucubraciones para concluir que al socio comanditario no se le han pagado las utilidades de los últimos cinco años (2012 – 2016), por lo que así se declarará en la parte resolutive de este fallo.

4.3. De la imposibilidad de ordenar el reparto de utilidades a favor del socio comanditario:

No empece que la Sala constató la calidad de socio del demandante Javier Antonio Gutiérrez Lozano, así como la ausencia de reparto de utilidades para los años 2012 a 2016, no es procedente ordenar el pago solicitado, por cuanto, de conformidad con lo

⁶ Ver folios 687, cdno. 3 y 738, cdno. 4.

⁷ Audiencia de 20 de mayo de 2019.

previsto en el numeral 3º del artículo 187 del Código de Comercio⁸, esa es una función que le corresponde a la junta de socios; atribución que refuerza el artículo 155 de ese mismo estatuto, subrogado por el artículo 240 de la Ley 222 de 1995, cuando establece que, salvo mayoría estatutaria superior, **“la distribución de utilidades la aprobará la... junta de socios** con el voto favorable de un número plural de socios que representen, cuando menos, el 78% de las... cuotas... representadas en la reunión”.

Desde esa perspectiva, el juez no puede usurpar las competencias que la ley asignó al máximo órgano de la sociedad, menos cuando, como lo consideró la Corte Constitucional al efectuar el control de constitucionalidad de la última de las disposiciones citadas, “el socio – mayoritario o minoritario - hace parte de una sociedad a la que libremente decidió unirse con conocimiento de las normas legales, reglamentarias y estatutarias pertinentes... Así las cosas, corresponde al órgano más importante de la sociedad, aquel en el cual pueden estar representados todos los socios, resolver, por mayoría de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la correspondiente reunión, los conflictos que puedan existir entre los intereses individuales de los distintos socios y los del órgano social. En virtud de la aplicación de la llamada ‘democracia societaria’ se configura entonces el interés colectivo y se adoptan las decisiones generales más importantes para la sociedad”⁹.

En ese orden, es claro que no puede subvertirse, a través del presente litigio, el procedimiento legalmente establecido para la distribución de las utilidades.

Lo anterior lo refuerza el hecho de que, según lo establece el artículo 156 del Código de Comercio, “las sumas debidas a los asociados por concepto de utilidades... podrán exigirse judicialmente. Prestarán mérito ejecutivo el balance y la copia auténtica de las actas en que consten los acuerdos válidamente aprobados por la asamblea o junta de socios”, por manera que previo a exigir por vía judicial el pago de las utilidades, debe existir una decisión del máximo órgano social que, acorde con lo previsto en el

⁸ La junta o asamblea ejercerá las siguientes funciones generales, sin perjuicio de las especiales propias de cada tipo de sociedad: (...) 3) Disponer de las utilidades sociales conforme al contrato y a las leyes; (...).”

⁹ Sentencia C-707 de 2005.

artículo 332 *ejusdem*¹⁰, determine cuál será el destino de los rendimientos y el porcentaje a distribuir¹¹.

Ahora bien, en cuanto a las manifestaciones del recurrente atañederas a que la socia gestora no lo convocó a las juntas de socios del último quinquenio, que “mediante la junta de socios conformada únicamente por la socia mayoritaria” “se dio la directriz” de “capitalizar la empresa” y que ha malversado las utilidades de la compañía, con lo que resultaron afectados sus derechos políticos y económicos, huelga poner de presente lo siguiente:

No desconoce la Sala que el ordenamiento jurídico ha concebido mecanismos encaminados a evitar prácticas lesivas impulsadas por los socios mayoritarios o incluso por los administradores, tendientes a afectar los derechos o intereses del minoritario. Así, por ejemplo, a través de la acción de nulidad absoluta por abuso del derecho de voto a que alude el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008, aplicable a los demás arquetipos societarios por la remisión que efectúa el artículo 252 de la Ley 1450 de 2011¹², se pueden cuestionar aquellas capitalizaciones abusivas, vale decir, innecesarias si la sociedad cuenta con activos suficientes para desarrollar normal y satisfactoriamente su objeto social.

También existen las acciones encaminadas a que se declare la responsabilidad de los administradores por la desatención de sus compromisos legales, contractuales y estatutarios (deberes de lealtad y diligencia) y la consecuente indemnización de los perjuicios que sus acciones u omisiones hayan causado a la sociedad, a los socios y a terceros (artículos 22 a 25 de la Ley 222 de 1995).

¹⁰ “Las utilidades sociales se distribuirán entre los socios gestores y comanditarios en la forma estipulada en el contrato. A falta de estipulación, las utilidades se repartirán entre los comanditarios a prorrata de sus cuotas... pagando previamente el beneficio de los socios gestores”.

¹¹ Para el caso concreto, el artículo 13 de los estatutos de Palmeras la Cabaña Gutiérrez y Cía. S. en C. establece que “cada año, con fecha 31 de diciembre, se hará un balance que será presentado a la junta general de socios, un estado de pérdidas y ganancias y un proyecto de distribución de utilidades”, en tanto que el artículo siguiente, con la reforma introducida mediante acta n.º 5 de 14 de agosto de 1995, protocolizada mediante la escritura pública n.º 5.825 de 12 de octubre de esa anualidad, prevé que “las utilidades líquidas de cada ejercicio se distribuirán, así: a) un sesenta y dos por ciento (62%) para el socio gestor José Antonio Gutiérrez Baquero, como dividendo por su gestión, sin perjuicio de la remuneración que le fije la junta general de socios; b) un treinta y cinco por ciento (35%) para la socia Gilma Soacha de Gutiérrez, como dividendo de gestión, sin perjuicio de la remuneración que le fije la junta general de socios, cuando haya de sustituir o reemplazar al gerente principal; c) el tres por ciento (3%) restante para el socio comanditario Javier Antonio Gutiérrez Lozano, cualquiera que sea su aporte suscrito y pagado” (fl. 17, cdno. 1).

¹² “Las funciones jurisdiccionales otorgadas a la Superintendencia de Sociedades, por el artículo 44 de la Ley 1258 de 2008, con fundamento en lo previsto en el artículo 116 de la Constitución Política, **procederán respecto de todas las sociedades sujetas a su supervisión**”. (se resalta).

Por tan solo mencionar dos de los “remedios societarios” con los que el legislador hace frente a las desviaciones o abusos al principio democrático que impera en las sociedades comerciales.

Empero, el demandante no encauzó sus pretensiones por alguna de tales acciones; antes bien, deprecó el pago de las utilidades que se le adeudan, con lo que desconoció que es la junta de socios y no el juez el llamado a disponer de las utilidades sociales conforme a los estatutos y la ley, y si bien es cierto pueden existir conductas arbitrarias que lesionen el derecho de los socios a percibir los rendimientos de fin de ejercicio, para evitar esas prácticas el derecho societario regula diversas disposiciones comerciales y administrativas para controlar esos abusos.

Así lo reconoció la Corte Constitucional en la sentencia que viene de citarse, cuando, amén de encontrar ajustado al ordenamiento la disposición que asigna al máximo órgano social la aprobación del reparto de utilidades de acuerdo con la mayoría allí prevista, consideró que “el propio ordenamiento jurídico ha previsto algunas disposiciones destinadas a evitar que la atribución conferida a la asamblea [o junta de socios] a través de la norma parcialmente demandada y que en principio persigue el fortalecimiento de la sociedad pueda ser ejercida de manera arbitraria”¹³.

Ahora, no puede la Sala efectuar un pronunciamiento en torno a dichas figuras societarias, como parece sugerirlo el recurrente, atendida la prohibición que al respecto consagra el artículo 281 del CGP, según el cual “**la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda** y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. **No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta.** (...)” (se resalta).

Así, acometer la labor sugerida por el demandante conllevaría la emisión de un fallo incongruente, el cual, según tiene dicho la jurisprudencia¹⁴, se presenta cuando el juez decide el caso por fuera de las pretensiones o excepciones formuladas (*extra petita*), o más allá de lo pedido (*ultra petita*), o cercenando lo que fue objeto de alegación y demostración (*citra petita*). Al punto, la Corte Suprema de Justicia señaló que la incongruencia emerge:

¹³ Sentencia C-707 de 2005.

¹⁴ CSJ. SC15211-2017, exp. 11001-31-03-019-2011-00224-01.

“(…) en primer lugar, cuando en la sentencia se otorga más de lo pedido, sin que el juzgador estuviese facultado oficiosamente para concederlo (*ultra petita*); en segundo lugar, cuando en la sentencia olvida el fallador decidir, así sea implícitamente, alguna de las pretensiones o de las excepciones formuladas (*mínima petita*); y en tercer lugar, cuando en el fallo decide sobre puntos que no han sido objeto del litigio, o, de un tiempo a esta parte, en Colombia, con apoyo en hechos diferentes a los invocados (*extra petita*)…” (SC1806, 25 feb. 2015, rad. n.º 2000-00108-01).

Por las razones que han sido expresadas, la Sala debe desestimar las pretensiones tercera y cuarta de la demanda, encaminadas como están, a que se ordene el pago de las utilidades de los últimos cinco años y el reconocimiento de los perjuicios causados por la ausencia de abono de tales emolumentos.

En conclusión, con base en todo lo expuesto se adicionará el ordinal primero del fallo de primer grado, en el sentido de ordenar la inscripción del señor Javier Antonio Gutiérrez Lozano en el libro de registro de socios de Palmeras la Cabaña Gutiérrez y Cía. S. en C.; se revocará el ordinal segundo en cuanto se declaró probada la excepción de cosa juzgada; en su lugar, se adicionarán dos ordinales con los que, de un lado, se declarará que la sociedad demandada no ha pagado al actor las utilidades correspondientes a los años 2012 a 2016 y, de otro, se negarán las pretensiones tercera y cuarta relativas al pago de las utilidades de los últimos cinco años y la indemnización de los perjuicios causados. Sin costas en ninguna de las instancias dada la ausencia de parte vencedora en este juicio, en los términos del artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, en Sala Séptima Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Adicionar el ordinal primero de la sentencia de 15 de septiembre de 2020 proferida por el Juzgado 30 Civil del Circuito de Bogotá, el cual quedará así: “reconocer la calidad de socio comanditario de Javier Antonio Gutiérrez Lozano en Palmeras la Cabaña Gutiérrez y Cía. S. en C. En consecuencia, ordenar la inscripción del precitado en el libro de registro de socios de dicha compañía”.

Segundo. Revocar el ordinal segundo del fallo recurrido; por lo tanto, declarar no probada la excepción de cosa juzgada.

En consecuencia, adicionar los siguientes ordinales:

Tercero. Declarar que Palmeras la Cabaña Gutiérrez y Cía. S. en C. no ha pagado al señor Javier Antonio Gutiérrez Lozano las utilidades correspondientes a los años 2012 a 2016.

Cuarto. Negar las restantes pretensiones (3ª y 4ª) relativas al pago de las utilidades de los últimos cinco años y la indemnización de los perjuicios causados, por las razones expuestas.

Quinto. Sin costas en ambas instancias por lo dicho en la parte motiva.

Sexto. Devuélvase el expediente físico al Juzgado 30 Civil del Circuito de Bogotá.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,

Firmado Por:

Manuel Alfonso Zamudio Mora

Magistrado

Sala 005 Civil

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Oscar Fernando Yaya Peña

Magistrado

Sala 011 Civil

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Jesus Emilio Munera Villegas

Magistrado

Sala Civil

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación:

**746533f33fbfd06bd5f9c751588e2ee90c514ffb2f3aff6f8d39473cca
34735b**

Documento generado en 26/10/2021 11:23:41 AM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá D.C., veintiséis (26) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Proceso N.º 110013199003202002228 01
Clase: VERBAL – ACCIÓN DE PROTECCIÓN
AL CONSUMIDOR
Accionante: CARLOS AUGUSTO FUENTES NÚÑEZ
Accionado: BANCO DE BOGOTÁ S.A.

Sería del caso imprimir al presente asunto el trámite de segunda instancia de rigor, a propósito de la alzada que el extremo accionante interpuso contra la sentencia de 6 de agosto de 2021 proferida por la Profesional Especializada del Grupo de Funciones Jurisdiccionales Dos de la Superintendencia Financiera de Colombia, si no fuera porque este Tribunal carece de competencia, por lo siguiente:

El señor Fuentes Núñez estimó bajo juramento al subsanar la demanda, que sus pretensiones ascendían a la suma de \$41.600.000, razón por la cual, en auto de 14 de septiembre de 2020 se dispuso: “admitir la presente demanda de acción de protección al consumidor **de menor cuantía**”, como no podía ser de otra forma, si se considera que dicho monto, para el año de radicación del libelo (2020), si bien superaba el equivalente a 40 smlmv (\$39.226.280), no superaba los 150 (\$147.098.550), lo que explica, acorde con lo expuesto en el artículo 25 del CGP, que al presente asunto se le hubiere dispensado el trámite del proceso **verbal de menor cuantía**, vicisitud que, por igual, depara en que el juez de la alzada sea aquel con categoría de circuito.

En efecto, conforme al artículo 24, parágrafo 3º, inciso 3º *ibidem*, “las apelaciones de providencias proferidas por las autoridades administrativas en primera instancia, en ejercicio de funciones jurisdiccionales, se resolverán por la autoridad judicial **superior funcional del juez que hubiese sido competente en caso de haberse tramitado la primera instancia ante un juez y la providencia fuere apelable**” (se resalta).

Por su parte, el artículo 20, numeral 9º *ejusdem* establece que “los jueces civiles del circuito conocen en **primera instancia** de los siguientes asuntos (...) 9. De los procesos relacionados con el ejercicio de los derechos de los

consumidores”¹, en tanto que el artículo 33, numeral 2º del mismo estatuto, prevé que “los jueces civiles del circuito conocerán en **segunda instancia** (...) 2. De los procesos atribuidos en primera a las autoridades administrativas en ejercicio de funciones jurisdiccionales, cuando el juez desplazado en su competencia sea el juez civil municipal. En estos casos, conocerá el juez civil del circuito de la sede principal de la autoridad administrativa o de la sede regional correspondiente al lugar en donde se adoptó la decisión, según fuere el caso.”²

Para determinar, entonces, cuándo el juez civil del circuito conoce en primera o segunda instancia de los procesos que versen sobre violación a los derechos de los consumidores establecidos en normas generales o especiales, hay que acudir al artículo 390, parágrafo 3º de la Ley 1564 de 2012, según el cual “los procesos que versen sobre violación a los derechos de los consumidores establecidos en normas generales o especiales, con excepción de las acciones populares y de grupo, **se tramitarán por el proceso verbal o por el verbal sumario, según la cuantía, cualquiera que sea la autoridad jurisdiccional que conozca de ellos**”, lo que implica, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 25 de la misma codificación, que dicho juzgador, vale decir, el que tiene categoría de circuito, conocerá en primera instancia de los asuntos que versen sobre pretensiones patrimoniales que excedan el equivalente a ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (150 smlmv), en tanto que asumirá competencia en segunda, si los pedimentos superan el equivalente a 40 smlmv, pero no exceden de 150.

Lo anterior se resume en el siguiente cuadro:

Cuantía	Conoce en 1ª	Conoce en 2ª	Procedimiento
< 40 smlmv (mínima)	Juez Civil Municipal	No hay segunda instancia	Verbal sumario (mínima cuantía - única instancia)
> 40 =/< 150 smlmv (menor)	Juez Civil Municipal	Juez Civil del Circuito	Verbal (menor cuantía - doble instancia)
>150 smlmv (mayor)	Juez Civil del Circuito	Tribunal Superior de Distrito Judicial	Verbal (mayor cuantía - doble instancia)

¹ Disposición corregida por el artículo 3º del Decreto 1736 de 2012, pero que fue declarado nulo por la Sección Primera del Consejo de Estado en sentencia de 20 de septiembre de 2018, por lo que el texto vigente es el que se cita.

² Dentro de los procesos a los que hace referencia la norma, deben entenderse incluidos los relacionados con los derechos de los consumidores financieros, pues así lo dispone el numeral 2º del artículo 24 de la Ley 1564 de 2012, que le confirió facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Financiera de Colombia para el conocimiento de tales controversias.

Aplicadas las anteriores nociones al presente asunto, se memora que la demanda del epígrafe se tramitó bajo el **procedimiento verbal de menor cuantía**, dado que las pretensiones patrimoniales (\$\$41.600.000) exceden el equivalente a 40 smlmv, pero no superan el tope de 150; si lo anterior es así, como en efecto lo es, no hay duda que el funcionario desplazado por la Superintendencia Financiera de Colombia, en primera instancia, es el juez civil municipal de esta ciudad, lo que implica que el segundo grado esté reservado a un juzgador con categoría de circuito; razón por la cual se ordenará el envío del expediente a unos de tales juzgadores, a fin de que resuelva la alzada interpuesta por el accionante dentro de la acción de protección al consumidor de la referencia.

Bajo ese horizonte, con apoyo en el artículo 139 del Código General del Proceso, se ordena que por secretaría se remita el presente expediente a la Oficina de Reparto de los Juzgados Civiles del Circuito de esta ciudad, para que efectuada la asignación correspondiente a uno de tales despachos, se imprima al presente asunto el trámite de segunda instancia de rigor, previa notificación por esa dependencia a las partes y a la autoridad con funciones jurisdiccionales de primer grado de esta providencia por el medio más expedito.

La presente decisión no admite recursos, en los términos del aludido precepto.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

Manuel Alfonso Zamudio Mora

Magistrado

Sala 005 Civil

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Continuación de auto en el proceso n.º 110013199003202002228 01
Clase: verbal - acción de protección al consumidor.

Código de verificación:

36b1c4202b0c8bb30f7329bc9d52c3f6dd96154f6a0cc9d45113c30dbdaabbc8

Documento generado en 26/10/2021 12:29:11 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

**República de Colombia
Rama Judicial**



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

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

11001-31-03-029-2019-00350-01

Por encontrarse legalmente procedente, el Despacho dispone:

Admitir, en el efecto **DEVOLUTIVO**, el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, en contra de la sentencia proferida el día 2 de agosto del año 2021, por el Juzgado Veintinueve Civil del Circuito de Bogotá.

Una vez cobre ejecutoria la presente decisión, contrólense los términos con los que cuentan los aquí intervinientes para sustentar la alzada formulada, conforme lo consagra el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

Las partes deberán allegar el escrito sustentatorio y su réplica, a la dirección de correo electrónico: **secscribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co** .

NOTIFÍQUESE,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'JP Suárez Orozco'.

**JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO
Magistrado.**

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

Bogotá D.C., veintiséis (26) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Radicación: **110013103002 2012 00165 01**

1. OBJETO DE LA DECISIÓN

Se resuelve la solicitud de nulidad elevada por el demandado Óscar Jair Bedoya Piraquive, quien actúa en causa propia, con fundamento en el numeral 8º del artículo 133 del Código General del Proceso.

2. FUNDAMENTOS DE LA PETICIÓN

2.1. Esgrime el peticionario, en lo esencial, que se incurrió en la invalidez reseñada, toda vez que Iván Darío Moreno Piraquive, a pesar que por diferentes actuaciones conocía la dirección donde podía ser intimado, esto es, la carrera 71 B número 53-90 de esta ciudad, que, por demás, queda justo al frente de la heredad en disputa, no llevó a cabo tales diligencias en ese lugar, sino que se limitó a consignar el inmueble a reivindicar, sin parar mientes que allí no residía, lo que conllevó a su emplazamiento, y posteriormente, a la designación de un curador *ad-litem*¹.

2.2. El apoderado de la parte actora se opuso a la prosperidad. Esbozó, en síntesis, que se adelantaron las gestiones de enteramiento en el bien que se busca recuperar por encontrarse en posesión del demandado Óscar Jair Bedoya Piraquive. No fue exitosa, pues en una primera oportunidad, la empresa de correos indicó dirección inexistente y en la segunda, certificó que el enjuiciado no residía en ese lugar, por lo que se procedió a su debido

¹ PDF07

emplazamiento.

Los testimonios rendidos en la causa, dan cuenta que el convocado sí vivía en ese fundo. Aunado, las probanzas allegadas por el nultante, no dan cuenta que la carrera 71 B número 53-90 fuera su domicilio.

De otro lado, expone que emergen una serie de indicios que permiten colegir que el citado conocía la existencia del pleito que se adelantaba en su contra, no obstante, se mostró renuente a su intimación, situación que se ha presentado en otros escenarios judiciales.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Es sabido que para el decurso normal de las actuaciones judiciales es menester que existan reglas preestablecidas para su impulso y resolución que deben ser atendidas tanto por los extremos litigiosos como por el funcionario al que se le sometió a consideración el asunto.

De ahí dimana la obligatoriedad de las formas procesales, cuya desatención comporta la invalidez de la tramitación. Y es que es apenas natural que, si un acto o una serie de éstos se cumplieron de modo irregular, no deban tener efectos vinculantes.

Las nulidades procesales surgen entonces como una salvaguarda de las formas procedimentales indispensables dentro del juicio, que a su vez responden a la necesidad de un debido proceso, principio éste que hoy por hoy se erige de rango Constitucional, y no persiguen fin distinto que servir como garantía de justicia y de igualdad; es decir, que el ideal último no es el formalismo como tal, sino la preservación de estas prerrogativas.

Al respecto, cumple relieves que la finalidad de la primera notificación es hacerle saber al demandado sobre la existencia de una causa en su contra para que tenga la oportunidad de ejercer los derechos de contradicción y defensa, pues ello impide que desde un comienzo el juicio se adelante a sus espaldas. El conocimiento real y efectivo que el convocado tenga sobre el asunto constituye el fundamento principal para garantizarle las prerrogativas superiores –artículo 29 de la Constitución Política-.

3.2. *Empero*, pronto se advierte que la solicitud de invalidez que nos ocupa carece de prosperidad, pues revisada la actuación acusada, no cabe la menor duda que ninguna irregularidad se vislumbra en el trámite de la notificación del quejoso, por el contrario, ésta se llevó a cabo bajo los lindes normativos y no se le cercenó su derecho de defensa y contradicción.

En efecto, tal como se verifica del plenario, inicialmente se le envió la citación al convocado² al inmueble ubicado en la carrera 71 B número 53-91 apartamento 101 Edificio Normandía de esta ciudad, es decir, en el predio objeto de reivindicación, que fue devuelto por la empresa de correo bajo dirección inexistente. Posteriormente, milita una certificación de la misma naturaleza, remitida al mismo bien, del 3 de septiembre de 2012 que da cuenta de **“DESTINATARIO DESCONOCIDO CON LO ANTERIOR SE CONFIRMA QUE LA PERSONA A NOTIFICAR NO VIVE EN ESTE LUGAR...”**³ -Negritillas y subrayado original del texto-

Ante la situación, el togado de la parte convocante deprecó su emplazamiento, puesto que *“...se ignora otro lugar de habitación o de trabajo del demandado, al indicado inicialmente en el libelo demandatorio, máxime cuando la dirección aportada corresponde a la*

² Consecutivo 95CuadernoPrincipal.pdf – folios 93 y 94

³ Idem – folio 97-

*nomenclatura del inmueble a reivindicar...*⁴. Se dispuso entonces su emplazamiento. Efectuadas las publicaciones de rigor, se nombró curador *ad-litem*, con quien se surtió la notificación⁵. El profesional oportunamente se pronunció respecto de los fundamentos fácticos y pretensiones sin oponerse, bajo el argumento que le corresponde a la actora acreditar los supuestos⁶.

El señor Óscar Jair Bedoya Piraquive, asegura que Iván Darío Moreno Piraquive, era conocedor del inmueble que queda al frente del predio a reivindicar, con nomenclatura carrera 71 B número 53-90 de esta ciudad, donde podía ser notificarlo, no obstante, no adelantó ninguna diligencia. *Empero*, esa postura quedó desvirtuada y carece de soporte, porque diferentes probanzas, refrendan que, en rigor, no es plausible inferirlo; y, por el contrario, emergen otros medios suasorios que lo referencian directamente con la heredad materia del litigio.

El testigo Henry Iván Arévalo Mogollón, a quien cita el demandado como elemento fundante de su presunta indebida vinculación, afirmó que Óscar Jair Bedoya Piraquive lo conoció o “vio” “...como 2 o 3 veces acá en el Centro porque él es primo de IVAN DARIO MORENO...” Además, expuso que junto con su esposa y dos hijos se fueron a habitar el inmueble objeto del litigio, ingresó al bien porque le pidió el favor a su primo de “...vivir unos días mientras le arreglaban la casa de él que es al frente y nunca la entregó...”. Sobre esa última exposición, *contrario sensu* del interesado, no es dable tenerla como criterio orientador para acreditar que el mencionado residía para cuando se instauró la demanda -año 2012- en el predio que detalla en su escrito, menos aun cuando es inconcluso en circunstancias de tiempo y modo. Lo que si se deduce es que se fue a residir en el inmueble objeto de litigio con su esposa y sus dos hijos.

⁴ Folio 101.

⁵ Folio 109

⁶ Folios 110 y 111.

Ahora bien, años después, en el 2016, su cónyuge o compañera Villalba Maldonado impetra invalidez de la actuación y sostiene que es la real poseedora “...ya que la *PERSONA*, señor *OSCAR BEDOYA* contra quien se dirige la acción *ES ERRADA*, pues la legitimación de la pasiva se encuentra en cabeza de mi poderdante...”, como lo aduce la profesional del derecho que la representa. Ante la controversia sobre la detentación con calidad de señor y dueño, la señora Juez de entonces la vinculó también como poseedora. -Cuaderno incidente de nulidad-.

De otro lado, no se aviene admisible jurídicamente asociar la documental aducida por el convocado con el supuesto alegado, pues claramente éstas refieren a circunstancias anteriores -años 2004, 2005 y 2006-, a este litigio. Por demás, la misiva del Banco Caja Social, la autorización de pago de la Universidad de los Andes, vistas a folios 9 a 12 del escrito incidental, fueron dirigidas a Iván Darío Moreno Piraquive, más no corresponden al demandado.

En lo que respecta al trámite de la querrela 832-04, si bien consigna que Iván Darío Moreno Piraquive, fue representado judicialmente por Óscar Jair Bedoya Piraquive, tal diligenciamiento⁷, se remonta a actuaciones de los años 2004 y 2005.

Adicionalmente, obsérvese que varias declaraciones coinciden en vincularlo inicialmente con el predio materia del debate a partir de 2007.

Juliette Milena Villalba Maldonado, -esposa del citado-, manifestó en septiembre de 2019 tener una relación “*distanciada*” con su cónyuge⁸, aseguró que la última vez que lo vio, hacía 2 años atrás, más o menos. Explicó que es una situación incómoda, “*difícil*”, a pesar de la relación familiar, no tiene ningún contacto con él.

⁷ -Folios 366 a 375-,

⁸ Minuto 40:01 - 93CuadernoPrincipalFolio369AudienciaRealizada20190926

Los declarantes César Eduardo Moreno Piraquive César, Vitaly Zakablukovkiy⁹, Luz Esperanza Montoya Girado, coinciden en precisar que el demandado, junto con su esposa y dos hijos, vivieron en el predio en disputa¹⁰, a partir del año 2007.

Sumado a lo anterior, Samir Bedoya Piraquive, hermano de Oscar Jair, aseguró que éste, junto con su esposa e hijos, en esa anualidad se fueron a vivir al inmueble. En el 2014, fue la última vez que los volvió a ver, fue cuando le hizo el reclamo que lo devolviera¹¹. Al preguntarle si Oscar Jair tenía conocimiento de este proceso, expuso que él sabía¹², porque insistentemente le solicitaba que lo restituyera ante los procesos judiciales adelantados. Es más, destacó que su progenitor en una ocasión le llamó airadamente, ya que Óscar Jair, lo había contactado “*todo bravo*” ante su declaración porque testificó en su contra en este asunto, por eso, relievó, tiene conocimiento de la causa¹³.

Finalmente, el escrito de invalidez lo presenta BEDOYA PIRAQUIVE en Miami, sin dar razón desde cuándo se encuentra allí, su dirección o en qué condición está en EE.UU.

3.3. Pues bien, analizados en su conjunto estos elementos de convicción de los que el señor Óscar Jair Bedoya Piraquive pretende valerse, no se tiene certeza que para cuando se intentó la notificación personal en el sub examine, ya no viviera con su familia o que habían terminado las reparaciones del inmueble, que según su dicho queda al frente y se hubiera trasladado al mismo, dejando a quienes integraban su hogar solos en el predio a reivindicar.

Lo que si es cierto es que vivió allí y era la dirección conocida por la

⁹ Audiencia 26 de abril de 2018 - 02CuadernoIncidenteNulidad.pdf

¹⁰ Minuto 01:03:00.

¹¹ Minuto 29:00 siguientes

¹² Minuto 43:17

¹³ Minuto 44:26

parte demandante, sin que se haya demostrado que sabía de otra. Aunado, poco creíble resulta que este proceso se adelantara a sus espaldas cuando sus familiares más cercanos lo ponen en tela de juicio y la madre de sus hijos sostiene que, desde tiempo atrás no ostenta ningún derecho sobre la heredad, por lo que carecería de interés para actuar en la litis.

Desde esta perspectiva, se impone desestimar la solicitud, con la consecuente condena en costas -numeral 1, artículo 365 del Código General del Proceso-.

4. DECISIÓN

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

RESUELVE:

4.1. NEGAR la solicitud de nulidad elevada por el demandado Óscar Jair Bedoya Piraquive.

4.2. CONDENAR en costas al citado. Tásense en su debida oportunidad. Liquídense en la forma prevista por el artículo 366 del Código General del Proceso incluyendo la suma de \$850.000.00 como agencias en derecho.

4.3. RECONOCER personería al abogado Luis Alonso Gutiérrez Ríos, como apoderado judicial de la parte demandante, en los términos y efectos del poder de sustitución conferido¹⁴.

4.4. INGRESAR el expediente al despacho para lo pertinente, una vez

¹⁴ PDF11

cobre ejecutoria esta determinación.

NOTIFÍQUESE,



CLARA INES MARQUEZ BULLA
Magistrada

Firmado Por:

Clara Ines Marquez Bulla
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación:

81e0a4472c7af82bab801ba999837a851d2f0bd76efb1c44db777b2
d1b430f5a

Documento generado en 26/10/2021 10:39:07 AM

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



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

Ref. 00-2021-01817-00

Bogotá D.C., veintiséis (26) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Procede el despacho a resolver sobre la admisibilidad del recurso extraordinario de revisión, impetrado contra la sentencia emitida el 11 de septiembre de 2018 del Juzgado 56 Civil Municipal de Oralidad de Bogotá en el proceso monitorio 56-2018-00341-00.

Estudiado el escrito introductorio, se observa que se reúnen las exigencias establecidas en los artículos 355 a 357 del Código General del Proceso, por ello, se solicita al Juzgado Dieciséis Civil Municipal de Ejecución de Sentencias (donde actualmente reposa el legajo) que, a costa del recurrente, se remita copia integral del expediente 56-2018-00341-00 (ahora ejecutivo), incoado por Arquitectura y Señalización SAS contra Servicios Especializados Señalización Ltda., con la respectiva constancia de ejecutoria de la sentencia que definió el proceso monitorio.

Se reconoce personería para actuar al abogado *Alain Camilo López Ángel*, como apoderado judicial de Servicios Especializados Señalización Ltda., en los términos del poder especial conferido.

Cumplido lo anterior, vuelvan las diligencias al despacho para resolver conforme a derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ADRIANA SAAVEDRA LOZADA
Magistrada

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

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Radicación 110013103033 2019 00064 01

Por auto del pasado 28 de septiembre de los cursantes, se puso en conocimiento de la sociedad TRUCKS BY COLOMBIA S.A.S., la causal de invalidez en el trámite, frente a la cual, a pesar de habersele comunicado en la forma ordenada¹, esto es, a través del correo electrónico karolcastro@gmail.com, cuyo ordenador certificó la entrega a quien se dirigió. Al ser satisfactorio el primer envío, se tendrá por saneada, ya que dentro del término de traslado concedido guardó silencio².

Aunado, cabe resaltar que la remisión física de la misiva fue devuelta por la causal “*No existe*” destinatario³.

Por consiguiente, ante el comportamiento pasivo de quien podría resultar afectado, habrá de tenerse por superada cualquier falencia en este asunto en relación con la evocada persona jurídica, al tenor de lo dispuesto por el artículo 137 del Código General del Proceso, por manera que se continuará con el curso de esta instancia procesal.

En mérito de lo expuesto el Despacho,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR saneada la actuación.

¹ “...de conformidad con lo previsto en los artículos 291 y 192 del Código General del Proceso, en la dirección consignada en el registro mercantil, así como en el correo electrónico, en los términos del artículo 8 del Decreto 806 de 2020...”.

² PDF14

³ PDF15

SEGUNDO: DISPONER que una vez cobre ejecutoria esta providencia, regrese al despacho para lo que legalmente corresponda.

NOTIFÍQUESE,



CLARA INES MARQUEZ BULLA
Magistrada

Firmado Por:

Clara Ines Marquez Bulla
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación:

34ad7897238948fc1824f8df4a8404e329dc22133706a17d07e1ad5
846739415

Documento generado en 26/10/2021 10:39:05 AM

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

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

Bogotá, D.C., veintiséis de octubre de dos mil veintiuno.

Radicado: 11001 31 03 025 2018 **00518 01**

Proceso: Verbal, José Fernando Barrientos Castillos y Otros Vs. Bancolombia S.A. y Otro.

De conformidad con lo establecido en el Decreto 806 de 2020, se **DECLARA DESIERTO** el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 22 de septiembre de 2021 por el Juzgado 25 Civil del Circuito, comoquiera que no fue sustentado, pues no se allegó escrito alguno para esos efectos durante el traslado otorgado conforme a dicha normatividad.

Ahora bien, teniendo en cuenta dicho fallo también fue apelado por la aseguradora demandada y que esa parte sí presentó escrito en el que anuncia la sustentación de los reparos, del cual se corrió traslado sin pronunciamiento, en firme esta providencia vuelva el expediente al Despacho para lo pertinente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El Magistrado,

GERMÁN VALENZUELA VALBUENA

11001 31 03 025 2018 00518 01

Firmado Por:

German Valenzuela Valbuena
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 019 Civil Familia
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **9f55d423e56e6f79c8178e2f3c2d7be08a1ce1f4026fc62753541cea2cbc5eac**
Documento generado en 26/10/2021 03:57:00 PM

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

**República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público**



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

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR : **JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO**
RADICACIÓN : **11001 31 99 001 2017 05253 01**
PROCESO : **VERBAL**
DEMANDANTE : **OSMAR OSWALDO PÉREZ**
DEMANDADO : **AMÍN ENRIQUE MARTÍNEZ
BARRETO**
ASUNTO : **DESERTUD APELACIÓN**

Discutido y aprobado por la Sala en sesión ordinaria del 26 de octubre de 2021, según acta No. 043 de la misma fecha.

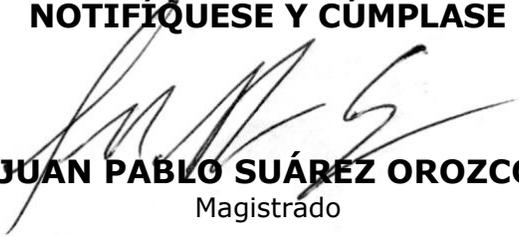
Teniendo en cuenta el informe secretarial del 3 de agosto de 2021, y no advirtiéndose sustentación escrita de ninguna naturaleza, en los términos del artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

RESUELVE:

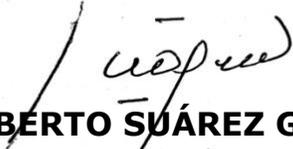
PRIMERO: DECLARAR DESIERTO el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el día 13 de junio de 2019, por la Superintendencia de Industria y Comercio, al interior del proceso del epígrafe.

SEGUNDO: En firme la presente providencia, ofíciase a la oficina judicial de origen, informándole sobre la decisión aquí adoptada y devuélvase el informativo digitalizado.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE


JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO
Magistrado


GERMÁN VALENZUELA VALBUENA
Magistrado


LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ
Magistrado
(CON SALVAMENTO DE VOTO)

SALVAMENTO DE VOTO

Con el debido respeto y admiración que profeso por mis compañeros de Sala, me permito disentir de la orientación mayoritaria que pregona que debe declararse desierto el recurso de apelación que por reparto le correspondió a este despacho, en consonancia con las siguientes reflexiones:

1. Pese a la individualidad que la ley adjetiva predica del procedimiento que se ha de agotar en el rito de la apelación, consistente en la inicial y escueta enunciación de los “concretos reparos” al que subsigue su sustentación, en las eventualidades en que esa ritualidad se agota ante el juez de primera instancia de manera conjunta y simultánea en la audiencia en que se profiere la sentencia –reparos-sustentación– si estos son precisos, claros y suficientes para señalarle al superior los motivos de inconformidad y su desarrollo argumental, ello impone –de manera cogente– la resolución de la alzada, orientación que guarda consonancia con la regla general de escrituralidad que caracteriza al Decreto Legislativo 806 de 2020, filosofía avalada por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia al afirmar que “en vigencia del Decreto Legislativo 806 de 2020, si desde el umbral de la interposición de la alzada el recurrente expone de manera completa los reparos por los que está en desacuerdo con la providencia judicial, no hay motivo para que el superior exija la sustentación de la impugnación”¹.

2. Así las cosas, la circunstancia de que en el primer grado no se hubiera presentado por escrito la sustentación –pero sí de manera oral en la audiencia– en mi criterio no es óbice para aplicar la doctrina sentada en el fallo constitucional precitado, en especial porque se ha cumplido con lo sustancial –consistente en la manifestación de la crítica contra la sentencia y las razones para su revocatoria o modificación, acatando el fondo y contenido de la disposición– escenario en el que el escrito simplemente se erige como un elemento de forma, referido al continente del cuestionamiento que exige la ley adjetiva, razón por la cual su exigencia enmarca en el censurado exceso ritual manifiesto.

En el mismo sentido, no puede dejarse en el olvido que el evocado decreto no modificó el sistema oral que rige a la primera instancia en el que la expresión hablada –instrumento utilizado por el impugnante– guarda mayor correspondencia con su ontología, por lo que darle prevalencia a la forma escrita entra en contradicción con los postulados impuestos en el Código General del Proceso.

3. En consonancia con lo anotado, al aplicarse en esta materia el citado decreto –punto definido en el auto del pasado 21 de julio– ha de recordarse que según su artículo 14 “ejecutoriado el auto que admite el recurso o el que niega la solicitud de pruebas, el apelante deberá sustentar el recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes”, sin que se haya regulado algún otro condicionamiento frente al punto, de allí que no pueda concluirse que sea un imperativo para el apelante el efectuar la sustentación del recurso de apelación ante el juez de segunda instancia, pues lo relevante es verificar si la argumentación ocurrió antes

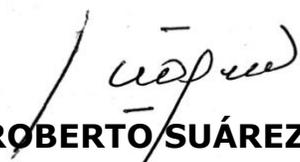
¹ STC 5498, 5499, 8777, 9212 y 9216 de 2021.

del vencimiento del hito fijado en la norma, retornando, en esta hipótesis, a la situación regulada por el Código de Procedimiento Civil, en la que la Sala Civil de la Corte Suprema, de manera reiterada y uniforme consignó que "...la inteligencia de la reforma en el punto no es la de que fatalmente deba sustentarse el recurso ante el superior. La norma habló sí, de que se sustentará 'ante el juez o tribunal' que deba resolver la apelación, pero no puede echarse al olvido que enseguida añadió que 'a más tardar' dentro de la oportunidad establecida en los artículos 359 y 360" del estatuto vigente en aquel entonces, redacción – "a más tardar"– que se repite en el evocado artículo 14 del Decreto 806 de 2020.

De igual manera –continúa ese pronunciamiento– "...nada justificaría semejante sacrificio al derecho de defensa, si es que de la sustentación que se haga, como aquí aconteció, al momento mismo de interponerlo, se enterará necesariamente el superior. Ninguna diferencia sustancial, pues, hay entre alegar allá y hacerlo acá. El enteramiento del superior, que es lo prevalente será en todo caso igual. Con el agregado, desde luego, de que si la segunda instancia debe surtirse en sede diferente a la del juez que dictó la decisión apelada, ya tal posibilidad de sustentar ante éste, amén de armoniosa con el principio aludido, resulta por demás provechosa al principio de economía"², pensamiento avalado por la Corte Constitucional en la medida que "tratándose de normas procesales y de orden público dicha interpretación debe privilegiar el acceso a la administración de justicia y los presupuestos que orientan el debido proceso. Pero, en caso contrario, es decir, cuando la interpretación dada por el juez ordinario se aparta de los citados principios y derechos constitucionales, tal decisión se introduce en el terreno de la irrazonabilidad..."³.

4. Bajo el orden de ideas que se trae, es útil memorar que la sentencia de primera instancia fue emitida en audiencia del 13 de junio de 2019 –repartido al despacho el 15 de julio del mismo año y suspendido desde el 2 de septiembre siguiente al 6 de julio de 2021, en virtud del trámite de interpretación del Tribunal Andino de Justicia– y que los reparos y la sustentación del recurso de apelación se realizaron de forma simultánea y paralela en la vista pública. Además, lo cierto es que el Tribunal dispuso poner en conocimiento del no apelante la argumentación verbal efectuada ante la primera instancia, con la correspondiente réplica de la contraparte –aun con la solicitud de declarar desierta la alzada– materializando así el traslado a que se refiere el artículo 14 del Decreto 806, todo lo cual deja en evidencia la salvaguarda del derecho fundamental al debido proceso de ambos extremos procesales.

Con toda atención,


LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ
Magistrado
Bogotá, 26 de octubre de 2021

² Sentencia del 7 de octubre de 2003, exp. 30361, reiterada en providencias del 22 de noviembre de 2010, radicado 2010-01969-00 y 2 de abril de 2014, radicado 2011-02620-00.

³ Sentencia T- 449 de 2004.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C., veintiséis de octubre de dos mil veintiuno

Se decide el recurso de reposición formulado por la parte demandada contra el auto emitido el pasado 11 de octubre, por el que se dispuso correr traslado de los escritos en que ambas partes desarrollaron los motivos de su inconformidad contra el fallo de primer grado, impugnación que se resuelve previas los siguientes,

ANTECEDENTES Y CONSIDERACIONES

1. Contra la sentencia de primera instancia, emitida en audiencia del 1 de marzo del año en curso, ambas partes presentaron apelación, de las que el *a quo* sólo concedió la alzada del accionante y, previo el trámite correspondiente, el recurso de queja de ATC.
2. Dentro de los 3 días siguientes a la vista pública, Comcel, de manera escrita desarrolló, de manera amplia y detallada, los motivos de su disenso.
3. La alzada contra el fallo se repartió a este despacho el 30 de julio, pero como la pertinente actuación administrativa secretarial no se había surtido frente a la queja, se ordenó su realización mediante auto del 3 de agosto, para que se abonara a esta misma oficina.
4. En proveído del 26 de agosto se declaró la prosperidad parcial de la queja y, en consecuencia, “conceder en el efecto suspensivo el recurso de apelación formulado por ATC Sitios de Colombia S.A.S.”, quien dentro de los 3 días posteriores –1 de septiembre– allegó escrito de “apelación – reparos concretos respecto de la sentencia dicta el día 1 de marzo de 2021” en el que indicó, con claridad y concreción, las razones de discrepancia con esa sentencia.

5. El 22 de septiembre se admitieron ambos recursos y, no obstante que en el informe secretarial del pasado 11 de octubre se indicó que “venció en silencio el término para que la parte apelante allegara en esta instancia la sustentación de la alzada”, en auto de esa misma fecha se ordenó correr el traslado previsto en el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, en tanto –se repite– ambas partes ya habían adosado los referidos memoriales, presentados antes del límite señalado por la normatividad para ese ejercicio.

6. En desacuerdo con esta última decisión, ATC solicita su revocatoria y, en su lugar, declarar desierta la alzada de Comcel, por “no haber sustentado en debida forma ante el superior”, alegando que no se puede “confundir los reparos concretos con la sustentación del recurso de alzada, toda vez que se trata de dos oportunidades distintas”, a las que no es procedente darles una interpretación extensiva en la que se entienda que una de esas gestiones suple a la otra. A su turno, la accionante se opone al triunfo de la reposición con sustento en que la exposición efectuada en su momento ante el juez de conocimiento es suficiente para abordar la controversia, como lo puntualizó la Corte Suprema de Justicia en sentencia STC5497 de 2021, aunado a que la orden dada en la providencia atacada es erróneamente interpretada por ATC, ya que beneficia a ambos extremos, y remató que la intervención de la demandada también estaría cobijada con la consecuencia cuya aplicación exora .

7. En este proceso no existe duda de que Comcel, y también ATC, actuaron dentro del término que, formalmente, la ley prevé para la proposición de reparos por escrito, en la medida que aquel los exteriorizó dentro de los 3 días siguientes a la vista pública en que se emitió el fallo, al paso que este los radicó en seguida del pronunciamiento de esta corporación en el que, luego de declarar mal denegada, de manera parcial, la alzada, la concedió (tanto así que –como ya se indicó– su memorial fue rotulado como “recurso de apelación – reparos concretos”), sin que ninguno de los dos contendientes participara en el plazo conferido en el evocado auto del 22 de septiembre.

No obstante lo anterior, conviene recordar que pese a la individualidad que la ley adjetiva predica del procedimiento que se ha de llevar a cabo en la apelación consistente en la inicial y escueta enunciación de los “reparos

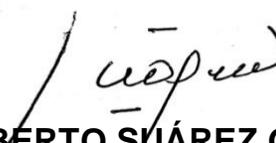
concretos” al que subsigue su sustentación, en las eventualidades en que esa ritualidad se cumple, de manera conjunta, simultánea y dentro de la etapa legal, si aquellos son precisos, claros e idóneos, ello impone –de manera cogente– la resolución del recurso, conclusión aplicable a este caso porque, con independencia de la forma en que el demandante haya denominado a su intervención y el instante en que la efectuó –anotación también predicable en torno a la manera en que ATC nominó su misiva y el momento de su presentación–, en ella se consignaron las causas puntuales de inconformidad. Esta orientación guarda consonancia con la regla general de escrituralidad que caracteriza al Decreto Legislativo 806 de 2020, avalada por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia al afirmar que, en vigencia del mismo, “si desde el umbral de la interposición de la alzada el recurrente expone de manera completa los reparos por los que está en desacuerdo con la providencia judicial, no hay motivo para que el superior exija la sustentación de la impugnación”¹, razón por la que la orden de surtir el traslado –por demás, en provecho de los dos apelantes– se mantendrá.

En virtud de lo expuesto, la Sala Unitaria de Decisión Civil del Tribunal Superior de Bogotá,

RESUELVE

NO REPONER el auto impugnado.

Notifíquese,


LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ
Magistrado

Exp. 11001310300120183266302

¹ STC 5498 y 5499 de 2021. En igual sentido: STC5630, 9112, 9216 y 10055 de 2021.

REPÚBLICA DE COLOMBIA**RAMA JUDICIAL****TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ – SALA CIVIL****Rad. 110013103099202000174 02**

Bogotá D.C., veintiséis (26) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Revisado el expediente, a efecto de resolver lo que en derecho corresponde respecto de la apelación de auto contra la decisión adoptada en audiencia del 16 de marzo de 2021 dentro del proceso de la referencia, se advierte que la competencia para su resolución corresponde al Despacho que le fue repartido por primera vez en esta instancia, conforme lo disponen los artículos 19 del Decreto 196 de 1971¹ y 7° numeral 5° del Acuerdo No. 1472 de 2002².

Así las cosas como quiera que con antelación este asunto le fue repartido al despacho de la H. Magistrada Hilda González Neira, le corresponde a éste conocer del mismo, por lo que la actuación le debe ser remitida para lo de su cargo.

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

RESUELVE:

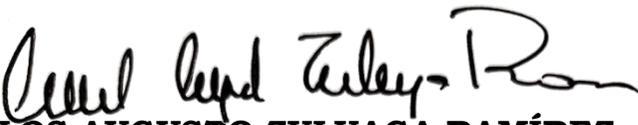
Por Secretaría proceda a abonar la presente actuación al despacho que en su momento ocupó la H. Magistrada Hilda González Neira y a

¹ Art. 19-3 Decreto 196 de 1971.- Cuando un negocio haya estado al conocimiento de la sala se adjudicará en el reparto al magistrado que lo sustanció anteriormente”.

² Art. 7-5 Acuerdo 1472 de 2002.- Cuando un asunto fuere repartido por primera vez en segunda instancia, en todas las ocasiones en que se interpongan recursos que deban ser resueltos por el superior funcional, el negocio será asignado a quien se le repartió inicialmente (...).”.

realizar los ajustes que corresponden en el sistema de información al usuario.

Notifíquese y cúmplase.


CARLOS AUGUSTO ZULUAGA RAMÍREZ
MAGISTRADO
(99-002-2020-00174-02)

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ - SALA CIVIL
SALA PRIMERA DE DECISIÓN
RAD. 110013103013201600485 02**

Bogotá D.C., veintiséis (26) de octubre del año dos mil veintiuno (2021).

**REF. PROCESO EJECUTIVO SINGULAR DE ARANJUEZ
CONSTRUCCIONES INMOBILIARIA S.A.S CONTRA INVERSIONES
SIBERIA S.A Y TABORDA VELEZ Y CIA. S. EN C.**

I.- ASUNTO

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación que el extremo ejecutado interpuso contra la providencia del 11 de diciembre de 2019, proferido por el Juzgado Trece Civil del Circuito de esta ciudad, mediante la cual se negó la solicitud de reducción de embargo.

II.- ANTECEDENTES

1.- Mediante proveído del 13 de septiembre de 2016, el juzgado de conocimiento libró mandamiento de pago a favor de Aranjuez Construcciones Inmobiliaria S.A.S en contra de Inversiones Siberia S.A y Taborda Velez CIA S EN C por la suma de \$3.204.345.000 correspondiente al capital contenido en el pagaré, \$94.274.872 por concepto de intereses de plazo sobre el título valor y, \$356.792.683 por concepto de intereses de mora sobre el capital, y los que se siguieran generando en adelante.

2.- Por autos calendados del 13 de septiembre de 2016, 1 de febrero de 2017 y 26 de febrero de 2019 se decretó: el embargo de bienes inmuebles, retención de dineros y embargo de derechos fiduciarios, cautelas que se limitaron a la suma de \$750.000.000 mcte, así mismo, el embargo de remanentes del producto de los bienes embargados y/o bienes que se llegaran a desembargar dentro de los procesos con radicado número 2016-00752 00 del juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá, 2015-00917 00 y 2016-02473 00 del Tribunal Administrativo de Antioquia Sala Cuarta de Decisión.

3.- El extremo ejecutado el 2 septiembre de 2019, presentó ante

el juzgado Trece Civil del Circuito de esta ciudad, solicitud de reducción de embargo dentro del proceso de referencia, y levantar la medida cautelar sobre los remanentes de los bienes embargados para “(...) no afectar negociaciones o acuerdos de pago en dichos procesos judiciales (...)”. Aunado, que considera que los embargos decretados superan el doble del crédito cobrado.

4.- Mediante auto del 11 de diciembre de 2019 el Juzgado resolvió negar la solicitud de reducción de embargo, tras concluir en base a la liquidación del crédito¹ “(...) el monto de lo embargado se encuentra por debajo del límite permitido por la normatividad procesal, por lo que la petición de desembargo debe desecharse desfavorablemente. (...)”.

5.- Inconforme con la anterior determinación, el ejecutado interpuso recurso de reposición en subsidio apelación, argumentando que según la liquidación del juzgado el valor de la deuda es de \$6.718.216.077mcte², sin embargo, indicó el monto de los bienes embargados supera los \$13.436.432.154 mcte, que sería el valor del doble de la deuda.

6.- El 02 de marzo de 2020, el *aquo* mantuvo incólume el proveído censurado y denegó la concesión de la alzada. Ello, al estimar que las medidas cautelares decretadas y efectivizadas no superan el doble del valor del crédito que se está cobrando, “(...) teniendo en cuenta que el Juzgado elaboró una liquidación, en la que se concluyó que el valor actual del crédito es de \$6.718.216.077 mcte (...)”³ igualmente, negó el recurso de apelación por considerarlo improcedente.

7.- Posteriormente el ejecutado interpuso recurso de reposición en subsidio queja, solicitando revocar la decisión proferida el 02 de marzo de 2020 la cual negó el recurso de apelación, argumentando que el despacho estaba desconociendo la norma procesal establecida en el artículo 321 numeral 8 del Código General del Proceso y lo ordenado por la Corte Constitucional en sentencia T-725 de 2014.

¹ Archivo: 01Expediente02MedidasCautelares01ExpedientedigitalizadoCuad2. Pag.432-433.

² Archivo: 01Expediente02MedidasCautelares01ExpedientedigitalizadoCuad2. Pag.432-433.

³ Archivo: 01Expediente02MedidasCautelares01ExpedientedigitalizadoCuad2. Pag.432-433.

8.- El 13 de enero de 2021 el juzgado de primer grado resolvió el recurso de reposición en subsidio queja en contra del auto del 2 de marzo de 2020, en el que reiteró el llamado al fracaso del recurso de reposición pues contra el auto que negó la reducción de embargos no procede la alzada, por lo tanto, mantuvo incólume el auto recurrido, concediendo la queja.

9.- Mediante providencia del 19 de mayo de 2021 esta Corporación, resolvió el recurso de queja interpuesto por la parte ejecutada, en la cual se indicó que el auto objeto de queja si era susceptible de apelación, por lo que concedió la queja y ordenó dar trámite al recurso de alzada que ahora ocupa la atención del despacho y que es del caso resolver previo a las siguientes,

III.- CONSIDERACIONES

1.- Sabido es que desde que se presente la demanda, el ejecutante podrá solicitar el embargo y secuestro de los bienes que denuncie como de propiedad del demandado (art. 599 C.G.P.), y aún en el curso del proceso conserva dicha facultad, a fin de que con el producto de los mismos se cancele el crédito a su favor, haciendo efectivo el derecho consagrado en el artículo 2488 del Código Civil, según el cual el patrimonio del deudor constituye la “[p]renda general del acreedor”, sin que ello quiera decir que el derecho de persecución del demandante sea absoluto.

2.- A voces del inciso 3º del artículo 599 de C.G. del P., *“el juez, al decretar los embargos y secuestros, podrá limitarlos a lo necesario; el valor de los bienes no podrá exceder del doble del crédito cobrado, sus interés y las costas prudencialmente calculadas, salvo que se trate de un solo bien o de bienes afectaros por hipoteca o prenda que garanticen aquél crédito, o cuando la división disminuya su valor o venalidad”*.

No ha de perderse de vista que la reducción de embargos tiene lugar, solo si, se tiene certeza de las medidas efectivamente ejecutadas, pues como bien lo advierte el artículo 600 ibídem, *“[e]n cualquier estado del proceso una vez **consumados** los embargos y secuestros, y antes de que se dije fecha para remate, el juez, a solicitud de parte o de oficio, cuando con fundamento en los documentos señalados en el*

cuarto inciso del artículo anterior considere que las medidas cautelares son excesivas, requerirá al ejecutante para que en el término de cinco (5) días, manifieste de cuáles de ellas prescinde o rinda las explicaciones a que haya lugar. **Si el valor de alguno o algunos de los bienes supera el doble del crédito, sus intereses y las costas prudencialmente calculadas, decretará el desembargo de los demás (...)**” (resaltado por la Sala).

3.- El juzgador de primer grado realizó liquidación del crédito de la que se obtuvo como resultado de la ejecución, la suma de \$6.561.119.077 mcte, más las costas las cuales se tasaron por un valor de \$157.000.000 mcte, más gasto de registro de \$97.000 mcte, para un total de \$6.718.216.077 mcte.⁴ De este modo, el valor de los bienes cautelados no podrá exceder del doble de dicho rublo, a saber, la suma de **\$13.436.432.154 mcte.**

4.- Conforme da cuenta el informe del Banco Agrario de Colombia, existen dineros retenidos por la suma de \$282.754.493,¹⁷⁵ mcte, sin que de las piezas procesales logre inferirse la existencia de dineros adicionales.

Amén de lo anterior, en el proceso se encuentran efectivizados el embargo y secuestro de los bienes identificados con matrícula inmobiliaria 50N-606039, 50C-1961640 y 100-186646; los que reflejan avalúos por las sumas de \$3.052.486.000 mcte; \$1.537.702.000 mcte y \$27.912.000 mcte correspondientemente.

Sin embargo el ejecutado es el titular del 50% de los anteriores bienes inmuebles, por lo que el valor real de los embargos es la suma de \$2.309.050.000 mcte.

Finalmente, también se duele el apelante del embargo de los derechos fiduciarios, sin embargo al revisar el dossier, el juzgado de primera instancia decretó el embargo de los rendimientos de éstos, conforme lo impera el artículo 1238 del Código de Comercio patrio, y de los que no se vislumbra la efectivización de estos.

⁴ Archivo: 01Expediente02MedidasCautelares01ExpedientedigitalizadoCuad2. Pag.432-433.

⁵ Página 428 del mismo archivo.

5.- Las anteriores premisas conducen a concluir que, los bienes cautelados en el presente asunto, no superan el doble del crédito, sus intereses y las costas prudencialmente calculadas, cuestión necesaria para proceder a la reducción de embargos que reclamó las sociedades ejecutadas, pues así lo demanda el ya mencionado artículo 600 del Código General del Proceso.

6.- Razón por la cual se confirmará la decisión adoptada por el juzgado de primer grado de calenda 11 de diciembre de 2019, toda vez que los bienes objeto de medida cautelar, las sumas de sus avalúos catastrales no superan ni exceden el doble del crédito, ya que la misma se perfeccionó en un 50% en cada uno de ellos, se reitera que no se tuvo en cuenta el peritaje realizado ya que la parte ejecutada no lo justificó.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR el auto del 11 de diciembre de 2019, proferido por el Juzgado Trece Civil del Circuito de Bogotá D.C.

SEGUNDO. Sin condena en costas en esta instancia ante la prosperidad del recurso.

TERCERO. Remítase la actuación al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



CARLOS AUGUSTO ZULUAGA RAMÍREZ

MAGISTRADO

(013-2019-00485-02)

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

Bogotá, D. C., veintiséis de octubre de dos mil veintiuno

Magistrado Ponente: **Germán Valenzuela Valbuena**

Radicado: 1100 1310 3040 2019 00329 02 - **Procedencia:** Juzgado 40 Civil del Circuito.
Proceso: William Antonio Villa Cano y otros. **Vs.** Coomeva Eps y otra.
Asunto: Apelación sentencia
Aprobación: Sala virtual Aviso No. 45– 2021.
Decisión: Confirma.

En cumplimiento a lo previsto en el artículo 14 del Decreto 806 de 2020¹, se resuelve por escrito el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 14 de diciembre de 2020, proferida por el Juzgado 40 Civil del Circuito de esta ciudad.

ANTECEDENTES

1. William Antonio Villa Cano, William Fredy Villa Ortiz, María del Pilar Villa Ortiz, Martha Cecilia Villa Ortiz y Cesar Augusto Villa Ortiz instauraron demanda en contra de Coomeva Eps S.A. y la Congregación de las Hermanas de la Caridad Dominicanas de la Presentación de la Santísima Virgen –Clínica Palermo-, con el propósito de que:

Se declarara civil y extracontractualmente responsables a las demandadas por el daño moral causado a los accionantes a consecuencia del fallecimiento de Ana Fidelia Ortiz de Villa. En consecuencia, sean condenados a pagar las sumas de dinero que en la demanda se apreciaron por concepto de perjuicios inmateriales.

2. Como fundamento de sus pretensiones, adujeron que:

¹ Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de la justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

Apelación Sentencia: 1100 1310 3040 2019 00329 02

a. Ana Fidelia Ortiz de Villa (esposa y madre de los demandantes), estuvo vinculada al sistema de salud por intermedio de Coomeva Eps S.A.

b. En la historia clínica se aprecia que el 10 de mayo de 2007 fue diagnosticada con colelitiasis y se le sugirió la toma de ecografía, examen que no se practicó oportunamente para descartar la patología y poder iniciar el respectivo tratamiento médico.

c. El 16 de septiembre de 2014 y a través de una ecografía hepatobiliar se ‘confirmó’ el diagnóstico de ‘cálculo de la vesícula biliar sin colecistitis’, pero no se dio orden para consulta con cirugía general, tampoco se adelantó la intervención quirúrgica pertinente. La paciente acudió en múltiples ocasiones en busca de atención adecuada para la sintomatología que presentaba sin que se ordenaran procedimientos para establecer los quebrantos de salud.

Las Ips y especialistas a los que era remitida se negaban a la prestación argumentando la ausencia de vínculo con Coomeva Eps porque ésta se atrasaba con los pagos, p. ej., el caso de una consulta con el sub especialista en gastroenterología.

d. La Eps por varios años diagnosticó y trató la sintomatología de Ana Fidelia Ortiz de Villa como una gastritis, lo cual era errado ya que en realidad cursaba con serios problemas en la vesícula e hígado que conllevaron al desarrollo de un cáncer agresivo que acabó con su vida.

Ante la falta de atención y el deterioro rápido en su salud, la enferma acudió a un médico particular quien la valoró y ordenó varios exámenes

Apelación Sentencia: 1100 1310 3040 2019 00329 02

de ayuda diagnóstica que arrojaron resultados y conclusiones alarmantes, diferentes a los brindados por la Eps por varios años.

e. El 26 de febrero de 2017 Ana Fidelia Ortiz de Villa acudió a la Clínica Palermo ya que presentaba un cuadro de aproximadamente 21 días de ictericia y otros síntomas; allí se adelantaron exámenes de laboratorio y Tac de abdomen con los que se concluyó que padecía de: un tumor de Klatskin con importante dilatación de la vía biliar; colelitiasis, con signos de colecistitis aguda; engrosamiento de las paredes del ciego que no descarta la presencia de proceso ‘neoplásico con cambios inflamatorios de la grasa alrededor del ciego’.

En la evolución de 3 de marzo de 2017 por la clínica demandada se hizo una derivación biliar con guía ecográfica y ‘fluoscópica’; estaba pendiente de una derivación ‘transparieto hepática’ que no se efectuó por falta de insumo. Reingresó al servicio de urgencias el 13 de marzo porque el cistoflo no estaba drenando; el 14 de marzo fue dada de alta, pero el 16 de marzo vuelve a acudir a urgencias porque se tapó el dren.

f. El 18 de marzo de 2017 se indicó en la historia clínica que la paciente requería de valoración por cirugía hepatobiliar ‘servicio que no se oferta en la institución’ y se inició trámite de remisión, pero su estado de salud seguía deteriorándose. El 2 de abril de 2017 la paciente falleció en la Clínica Palermo sin recibir la atención médica adecuada pues no fue enviada a una institución que contara con el especialista en cirugía hepatobiliar.

3. Las demandadas fueron legalmente notificadas y dentro del término legal contestaron la demanda, se opusieron a las pretensiones, efectuaron

llamamientos en garantía y formularon las siguientes excepciones de mérito:

3.1. Por parte de Coomeva Eps S.A.:

Excepciones: obligación de medio a cargo de los médicos y las entidades de salud; riesgo inherente y patologías de base; inexistencia de causalidad y de atribución del daño; inexistencia de culpa y de reproche ‘culpabilístico’; cumplimiento de obligaciones por parte del asegurador Coomeva Eps. Exoneración de responsabilidad por el hecho de otro; división de la responsabilidad; culpa exclusiva de la víctima; y excesiva tasación de perjuicios.

En resumen y adicional a la copiosa jurisprudencia que se citó, frente al caso en particular adujo que sus obligaciones se concentran en autorizar los servicios y medicamentos comprendidos dentro del plan de salud y la prestación se hace por medio de una red que se encarga de la atención como tal, por lo que no puede ser responsable sobre el actuar de los profesionales en medicina que participaron en el diagnóstico y tratamiento.

Agregó que la paciente, entre el 10 de mayo de 2007 al 16 de septiembre de 2014, asistió 3 veces al cirujano general, sin que refiriera ningún síntoma en referencia a la colelitiasis, además fue atendida 92 veces en las Ips siendo tratadas sus patologías de base. Cuando ingresó a la Clínica Palermo se brindó el acceso al servicio que requería donde se gestionó el traslado para la cirugía hepatobiliar pero los familiares refirieron que el mismo debía darse en Bogotá y no aceptaron la remisión al Hospital San Vicente Fundación Rionegro (Antioquia).

3.2. Por parte de la Congregación de las Hermanas de la Caridad Dominicanas de la Presentación de la Santísima Virgen –Clínica Palermo-.

Defensas: inexistencia de los elementos propios de la responsabilidad; inexistencia de una actuación culposa y/o negligente por parte de la Clínica Palermo; apreciación del acto médico –naturaleza de las obligaciones médico-asistenciales; ausencia de solidaridad; culpa exclusiva de la víctima; hecho de un tercero; y extralimitación de la pretensión indemnizatoria.

El fundamento de las excepciones lo hizo consistir en que la atención brindada, como la actuación del equipo en salud de la clínica fue oportuno y de alta calidad, ya que se identificó el motivo de malestar de la paciente en un tiempo corto, pero no podía darse una solución definitiva porque no se tiene habilitado el servicio de cirugía hepatobiliar. Adicionó que ninguna injerencia se tuvo en el proceso de consecución de una Ips que aceptara la remisión de la enferma, traslado que no fue aceptado por sus familiares al Hospital San Vicente Fundación Rionegro.

4. En el presente caso las entidades demandadas se llamaron en garantía entre sí, pero además se vinculó a Allianz Seguros S.A.², aseguradora que coadyuvó las excepciones que invocó su llamante y sumó las siguientes: Coomeva Entidad Promotora de Salud cumplió con las cargas y obligaciones que legalmente le corresponde asumir en su calidad de entidad promotora de salud; ausencia de culpa o mala praxis en la atención médica suministrada a la señora Ana Fidelia Ortiz de Villa; ausencia de nexo causal entre la atención médica suministrada a la señora Ana Fidelia Ortiz de Villa por parte de los demandados y el daño cuya

² Fue llamada en garantía por Coomeva Eps S.A.

Apelación Sentencia: 1100 1310 3040 2019 00329 02

indemnización reclama la parte actora; inexistencia y/o sobre estimación de los perjuicios cuya indemnización reclama la parte actora.

Frente al contrato de seguro alegó: falta de legitimación en la causa por activa; la cobertura otorgada por las pólizas emitidas por Allianz Seguros S.A. se circunscriben a los términos de su clausulado; la responsabilidad de la aseguradora se encuentra limitada al valor de la suma asegurada; aplicación de la limitación de responsabilidad por razón del deducible a cargo del asegurado; y prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro.

LA SENTENCIA APELADA

1. Para negar las pretensiones de la demanda la juez a-quo indicó que las Eps brindan los servicios en salud directamente o por medio de su red prestadora, por lo que la desatención contractual genera responsabilidad.

Posteriormente y después de hacer referencia a las pruebas practicadas, destacó que la atención otorgada a Ana Fidelia Ortiz de Villa en la Clínica Palermo, entre el 26 de febrero y 2 de abril de 2017 (día de su deceso), fue adecuada y se desplegó con el objetivo de contrarrestar las dolencias que padecía, pese a no contarse con la especialidad hepatobiliar que era la requerida. Al efecto manifestó que hubo *“multiplicidad de controles médicos, exámenes físicos, de laboratorios, resonancias magnéticas, TAC, revisión por distintos especialistas en oncología, cirugía general, gastroenterología, atención por enfermería, catéteres, drenajes, suministro de medicamentos, monitoreo continuo y estancia en la UCI, entre otros servicios asistenciales brindados en aproximadamente un mes y 8 días, que dan cuenta de la urgencia, premura, oportunidad y prioridad con que se atendió el estado de salud*

Apelación Sentencia: 1100 1310 3040 2019 00329 02

de la paciente”; que incluso los accionantes mostraron una actitud de agradecimiento respecto al servicio ofrecido.

2. En lo que respecta a la gestión para el traslado de la usuaria en salud a una institución que contara con la especialidad hepatobiliar, precisó que las demandadas coincidieron en decir que no fue posible encontrar en Bogotá una entidad que ofertara el servicio y que recibiera a la enferma, ya fuera por razones de cupo, ausencia del nivel de complejidad o no contar con el profesional requerido, situación que *‘escapó de las manos’* de las convocadas pues *‘ninguna responsabilidad puede atribuírseles por no haber encontrado un experto hepatobiliar, menos cuando las declaraciones técnicas recaudadas concuerdan en que en el país son escasos los médicos que tienen esa especialidad’*.

Que de todos modos se logró contactar al Hospital San Vicente Fundación Rionegro –Antioquia- y éste aceptó el traslado de Ana Fidelia Ortiz de Villa pero sus familiares se rehusaron por lo riesgoso del viaje terrestre en ambulancia, lo que *‘puede resultar razonable de cara al estado de salud, a la situación propia de querer ver a su mamá en las mejores condiciones’*, pero sí se obtuvo la remisión. Incluso -sigue la juez-, los profesionales en salud que rindieron su declaración expusieron que la cirugía requerida era muy grande, que necesitada de 2 o 3 meses de preparación, que el cáncer no estaba controlado y el riesgo de muerte era inminente, por lo que el traslado no aseguraba la recuperación de la paciente.

3. Por último y sobre el alegado error de diagnóstico, expuso que éste no es suficiente para que el daño sea resarcible, comoquiera que para tal efecto debe tratarse de un yerro grave e inexcusable.

Al descender al caso y específicamente a los servicios otorgados antes de que la usuaria acudiera a la Clínica Palermo, hizo referencia a las atenciones brindadas entre los años 2007-2017 para después considerar que aunque la diagnosis no fue precisa ni certera frente al síntoma de dolor abdominal, no se demostró que esa falencia fuera de carácter culposo o *‘por errores protuberantes o manifiestamente negligentes por parte de los médicos que entre los años 2007 y principios del 2017 atendieron a la paciente’*, máxime que para una conclusión de semejante magnitud era necesaria la existencia de una prueba técnica que no obra en el proceso. Que ante todo, los testigos técnicos señalaron que la patología no era que se descubriera de primera mano, sino en un estado avanzado.

LA APELACIÓN

1. Los reparos presentados por la parte demandante, sustentados ante el tribunal, son los siguientes:

1.1. Adujeron encontrarse demostrado que la atención dada a la paciente en Coomeva Eps S.A., fue deficiente y negligente, ya que no se diagnosticó en oportunidad el tumor de Klatskin pues:

- En su sentir algunos de los profesionales en salud declararon que para la fecha de los hechos, los avances científicos y tecnológicos permitían detectar de manera pronta esa patología.

- Se logra identificar el tumor cuando la prestación médica es adecuada y se ordenan exámenes de diagnóstico, como sucedió en el caso con la valoración realizada por un especialista particular, quien dispuso de análisis que fueron practicados en un corto tiempo y con los que se sugirió la presencia de colelitiasis, colangiocarcinoma y carcinoma

hepatocelular, resultados *'con valores extremadamente fuera de referencia, conclusiones alarmantes y diagnóstico distinto a los dados por más de una década en Coomeva E.P.S. S.A.'*, enfermedad que fue ratificada en el servicio de urgencias de la Clínica Palermo el 26 de febrero de 2017.

1.2. Que no se logró determinar la causa del dolor abdominal, vómito y diarrea que por más de diez años consultó la usuaria, comoquiera que no se dispuso de ningún examen que determinara la causa de dicha sintomatología. Que si bien los expertos en medicina que brindaron atención destacaron que los síntomas no son propios de un tumor de Klatskin, aproximadamente en una década omitieron ordenar exámenes que permitieran identificar *'que estaba afectando la vía biliar de la paciente y cuál era la causa de dicha sintomatología'*.

Que la tardía detección del tumor no se debió a que la enferma fuera asintomática, que no acudiera a la Eps u omitiera dar información al tratante. La historia clínica da cuenta de que Ana Fidelia Ortiz de Villa desde el 2007 consultó y comunicó sobre sus quebrantos de salud, los cuales se acentuaron a principios de 2016.

1.3. Que hubo falta de tratamiento adecuado a la colelitiasis diagnosticada, ya que no obstante haberse detectado en el 2007, la paciente falleció sin practicarse la colecistectomía laparoscópica ordenada en el 2014. (Se hace referencia a apartes de la historia clínica).

1.4. Que se presentó una ausencia de valoración por el especialista en gastroenterología.

Apelación Sentencia: 1100 1310 3040 2019 00329 02

1.5. Que hubo omisión en la valoración por el especialista en cirugía hepatobiliar.

1.6. Que debido a los síntomas, en octubre de 2016 se llevó a la paciente al servicio de urgencias de las entidades Mederi, San José, Cardio Infantil y Clínica de Occidente, donde no le prestaron servicio argumentando que no tenían convenio con Coomeva Eps, ya que ésta no realizaba los pagos correspondientes, lo que obligó a los familiares a acudir a una entidad particular.

1.7. Que la Clínica Palermo, el 18 de marzo de 2017 ordenó la remisión de la paciente a una Ips que contara con el servicio de cirugía hepatobiliar, pero solo fue aceptada hasta el 24 de marzo por el Hospital San Vicente Fundación Rionegro, a pesar de que: a) el estado delicado de salud hacía inviable el traslado; b). En Bogotá existen instituciones que contaban con la especialidad; c). Según la versión de William Fredy Villa Ortiz (familiar), había la posibilidad de remisión a la Fundación Cardioinfantil, pero una vez se tuvo conocimiento que la aseguradora era Coomeva E.P.S., se declinó por aquella. Que por ende, el rechazo de los familiares de la remisión al Hospital San Vicente Fundación Rionegro no se trató de un capricho.

Y que el testimonio de Linda Karina Pulido Monsalve da cuenta de que la demandada tiene una reducida red de prestadores, y que se demora incluso en contestar correos electrónicos o llamadas que se ‘hacen en desarrollo de un proceso de referencia y contra referencia’, presentándose situaciones en las que para un traslado pasan meses, lo que denota que en el caso la tardanza no fue algo especial, sino que es frecuente, gestión que solo se adelantó los días 27 y 28 de marzo de 2017.

2. Frente a la Congregación de las Hermanas de la Caridad Dominicanas de la Presentación de la Santísima Virgen, se repara en que la sentencia es errada al concluir que el trato cordial recibido descarta la negligencia en el servicio médico, desconociéndose:

2.1. Que el 26 enero de 2017 se dispuso consulta con especialista en gastroenterología y de acuerdo con lo declarado por la demandante María del Pilar Villa Ortiz, la Clínica Palermo comunicó que no había agenda, debiendo esperar para el mes siguiente, instrucción a la cual atendieron; que se volvieron a contactar en febrero de 2017, momento en el que les fue indicado que ya no se tenía convenio con Coomeva E.P.S., todo pese a que existía contrato vigente entre las demandadas, hecho que se prueba con las declaraciones de sus representantes legales.

2.2. Que desde el primer ingreso el 26 de febrero de 2017, el estado de salud de quien falleció era delicado y se sabía que requería de valoración por especialista en cirugía hepatobiliar, pero la clínica omitió ordenar de manera oportuna la remisión a una institución que contara con tal prestación; la decisión se adoptó hasta el 18 de marzo de 2017 para cuando la paciente se encontraba en grave deterioro.

2.3. Que el 4 de marzo de 2017 se practicó una derivación hepatobiliar transparietohepática, con el fin de drenar la bilis al duodeno para reducir los niveles de bilirrubina en el organismo de la enferma; ese mismo día se dio salida a pesar de que uno de los riesgos de ese procedimiento es la obstrucción del ducto de drenaje, de allí que lo prudente era dejar a la paciente en observación por algún tiempo, mientras se verificaba que el drenaje había quedado bien insertado y funcional, para que cumpliera su propósito y garantizará la atención médica adecuada de la paciente, pero

el procedimiento no cumplió con su finalidad, debido a que el dren se obstruyó dos veces por lo espeso de la bilis.

CONSIDERACIONES

1. Como primera medida y a fin de despejar el temario a verificar por el tribunal, se observa que algunos de los supuestos errores médicos que se aducen en el recurso de apelación corresponden a situaciones que no fueron denunciadas por los convocantes en su demanda, lo que de plano descarta que sean pasibles de abordarse en esta instancia, habida cuenta que la decisión de fondo de un litigio civil debe estar en consonancia con los hechos y pretensiones del escrito inicial, y también con las defensas que hayan sido propuestas y las que resulten probadas y sea dado reconocer oficiosamente.

Sobre el punto, la Corte Suprema de Justicia tiene establecido que “... *la actividad que cumple el funcionario investido de la potestad de administrar justicia, está regulada por cuatro vectores cuya conjugación delimitan o delimitan la misma: 1) las pretensiones de la demanda; 2) los hechos que la sustentan; 3) las excepciones invocadas por el demandado (cuando así lo exige la ley); y, 4) las excepciones que debe declarar de oficio*”. De allí que, prosigue, “*cuando el agente del Estado quebranta esos hitos, incursiona en predios que destellan un exceso de poder o un defecto del mismo; algunas veces, en la medida en que **decide sobre cuestiones no pedidas ó más allá de lo solicitado** o cuando deja de resolver sobre las pretensiones o excepciones aducidas; tal vicio [incongruencia], se estructura, igualmente, cuando el sentenciador desdeña pronunciarse sobre aspectos no enarbolados por las partes, pero que, por disposición legal, debían ser objeto de decisión oficiosa*”³.

³ Cas. Civ., 16 de diciembre de 2010, exp.1997 11835 01, citada en fallo de 15 de julio de 2013, Ref: Exp. 5440531030012008-00237-01.

En el caso concreto, analizados detenidamente los hechos de la demanda, narración de las circunstancias en que radica el conflicto que constituye la base para verificar la procedencia o no de las pretensiones, se tiene que, al margen del recorrido que se hace frente a la atención brindada a la familiar de los convocantes (que se efectuó con sustento en la historia clínica), las acusaciones y/o críticas que en su sentir daban lugar a una responsabilidad médica, se circunscribieron a los siguientes aspectos:

- i.* Que a la paciente Ana Fidelia Ortiz de Villa no se le practicaron exámenes de diagnóstico para confirmar o descartar la colelitiasis que se dictaminó el 10 de mayo de 2007; el 16 de septiembre de 2014 se ratificó la diagnosis de cálculos en vesícula, pero no se emitió orden para cirugía general *‘ni se le dio el tratamiento o practicó intervención quirúrgica pertinente’*.
 - ii.* Las Ips a las cuales la usuaria en salud era remitida por la Eps, se negaban a brindar la atención por ausencia de contrato, en específico para una consulta de gastroenterología.
 - iii.* Que por varios años se trató la sintomatología con un diagnóstico errado de gastritis, puesto que la paciente cursaba con serios problemas en la vesícula biliar e hígado que desencadenaron un cáncer agresivo.
 - iv.* Cuando la enferma acudió a la Clínica Palermo se diagnosticó el tumor de Klatskin, pero tenía pendiente una derivación *‘transparieto hepática’* que no se realizó por falta de insumos.
-

Apelación Sentencia: 1100 1310 3040 2019 00329 02

v. Que el 18 de marzo de 2017 en evolución médica de urgencias se hizo necesario el manejo y valoración por cirugía hepatobiliar, servicio que no era ofertado en la Ips demandada, por lo que se inició el trámite de remisión que no se hizo efectivo lo que generó que el estado de salud de quien luego falleció continuara ‘en deterioro progresivo e irreversible’; que al final de cuentas la paciente no fue remitida a otra institución que contara con dicha especialidad y no se dio el tratamiento médico adecuado.

Por tanto, los reproches que se formularon en el memorial de sustentación bajo los subtítulos de *‘omisión valoración por especialista en gastroenterología/vigencia de contrato con Coomeva Eps; estado de salud de la paciente a su ingreso al servicio de urgencia el 26-02-2017/requerimiento de especialista en cirugía hepatobiliar/ omisión orden de remisión; y ‘orden de salida del 4 de marzo de 2017 / actuación imprudente’*; se observa que no fueron el fundamento de las fallas médicas que arguyó la parte apelante en la demanda, reparos que, entonces, debieron proponerse desde el escrito inicial, pero como no se hicieron valer en aquél momento, abordarlos por vía del recurso de apelación atentaría contra el principio de congruencia, y de contera, contra el derecho de contradicción y defensa del extremo demandado.

El parámetro para estudiar la errada *praxis* que se reclama, viene dado no tanto por lo que se pretenda en la apelación y la semántica que allí se utilice, como por el contenido de la demanda, pues nuestro sistema procesal no concibe la posibilidad, como lo hacen en otras latitudes, de introducir nuevos hechos y/o aclarar su alcance en el trámite de la

Apelación Sentencia: 1100 1310 3040 2019 00329 02

segunda instancia⁴, ya que acá es paradigmático el principio de congruencia en los exactos términos del actual art. 281 Cgp⁵.

2. Delimitado el campo de competencia de la sala, se confirmará el fallo apelado, toda vez que sus fundamentos probatorio y jurídico están acordes con el caso en concreto y con lo que muestra el expediente, específicamente porque no aparece acreditado: (i) el nexo causal entre las omisiones denunciadas y la muerte de Ana Fidelia Ortiz de Villa, en cuyo sustento se presentó el reclamo indemnizatorio, en concreto no se demostró el alegado error de diagnóstico, y (ii) la negligencia médica que los demandantes le atribuyeron a su contraparte. En efecto:

2.1. Tratándose de la denominada responsabilidad médica se pueden apreciar ciertos presupuestos estructurales cuales son el daño, la culpa del presunto responsable y el nexo de causalidad entre aquél y ésta. El estudio de la culpa como fundamento subjetivo de atribución de responsabilidad resulta de especial relevancia dado que generalmente el incumplimiento de las obligaciones contractuales adquiridas por los centros de atención médica y los profesionales de la salud a ellos vinculados, ha de ser culposo para que pueda predicarse responsabilidad; y la conducta del agente causante del daño también debe estar revestida de impericia, imprudencia, negligencia o dolo, para que pueda haber imputación.

Entonces, en línea de principio, para la prosperidad de una demanda en la que se persigue la declaratoria de responsabilidad médica, ha de probarse

⁴ v.gr. en el francés –en todo caso de manera restringida [arts. 563-566 *Code de Procédure Civile*]-

⁵ “el juez, al momento de proferir sentencia, debe plegarse racionalmente a los términos del litigio, tal como le fue planteado por las partes en los distintos escritos que tienen alcance de postulación (demanda y su reforma, contestaciones, fijación del litigio, etc.), los cuales, bien se sabe, dibujan las fronteras del pronunciamiento judicial, estereotipado –en el punto– por el principio dispositivo, de suerte que todo desbordamiento de tales límites se estima como vicio in procedendo...todo sin perjuicio, claro está, de las facultades que, en determinados aspectos, le confiere el legislador”. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 18 de diciembre de 2006. Exp. 2000-00460-01.

Apelación Sentencia: 1100 1310 3040 2019 00329 02

por el accionante que existió un contrato de prestación de servicios de salud que vinculó a las partes en litigio; que las obligaciones de medio contraídas por el extremo demandado fueron deshonradas de manera culposa; que dicha infracción negocial le originó una lesión; y que existe un lazo causal entre dicho incumplimiento y el daño irrogado⁶, presupuestos que en el *sub judice* no se satisfacen, como a continuación se explica.

2.2. El principal soporte de las aspiraciones procesales, y, en estricto, del recurso, se concentran en un alegado error de diagnóstico por parte del personal médico con el que Coomeva Eps S.A. contrató⁷, puesto que en sentir de los apelantes durante los años 2007-2017 la enferma presentó síntomas de dolor, vómito y diarrea que daban lugar a la realización de exámenes que de haberse efectuado permitían una detección antelada del tumor de Klatskin que finalmente se dictaminó.

Pues bien, bajo los particulares términos en mención se sigue que el éxito del reproche estaba sujeto a que los apelantes hubieran acreditado, con la certeza del caso, que de conformidad con la *lex artis ad hoc*, la sintomatología que presentó Ana Fidelia Ortiz de Villa (dolor de estómago, vómito y diarrea) exigía una labor de diagnosis más rigurosa de la que efectuaron los galenos, pero además, que de haberse atendido a la paciente en esa hipotética forma menguarían las complicaciones que ocasionaron su deceso el 2 de abril de 2017.

Sobre el punto, la jurisprudencia ha sentado que “*el diagnóstico, es una tarea compleja, en la que el médico debe afrontar distintas dificultades,*

⁶ “indispensable es demostrar sus elementos, en particular el acto o hecho dañoso, imputable a título de dolo o culpa, el daño y la relación de causalidad, cuya carga probatoria corresponde al demandante, sin admitirse ‘un principio general encaminado a establecer de manera absoluta una presunción de culpa de los facultativos’ CSJ casación civil del 8 de agosto de 2011 (exp. 2001 00778).

⁷ En este aparte no se efectuó ningún tipo de cuestionamiento frente a actos u omisiones atribuibles a la Clínica Palermo.

Apelación Sentencia: 1100 1310 3040 2019 00329 02

como las derivadas de la diversidad o similitud de síntomas y patologías, la atipicidad e inespecificidad de las manifestaciones o sintomáticas, la prohibición de someter al paciente a riesgos innecesarios, sin olvidar las políticas de gasto adoptadas por los órganos administradores del servicio. Así por ejemplo, la variedad de procesos patológicos y de síntomas (análogos, comunes o insólitos), difíciles de interpretar, pueden comportar varias impresiones diagnósticas que se presentan como posibles (...) y, en tal medida, como la ciencia médica ni quienes la ejercen son infalibles, ni cosa tal puede exigírseles, sólo los yerros derivados de la imprudencia, impericia, ligereza o del descuido de los galenos darán lugar a imponerles la obligación de reparar los daños que con un equivocada diagnosis ocasionen (...). En todo caso, y esto hay que subrayarlo, ese error debe juzgarse ex ante, es decir, atendiendo las circunstancias que en su momento afrontó el médico, pues es lógico que superadas las dificultades y miradas las cosas retrospectivamente en función de un resultado ya conocido, parezca fácil haber emitido un diagnóstico acertado”⁸.

Ahora bien, ante la notoria dificultad que se presenta en la apreciación de situaciones como la acá litigada, dado que el juez no tiene la condición de especialista en temas médicos, se ha dicho que “cuando de asuntos técnicos se trata, no es el sentido común o las reglas de la vida los criterios que exclusivamente deben orientar la labor de búsqueda de la causa jurídica adecuada, dado que no proporcionan elementos de juicio en vista del conocimiento especial que se necesita, por lo que a no dudarlo cobra especial importancia la dilucidación técnica que brinde al proceso esos elementos propios de la ciencia (...). En otras palabras, un dictamen pericial, un documento técnico científico o un testimonio de la misma índole, entre otras pruebas, podrán ilustrar al juez sobre las

⁸ CSJ., sent. de 26 de noviembre de 2010, citada posteriormente en sentencia SC3253-2021 de 4 de agosto de 2021. Radicación 08001-31-03-2010-2010-00067-01.

Apelación Sentencia: 1100 1310 3040 2019 00329 02

reglas técnicas que la ciencia de que se trate tenga decantadas en relación con la causa probable o cierta de la producción del daño que se investiga”⁹.

Ya en el *sub lite*, pese a que es cierto que la paciente presentó los síntomas que se refieren en las fechas que se describen en la apelación (hecho que se demuestra con la historia clínica), en el caso no existe ninguna prueba elaborada por un experto en medicina y en detalle por la especialidad de la cirugía hepatobiliar, que conceptuara en punto a que el dolor de estómago, vómito y/o diarrea fuera una sintomatología directamente asociada a un tumor de Klatskin, y que bajo los postulados de la *lex artis* se conceptuara que previa auscultación de la enferma fuera imperativo realizar exámenes para descartar la presencia del colangiocarcinoma que luego se descubrió y fue concurrente en la causa del deceso que motiva la demanda.

Es decir, no hay medio de juicio atendible respecto a la existencia del llamado error inexcusable que ha catalogado la jurisprudencia, que se traduce en un yerro protuberante en la diagnosis por parte del médico tratante, completamente discordante con la actividad que asumiría un profesional en salud que se encontrara frente a los particulares padecimientos de los que se quejaba Ana Fidelia Ortiz de Villa.

En otras palabras: la definición de la contienda corresponde a situaciones que encarnan aspectos propios de la ciencia médica, controversia de tal magnitud que escapa a los conocimientos directos que son esenciales al ejercicio de la judicatura, lo que acentuaba la obligatoria necesidad de contar con una prueba pericial y/o concepto técnico en el que se determinara cuáles eran los procedimientos, exámenes y/o pasos que

⁹ CSJ, sent. de septiembre 26 de 2002, exp. 6878.

Apelación Sentencia: 1100 1310 3040 2019 00329 02

debían seguirse para tratar los dolores de estómago y demás manifestaciones que fueron los motivos específicos de las dolencias, para así saber si la falta de análisis para descartar la presencia de un tumor de Klatskin, en verdad era una actuación que en atención al estado de la medicina debieron agotar los especialistas; pero como ese elemento demostrativo no existe en el plenario y su acopio debió hacerse a iniciativa de los accionantes, en quienes radicaba la carga de la prueba, es imposible determinar si se presentó el yerro en el diagnóstico.

Pero es que además la verificación de la acusada falencia médica no puede apoyarse en el examen posterior que se realizó en una institución particular (*ex post*), pues aunque de esa circunstancia pareciera, eventualmente, que en realidad se habrían omitido estudios adicionales por parte del personal de salud que conoció de la situación de la paciente, para la Sala esa posibilidad, como lo determinó el a-quo, no constituye una omisión que por sí sola esté desprovista de las vicisitudes y particularidades que ha desarrollado la jurisprudencia para que se pueda hablar de un error de diagnóstico.

No se trata tanto del análisis pertinente que se debe agotar para constatar la presencia de cierta afección y/o patología, como parece entenderlo el extremo impugnante, sino que la señales que el cuerpo humano exterioriza en determinadas situaciones estuvieran vinculadas, conforme a la literatura médica y en general a la *lex artis*, a las enfermedades que no se detectan en tiempo por culpa de los profesionales de esa área del conocimiento.

La sala en realidad no encuentra manera de concluir en qué medida el presunto yerro enlistado en la demanda configuraba una verdadera culpa profesional médica; similar conclusión cabe hacer en torno a la relación

de causalidad. Cómo poder afirmar, en efecto, con recurso a las reglas de la experiencia, del sentido común o de la ciencia, que en este caso hubo un error de diagnóstico cuando no se tiene certeza, según lo que se logró recaudar en la actuación, cuál hubiera sido, entonces, el tratamiento que era menester que las Ips contratadas por la demandada debieron ofrecer como una forma correcta de proceder, sobre lo cual no se puede acudir simplemente a lo que indique la lógica o el sentido común, en consideración a la complejidad que revela el caso.

Al respecto se impone destacar que para esclarecer la culpabilidad y la relación de causalidad en el asunto *sub examine* era imperioso que se emitieran juicios de valor sobre hechos revestidos de complejas connotaciones técnico-científicas dentro del campo de la medicina, lo que evidentemente hacía inviable que la causa se resolviera simplemente a partir de los conocimientos que -se presume- maneja el promedio de la población y a los que la ley remite al juez para sentar la existencia de los elementos de la responsabilidad en algunos casos, que no en todos. Y es que tal llamado se hace siempre y cuando sea válido establecer la existencia de los elementos de la responsabilidad no más que con recurso a los consabidos criterios meta-jurídicos, que se presupone conocen y manejan los funcionarios judiciales.

Lo anterior se traduce en que no es posible que el tribunal –ni el juez- determinen *motu proprio*, a partir de la historia clínica, que es lo que supone quien apela, los aspectos estrictamente científicos relacionados con la pertinencia, oportunidad y en general, con la calidad en la prestación del servicio médico, en una palabra: si estuvo o no acorde con el estado de la técnica médica (*lex artis*), pues los jueces no están versados en esas materias, máxime cuando, como acá, la situación

litigiosa involucra aspectos más especializados dentro de la medicina como lo inherente en concreto al cáncer en la vesícula biliar.

Así, entonces, no es este el caso en el que a partir de un mero raciocinio soportado en las reglas de la experiencia, del sentido común o de la lógica, pudiera llegar a emitirse una decisión válida en términos probatorios, porque las situaciones médicas planteadas en la demanda se refieren a hechos y omisiones dispersos en el tiempo y que revisten cierta complejidad. Por tanto, lo que informa la historia clínica y a la cual se ciñen los convocantes para justificar el error de diagnóstico, para el caso es una prueba que, por sí sola, carece del potencial para develar la ocurrencia de error, omisión o negligencia en la prestación del servicio médico.

Pero si del análisis de las pruebas recaudadas en el *sub judice* se trata, nótese que los médicos que atendieron a la paciente en la Clínica Palermo dijeron que el tumor que padeció Ana Fidelia Ortiz de Villa era de evolución rápida y que generalmente es detectado en fases avanzadas; el dolor de estómago, diarrea y vómito no se puede decir siempre que obedezcan a un problema biliar; que la patología es rara pero letal a la vez; que un dolor abdominal puede corresponder a cualquier cosa, etc., declaraciones técnicas que de plano descartan un *error culposo* en la indagación sobre los dolores de la enferma. En consecuencia, se tiene que del expediente no se percibe que, a la luz de la ciencia médica, era evidente que el estado de salud y la sintomatología que presentó la enferma ameritaba diagnósticos y tratamientos distintos a los que prescribieron los médicos que la asistieron antes de que acudiera a la Clínica Palermo.

Apelación Sentencia: 1100 1310 3040 2019 00329 02

2.3. En lo que respecta a los demás aspectos que se censuran en la alzada, esto es: que no se dio un tratamiento adecuado a la colelitiasis (cálculos en la vesícula biliar) ya que nunca se practicó la cirugía de colecistectomía laparoscópica; falta de valoración por el gastroenterólogo y el especialista en cirugía hepatobiliar (como la falta de remisión a una institución que contara con este servicio); los invocados problemas en la contratación por parte de Coomeva Eps S.A. y su corta red de prestación de servicios, precisa la sala que esas hipotéticas falencias en el servicio médico, en caso de haber existido, no darían lugar a la indemnización reclamada, habida consideración que no se vislumbra la forma en que estarían vinculadas al motivo del deceso de Ana Fidelia Ortiz de Villa, carga probatoria que, se repite, recaía sobre la parte demandante.

Sobre la causa específica del fallecimiento se tiene que el 30 de marzo de 2017 la señora Ortiz de Villa ingresó a la UCI de la Clínica Palermo cuando ya presentaba un cuadro infeccioso Colangitis Tokio III, choque séptico de origen biliar, derivados del cáncer detectado. El 2 de abril presentó paro cardio respiratorio y no se iniciaron maniobras de reanimación por voluntad de la familia. En la historia médica sobre el motivo de la muerte se hizo referencia a '*otras enfermedades derivadas especificadas de la vesícula biliar*', '*colangitis*' y '*septicemia, no especificada*'¹⁰. Respecto al deceso, el doctor Ítalo Cortés Gómez, quien atendió a la paciente en los ingresos al servicio de urgencias, destacó que la muerte fue por un cuadro infeccioso severo, que como lo explicaron los demás profesionales está descrito como una colangitis Tokio tipo III¹¹ de alta mortalidad¹². Es decir, no hay probanza alguna que dé cuenta de una relación directa entre las fallas que se denuncian y el motivo de la

¹⁰ Página 119 archivo 02HistoriayExámenesFolio36.

¹¹ Patología diferente a la Colelitiasis.

¹² Así lo precisó el dr. Julio Roberto Barrera (médico cirujano, especialista en medicina interna, médico epidemiológico con maestría en salud e infecciones del tóxico), quien además agregó que no creía que se hubiera podido ofrecer un tratamiento que le salvara la vida. De otro lado el galeno Jean Paul Espitia (médico general, especialista en medicina familiar) señaló que lo que se desencadenó fue el curso normal de la enfermedad.

Apelación Sentencia: 1100 1310 3040 2019 00329 02

muerte, espectro íntimamente ligado al nexo de causalidad que debe estar presente en todo juicio de responsabilidad.

De lo expuesto entiende la sala que lo que sucedió fue que la parte convocante presupuso (o de cualquier forma dio por sentada y cierta) la existencia de la culpa médica a partir de la muerte de su familiar, razonamiento que resulta manifiestamente anti técnico, pues debe saberse que en el derecho de daños el perjuicio puede aparecer –y en efecto así sucede a menudo en materia de responsabilidad médica- sin que medie culpa de una persona que tuvo participación causal en la actividad.

Lo anterior por cuanto la praxis médica en general, y por ende cada procedimiento, en mayor o menor medida, comporta riesgos y complicaciones inherentes de los cuales no podría hacerse responsables a los facultativos, y como en este caso el resultado se habría producido, no por el actuar de los galenos que participaron en la atención médica, sino ante lo súbito que resultó ser la muerte derivada del proceso infeccioso que cursó la enferma, producto del tipo especial de cáncer que padecía, entonces no hay reproche que bajo el campo de la responsabilidad médica deba hacerse a los profesionales, y por ende, a las personas jurídicas demandadas, habida cuenta que la simple existencia del perjuicio no admite en este caso que se presuponga que sobrevino necesariamente por culpa de los médicos, por lo que no existe el nexo causal necesario entre el daño y el actuar del extremo convocado.

Ha precisado la jurisprudencia que *“el nexo causal entre la conducta imputable al demandado y el efecto adverso que de ella se deriva para el demandante, debe estar debidamente acreditado (...), pues la responsabilidad supone la inequívoca atribución de la autoría de un hecho que tenga la eficacia causal suficiente para generar el*

Apelación Sentencia: 1100 1310 3040 2019 00329 02

resultado”¹³, a lo que se suma que “para establecer la relación de causalidad entre la falta y el mal será preciso probar que la acción u omisión ha sido precisamente la causa que ha contribuido esencialmente a la realización del mal, que con otro tratamiento el enfermo no habría muerto ni había sido víctima del daño aun en las condiciones urgentes y desfavorables en que se encontraba y que hacía necesaria una inminente intervención y, por fin, que el facultativo pudo y debió prever las fatales consecuencias del caso, como resultado de haber cometido una falta”¹⁴.

Para ahondar en razones y en lo que concierne a la no remisión de Ana Fidelia Ortiz de Villa a un centro hospitalario que prestara el servicio de cirugía hepatobiliar, comporta destacar que en el evento de haberse logrado ese traslado, en todo caso tal cambio de sede no garantizaba que la paciente fuera a sobrevivir a la fuerte enfermedad que cursaba, pues al efecto los testigos técnicos dijeron que:

El médico Ítalo Cortés Gómez señaló que no consideraría que la muerte se dio por la falta de remisión, puesto que en el momento ya presentaba el cuadro infeccioso, que un cirujano hepatobiliar no iba a dar más y la valoración por éste tenía fines paliativos.

El profesional Jean Paul Espitia adujo que el especialista hepatobiliar tenía un papel, pero no era 100% lo que la paciente necesitaba, puesto que no era el tratamiento definitivo.

Julio Roberto Barrera describió que quien murió tenía un tumor muy raro y la vida de estos pacientes es de meses, que la cirugía no era un procedimiento sencillo y no creía que existiera un proceso curativo

¹³ CSJ., sent de junio 23 de 2005, exp. 058

¹⁴ ACOSTA RAMÍREZ, J. Vicente. *De la Responsabilidad Civil*. Ed. Jurídica de Chile, Santiago. 1990, p. 257.

posible: *‘el hepatólogo a mi juicio no hubiera cambiado nada’*, además que se necesitaba de la posibilidad técnica de operar. En el mismo sentido el galeno Eduardo Rodríguez¹⁵, dijo que el pronóstico no era favorable; el tumor no era quirúrgico, y el caso era más paliativo que curativo.

Por mostrarse equilibrados, conformes y congruentes tales declarantes — que para el caso constituyen testimonios técnicos-, pese a que ninguno tiene la calidad de hepatólogo, pero que son las personas que en el caso estaban más capacitadas para dar un juicio de valor, adquieren una importancia significativa en el esclarecimiento de los hechos y dan cuenta de que la remisión en dado caso no garantizaba la preservación de la vida. Ello porque se trata de profesionales, que dados sus conocimientos, estaban en condiciones de ilustrar la causa con interpretaciones sobre esa particular situación clínica, y en general, sobre las áreas de la medicina en la que cada uno de ellos se desenvuelve. Es así que a partir de sus explicaciones en realidad hay lugar a descartar la falla médica que concentra una parte de los reproches del apelante.

3. En consecuencia de todo lo dicho, el expediente está desprovisto de elementos de juicio que respalden las aseveraciones contenidas en la demanda y reiteradas en la apelación en punto a la existencia del hecho generador del daño ocasionado por una mala praxis médica, por lo que la sentencia será confirmada y se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante.

DECISIÓN

¹⁵ Médico cirujano, especialista en medicina familiar.

Apelación Sentencia: 1100 1310 3040 2019 00329 02

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., en Sala de Decisión Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la sentencia proferida el 14 de diciembre de 2020 por el Juzgado 40 Civil del Circuito de Bogotá. Costas a cargo de la parte apelante. El magistrado sustanciador fija como agencias en derecho de segunda instancia la suma de \$1.000.000. Liquídense (art. 366 Cgp). Devuélvase el expediente.

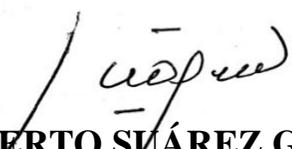
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



GERMÁN VALENZUELA VALBUENA

Radicado: 1100 1310 3040 2019 00329 02



LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

Radicado: 1100 1310 3040 2019 00329 02



JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO

Radicado: 1100 1310 3040 2019 00329 02

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

**MAGISTRADO SUSTANCIADOR
LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Bogotá D. C., veintiséis de octubre de dos mil veintiuno

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra el auto proferido el pasado diecinueve de agosto por el que el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de esta ciudad aplicó la figura del desistimiento tácito regulado por el artículo 317 del Código General del Proceso.

ANTECEDENTES

1. Mediante auto del diecinueve de agosto de la presente anualidad se decretó la terminación del proceso por desistimiento tácito al encontrarse configurados los presupuestos establecidos en el literal b del numeral 2 del artículo 317 del Código General del Proceso.

2. Contra la determinación anterior, el representante judicial del extremo actor enfiló recurso de apelación, esgrimiendo que no se indicó la fecha a partir de la cual se contabilizó el lapso de dos años ni se tuvo en cuenta que se interrumpió el término con las anotaciones efectuadas el veintidós de febrero de dos mil diecinueve y el treinta y uno de mayo de dos mil veintiuno, junto con las suspensiones decretadas por la pandemia, medio de impugnación que fue concedido y que se procede a resolver, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

1. En la legislación patria se estableció la figura del desistimiento tácito de la demanda, del llamamiento en garantía, del incidente o de cualquiera otra actuación, cuya declaratoria trae como consecuencia la terminación del proceso o de la respectiva actuación, como sanción para el sujeto que lo promovió, por el incumplimiento de sus cargas procesales dentro del tiempo previsto en la ley.

2. El literal b del numeral 2° del artículo 317 del Código General del Proceso, destaca que la paralización de un proceso por un lapso superior a dos años para actuaciones que cuentan con sentencia ejecutoriada a favor del demandante o auto que ordena seguir adelante con la ejecución, permite declarar la terminación por desistimiento tácito, parámetro en virtud del cual, de una lectura aislada, podría concluirse que la directriz trazada por el legislador para finiquitar el proceso es de estricto talante objetivo, en virtud de la cual bastaría la parálisis del juicio durante dos años con posterioridad a la última actuación para darle fin al mismo, conclusión que, en cierta medida, guarda concordancia con lo que pareciera ser la finalidad de la codificación adjetiva, esto es, castigar de forma categórica las eventualidades que dan origen a la detención de un trámite determinado, interpretación que, no obstante, atiende solamente el tenor literal, por demás restringido, de la norma.

En efecto, no puede dejarse de lado que la sanción prevista en la norma procesal cumple, claramente, una finalidad de castigo a quien, de forma desidiosa, permite el anquilosamiento de la actuación, afectando la correcta administración de justicia, cuadro frente al que el ordenamiento jurídico responde con la finalización de

esa gestión, supuesto que, aparentemente, se pinceló desde una perspectiva objetiva, en la que la conducta de las partes no se nombra.

3. Escrutada la documental adosada al legajo constató el Tribunal que por un tiempo superior a dos años, contados a partir del veintidós de febrero de dos mil diecinueve¹ data en la que se allegó un memorial por parte del Juzgado Veintiuno Civil del Circuito de esta urbe en el que se puso en conocimiento que la Subgerencia Administrativa y Financiera de la Empresa Municipal de Acueducto, Alcantarillado y Aseos de Funza declaró terminado el proceso administrativo coactivo y se levantó la cautela de los remanentes ordenada dentro de esta causa, hasta el momento en que se decretó la terminación del proceso por desistimiento tácito, esto es, el diecinueve de agosto de dos mil veintiuno², no existió un pronunciamiento frente a aquel particular ni se efectuó intervención alguna por el demandante en procura de que se impulsara el proceso, ora por actualizar el crédito o por reclamar el decreto de otras cautelas, circunstancia que, sin necesidad de mayor análisis, se muestra como suficiente para confirmar la decisión atacada, ante la concurrencia del requisito de inactividad del contradictorio.

4. Ahora bien, en lo que dice relación con la anotación efectuada en el sistema siglo XXI el treinta y uno de mayo de dos mil veintiuno de “inventario”, se advierte que ese argumento no tiene vocación de triunfo pues dicha anotación obedece a un trámite secretarial realizado por el despacho de conocimiento, el que valga decirlo, no goza de entidad para que se contabilice de nuevo el lapso referido en el canon 317 del estatuto procesal civil ya que tal y como lo afirmó la H. Corte Suprema de Justicia “[...] la «actuación» que valdrá será entonces, la relacionada con las fases siguientes a dicha etapa,

¹ Páginas 94 a 97 del Cdno 2

² Página 295 del Cdno 1

como las «*liquidaciones de costas y de crédito*», sus actualizaciones y aquellas encaminadas a satisfacer la obligación cobrada [...]»³ las que en el caso bajo análisis no se realizaron.

5. Así las cosas, como el estudio se realiza desde la última actuación, esto es, la calendada veintidós de febrero de dos mil diecinueve, se tiene que aquel culminó el veintidós de mayo de la anualidad que transcurre al sumársele 5 meses por la suspensión de términos ordenada por el Consejo Superior de la Judicatura por virtud de la emergencia sanitaria producida por el brote del virus COVID 19, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 2 del Decreto 564 de 2020, de donde fluye que se superó el lapso de dos años previsto en la ley de inactividad, razones por las que se confirmará la decisión cuestionada.

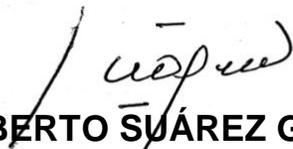
De acuerdo con lo expuesto, la Sala Civil del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D. C.,

RESUELVE

CONFIRMAR el auto de fecha y procedencia pre anotadas.

Sin costas.

Notifíquese.


LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ
Magistrado

11001310303720140035001

³ Corte Suprema de Justicia STC 11191- 2020 en la que se citó a las STC4021-2020 y STC9945-2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

MAGISTRADO:
LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

Bogotá D.C., once de octubre de dos mil veintiuno

Sería del caso seguir con el trámite de rigor, si no fuera porque se advierte la existencia de una causal de nulidad que lo imposibilita. En efecto, en memorial radicado el 24 de mayo de 2021 –un día antes de la audiencia de instrucción y juzgamiento– el apoderado de Cootransbol Ltda, José Mario Torres Álvarez y Mery Hernández Hernández, puso en conocimiento de la autoridad de primer grado el fallecimiento de esta última, aportando copia de su registro civil de defunción, circunstancia que no obtuvo pronunciamiento alguno de la funcionaria y, por el contrario, emitió fallo sin resolver sobre aquella temática.

De cara al contexto descrito, cumple recordar que el derecho de defensa y debido proceso se garantizan en un juicio en tanto las partes tengan cabal conocimiento de los hechos y pretensiones que se dirigen en su contra, garantía fundamental que, en principio, encuentra plena satisfacción con la notificación personal del auto admisorio de la demanda o del mandamiento de pago, según fuere el caso, habilitándolo para ejercer la contradicción y hacer valer sus derechos

tanto sustanciales como procesales. Pero también existen escenarios distintos en los que el acto de publicidad no requiere de ese ritual, como cuando la parte fallece estando ya enterada del proceso, hipótesis que se refleja en el artículo 69 del Código General del Proceso, el cual dispone que, en presencia de la contingencia que acá se analiza, “el proceso continuará con el cónyuge, el albacea con tenencia de bienes, los herederos o el correspondiente curador”, quienes, conforme lo prevé el artículo 71 *ib.*, lo “tomarán...en el estado en que se halle al momento de su intervención”, en aplicación de la “irreversibilidad del proceso”.

De todas maneras, tal y como lo ordena la ley procesal, la continuación del contradictorio requiere de la intervención de las personas que tengan esa calidad respecto del fenecido, lo que impone el adelantamiento de la actuación necesaria para su formal convocatoria al debate, perspectiva que explica que el artículo 133.8 adjetivo consagre como causal de anulación la falta de comunicación del juicio a las personas “que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena” (acaso que se hace patente en este juicio). Por ende, es menester su implementación, sin que sea posible llevar a cabo el trámite consignado en el artículo 137 del Código General del Proceso, puesto que, ante la necesidad del emplazamiento de los herederos indeterminados, no es factible procurar la gestión que allí se regula ni predicar su eventual saneamiento.

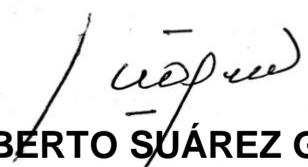
Consonante con lo anotado, si bien la señora Mery Hernández Hernández estaba representada mediante apoderado judicial, la obligatoriedad de la citación de sus continuadores ordenada en el artículo 71 adjetivo, permite concluir que la consecuencia lógica y

natural de su deceso, sea la interrupción del juicio para que se adelante ese trámite, el cual precisa de las averiguaciones de rigor para que la falladora apremie su correcta realización. Finalmente, como –de acuerdo con la información que se extracta del repositorio del expediente y el sistema de consulta de procesos– el enteramiento al juzgador del fallecimiento de la señora Hernández ocurrió el 24 de mayo de 2021, antes de la realización de la audiencia, mientras el proceso no estaba al despacho, esa parálisis del juicio opera desde aquella calenda, razón por la que la Sala Unitaria de Decisión Civil del Tribunal Superior de Bogotá **DECLARA LA NULIDAD** de lo actuado en el proceso a partir del 25 de mayo de 2021, esto es, la diligencia surtida en esa fecha y la sentencia de primera instancia, así como el rito agotado ante esta colegiatura.

Proceda la funcionaria de primera instancia a rehacer el trámite del asunto y a ordenar la citación de los eventuales sucesores de la señora Mery Hernández Hernández, de conformidad con el artículo 68 del Código General del Proceso.

Sin costas en esta instancia, ante la oficiosa invalidación.

Notifíquese,



LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

Magistrado

Exp. 11001310300720110029002

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C., veintiséis de octubre de dos mil veintiuno

Se resuelve el “derecho de petición de nulidad” presentado contra el auto proferido el pasado trece de agosto, con fundamento en las siguientes,

CONSIDERACIONES

En la determinación adiada trece de agosto de dos mil veintiuno se ordenó reconducir el recurso de apelación instaurado por el extremo demandante contra el auto proferido el veintiocho de julio de la misma anualidad por ser susceptible de súplica y, en consecuencia, remitir el legajo al H. Magistrado Juan Pablo Suárez Orozco para lo pertinente, decisión contra la que se reclamó la anulación por el interesado porque, en su criterio, únicamente es procedente la impugnación vertical al haberse dictado la providencia “[...] por la Sala Unitaria de Decisión y no por el Magistrado Sustanciador [...]”.

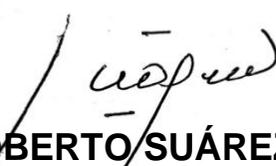
En orden a resolver la petición, cumple destacar que la nulidad se predica de las actuaciones surtidas en un proceso pero no de las providencias, las cuales se atacan por la vía de los recursos, hipótesis que se encuentran regladas taxativamente en la ley, por cuya virtud el proceso es nulo, en todo o en parte, sólo por las causales expresamente tipificadas, lo cual pone de presente que a pesar de la existencia de vicios en la actuación no habrá lugar a su invocación por la vía de la nulidad, si no existe un texto legal que la reconozca como tal, conforme lo dispuesto en el artículo 133 del Código General del Proceso, en aras de salvaguardar las razones de represión del posible desconocimiento del derecho al debido proceso, relativas a la

competencia, el derecho a la defensa, el respeto por la cosa juzgada y la plena observancia de las formas procesales.

Con esa orientación, la analizada invocación de nulidad debe ser rechazada en consonancia con lo señalado en el inciso final del artículo 135 del estatuto procesal civil, pues tal y como se ha desarrollado por la Corte Constitucional, en materia civil solo puede promoverse la nulidad constitucional del artículo 29 de la Constitución Política, respecto de la prueba obtenida con violación del debido proceso, causal que valga mencionar se concibe como “nulidad específica, que opera de pleno derecho, referente a la prueba obtenida con violación del debido proceso”¹, consagración Superior que además se justifica porque ella no está prevista en las de orden legal, situación que no aconteció en el caso concreto lo que impide que se acceda a su análisis, de suerte que al no estar enmarcado el fundamento de su petición en las causales descritas en el ordenamiento procesal ni en la constitucional, esta debe ser desestimada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Unitaria del Tribunal Superior de Bogotá, **RECHAZA DE PLANO** la solicitud elevada por el extremo demandante, por secretaría ejecutoriada la presente remítanse las diligencias al H. magistrado Juan Pablo Suárez Orozco para lo pertinente.

Notifíquese



LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

Magistrado

Rad. 00-2021-01128-00

¹ Corte Constitucional SU-159-02

Verbal
Demandante Fidelfina Rodríguez Rodríguez
Demandado: Pablo Emilio Díaz Rodríguez y Sonia Janeth Melo Parra
Exp: 14-2018-00398-01

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

**MAGISTRADO PONENTE:
LUIS ROBERTO SUAREZ GONZALEZ**

Proyecto discutido y aprobado en sala de decisión civil del 26 de octubre de 2021. Acta 39.

Bogotá D.C., veintiséis de octubre de dos mil veintiuno

En cumplimiento a lo previsto en el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, se resuelve por escrito el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 27 de mayo de esta anualidad, proferida por el Juzgado Catorce Civil del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

1. La señora Fidelfina Rodríguez Rodríguez, propuso demanda reivindicatoria contra los señores Pablo Emilio Díaz Rodríguez y Sonia Janeth Melo Parra, pretendiendo que en el proveído que ponga fin a la instancia se declare que es propietaria del inmueble ubicado en la Avenida Calle 24 127-B - 55 de Bogotá, con matrícula inmobiliaria 50C-78264, debidamente alinderado y que, en consecuencia, se ordene la restitución del predio con la condigna condena al pago de los frutos civiles y las costas del proceso, sin que haya lugar a indemnizar las expensas necesarias, pues los demandados son de mala fe.

Basó sus pretensiones en: *i*) su condición de propietaria por adjudicación en el proceso de sucesión de su progenitora en un 50% –año 1996– y del

restante en el sucesorio de su padre –2017– el cual habitó junto con su familia hasta el mes de marzo de 2009, cuando tuvo que abandonarlo ante la violencia física y verbal ejercida por los demandados; *ii*) que ha intentado infructuosamente recuperar el predio; *iii*) que los demandados ingresaron al inmueble por ser familiares suyos, poseyéndolo desde el 4 de marzo de 2009 de mala fe y *iv*) que hay identidad entre el bien que es de su propiedad y el que los convocados poseen.

2. Noticiado el auto admisorio, los demandados alegaron que poseen el predio desde junio de 2007, ante el abandono de la actora y su voluntaria invitación para habitarlo, habiendo realizado mejoras, pagado los servicios públicos por un lapso superior a los diez años, facticidad que le sirvió de base para proponer las excepciones de prescripción extintiva de dominio, inexistencia de la obligación de restituir y ausencia de los requisitos legales para intentar la acción reivindicatoria.

3. Agotado el rito de rigor y después de analizar la concurrencia de los presupuestos procesales y de relieves las condiciones axiológicas para el triunfo de la acción reivindicatoria, el juzgado tuvo por cierto que la demandante es dueña del inmueble; que los demandados son poseedores; que hay identidad entre la propiedad y lo poseído y que las excepciones fracasan por cuanto el tiempo de extinción de la acción de dominio no se había agotado para la fecha de presentación de la demanda, para lo que destacó que los demandados ingresaron al predio por autorización de la dueña y no probaron el momento en que intervirtieron su título. Así mismo, valoró la totalidad de los testimonios recaudados, privilegiando los que adosó la demandante, a quienes les concedió mayor credibilidad.

4. Dentro de los tres días siguientes a la notificación de la sentencia de primera instancia, la parte demandada se levantó en apelación, planteando por escrito los motivos de disonancia, con insistencia en que está probado

que la demandante abandonó el bien en el año 2007, anualidad a partir de la cual viene ejerciendo posesión, cuestionando la parcializada valoración de las pruebas recaudadas, pues sin razón alguna se le dio mayor mérito a las declaraciones de las personas traídas al proceso por la demandante, con quienes se tienen vínculos familiares, frente a las que él aportó, desconociéndose: *i)* su buena fe, *ii)* que la dueña abandonó el predio en el año 2007; *iii)* que no existió violencia para ese desalojo, *iv)* el lamentable estado del inmueble, *v)* los contratos de obra que realizó para sostener el predio *vi)* la ausencia de prueba de reclamos anteriores para recuperar el bien. Finalmente, censuró que se dejó en el olvido que con la contestación de la demanda aportó el folio inmobiliario, cumpliendo las formalidades que exige el CGP y que, de revocarse la sentencia, la condena por agencias en derecho también tendría que decaer, con la precisión de que, al existir un mecanismo para su objeción, se acogería al mismo.

La contraparte se opuso de éxito del recurso, desencuentro que procede la Sala a resolver, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

1. Como primera medida, es preciso destacar que pese a la individualidad que la ley adjetiva predica del procedimiento que se ha de agotar en el rito de la apelación, consistente en la inicial y escueta enunciación de los “concretos reparos” al que subsigue su sustentación, en las eventualidades en que esa ritualidad se agota ante el juez de primera instancia de manera conjunta y simultánea dentro de la oportunidad legal, si estos son precisos, claros y suficientes para señalarle al Superior los motivos de inconformidad y su desarrollo argumental, ello impone –de manera cogente– la resolución de la alzada, orientación que guarda consonancia con la regla general de escrituralidad que caracteriza al Decreto Legislativo 806 de 2020, filosofía avalada por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia al afirmar que en su

vigencia “si desde el umbral de la interposición de la alzada el recurrente expone de manera completa los reparos por los que está en desacuerdo con la providencia judicial, no hay motivo para que el superior exija la sustentación de la impugnación”¹.

Bajo el orden de ideas que se trae, es útil memorar que la sentencia de primera instancia fue emitida el 27 de mayo de 2021 y la parte demandada allegó, dentro de los 3 días siguientes, el escrito en que desarrolló, con amplitud y suficiencia, los reparos contra esa determinación, de donde fluye que, en criterio de la mayoría de la Sala su aducción fue oportuna, a lo que se aúna que la accionante se pronunció, igualmente de manera puntual, frente a ese memorial, cumpliéndose así con la fase de contradicción de la censura. Lo anterior sin perder de vista que, como el auto admisorio del recurso de apelación fue notificado en estado del 22 de septiembre del año en curso² y su firmeza se alcanzó el día 28 siguiente, los 5 días para que el interesado actuara en este grado fenecieron el 5 de octubre de la presente anualidad, así que el documento aportado a través de correo electrónico el 6 de octubre de 2021 es extemporáneo, tal y como lo reporta el señor secretario en informe del día 8 del mismo mes y año, al margen de que, en realidad, se trata de una reproducción del pliego radicado ante el *a quo*.

2. De otra parte, la acción reivindicatoria, como máxima expresión del derecho de dominio, prospera en aquellas situaciones en que la propiedad y la posesión que se ejercen sobre una cosa se encuentran en cabeza de diferentes sujetos, por lo que su objeto principal se dirige a obtener la recuperación de la posesión que está en poder de otra persona, respecto del bien que por derecho le pertenece.

¹ STC 5498, 5499 de 2021. Con igual orientación STC5630, 9212, 9216 y 10055 de 2021.

² <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/2233156/86222059/E-166+SEPTIEMBRE+22+DE+2021.pdf/65ef8a6a-5299-430e-80b9-0273ce4ca8c7>

Del análisis de las reglas que sobre la materia contempla el Código Civil, la jurisprudencia y la doctrina, resulta pertinente precisar que en ellas se reconoce –de manera pacífica– que para el triunfo de dicha acción debe demostrarse la concurrencia de cuatro elementos esenciales que son: “el derecho de dominio en cabeza del demandante, la posesión material en el demandado, la identidad de la cosa pretendida con la poseída con el opositor y que se trate de cosa singular o cuota determinada de cosa singular”³.

En consonancia con lo expuesto, la Corte Suprema ha indicado que cuando se persigue por la vía judicial que se ordene al poseedor restituir el predio que se encuentra en su poder en ejercicio de la acción reivindicatoria, imperativo es acreditar “no sólo el derecho de dominio en cabeza de quien la ejerce, sino también, a manera de insoslayable presupuesto, que éste sea objeto de ataque ‘en una forma única: poseyendo la cosa, y así es indispensable que, teniendo el actor el derecho, el demandado tenga la posesión de la cosa en que radica el derecho’”⁴.

3. Ante la indiscutida coincidencia de los supuestos de hecho sobre los que descansan los procesos de pertenencia y el reivindicatorio, con frecuencia ocurre que ejercida por el propietario la acción dominical, el demandado –poseedor– se opone a su éxito, arguyendo la pretensión extintiva en su favor, acaso fundado en el pensamiento destacado por la Corte Suprema de Justicia al expresar que “si conforme a lo dispuesto por el artículo 2512 del Código Civil la prescripción extintiva de las acciones o derechos ajenos tiene ocurrencia cuando aquellas o éstos no se han ejercido ‘durante cierto lapso de tiempo’; y si, conforme a lo dispuesto por el artículo 2532 del Código Civil, con la modificación a él introducida por el artículo 1o. de la Ley 50 de 1936, la prescripción adquisitiva extraordinaria opera por haberse poseído un bien por el término de 20 años (reducido a diez por la ley 791

³ C.S.J. Sentencia del marzo 27 de 2006. Exp. 1995-0139-02.

⁴ C.S.J. Sentencia de agosto 15 de 2001. Exp. 6219.

de 2001), en forma simultánea corren tanto el término para que se produzcan la usucapión de un lado y, de otro la extinción del derecho de dominio sobre el mismo bien y, como lógica consecuencia se extingue también, al propio tiempo, la acción reivindicatoria de que era titular el antiguo propietario de aquel”⁵.

4. En el caso que ocupa la atención de la Sala, el juzgado de conocimiento avaló las pretensiones reivindicatorias al encontrar reunidos sus elementos axiológicos, esto es, la propiedad en el demandante, la posesión en los demandados y la identidad del objeto sobre los que recaen esos derechos y desestimó la excepción de prescripción y las demás interpuestas, por cuanto a la fecha de presentación del libelo inaugural de la causa no había transcurrido el tiempo de extinción de la *actio* ejercida, orientación que censuran los demandados porfiando que ellos poseen el inmueble desde el año 2007, cuando la dueña, de manera voluntaria, abandonó el predio, el cual se encontraba en deplorable estado, para lo que reclamaron la valoración de los testimonios y los documentos acopiados, rematando que la demandante nunca le solicitó la restitución del bien.

5. En orden a resolver la alzada, se destaca que sobre la propiedad en cabeza de la actora, la identidad de lo pretendido con lo poseído y aun con el presupuesto de posesión en los demandados no hay discordia pero si en cuanto al inicio de ella, pues para los actores –posición avalada en la sentencia– esta comenzó en el año 2009 al paso que los recurrentes afirman que tal suceso empezó en el 2007, dilema que, entonces, encarna el tema central de desavenencia, por lo que resulta inocuo discernir sobre la condición de poseedores, su buena o mala fe, el estado del inmueble para esa época, si existieron o no reclamos anteriores para recuperar el predio, las formalidades que requiere el nuevo código procesal para la

⁵ C.S.J. Sentencia del 3 de septiembre de 1975.

declaración de pertenencia, pues estas materias ninguna trascendencia tienen para la resolución del recurso.

5.1. Como la contienda que diseña el recurso recae sobre el momento en que los recurrentes comenzaron a detentar el fundo con ánimo de señores y dueños –al cual habían ingresado varios años atrás con consentimiento de la propietaria, por invitación voluntaria de su pariente– ello pone en evidencia que ante esa tolerancia inicial la situación jurídica de los convocados es de meros tenedores pues ellos aceptaron el derecho de dominio en la dueña, debiéndose aplicar la regla que pregona “que el simple trascurso del tiempo no muda la mera tenencia en posesión (artículo 777 código Civil), acaso que motivaba que quien, en esa primitiva condición aspire a ganar por usucapión, debe demostrar que transformó su designio inicial para convertirse en un auténtico poseedor, aspecto explayado por la Corte al explicar que el interesado debe comprobar que su tenencia varió por la vía de la interversión del título, evidenciando un acto voluntario de rebeldía proveniente de la persona que tiene en su poder la cosa, lo que empezó como mera tenencia se modifique o transforme en verdadera posesión material del bien con inequívoco, exclusivo y público ánimo de señora y dueña”⁶.

5.2. No obstante la perentoriedad de la transformación de la condición con que se detenta la cosa, los impugnantes ni siquiera mencionaron tal figura para regularizar este presupuesto de la prescripción –más allá de la sola afirmación de que, en el año 2007, la accionante abandonó el predio– y, por el contrario, en los reparos expresan que no están obligados a acudir a ese expediente, con olvido de que a la voz del artículo 777 citado, “una de las características de la tenencia es la de ser inmutable, ya que el tiempo, por prolongado que sea, no la transforma en posesión...” por lo que es necesario acreditar “desde cuándo se produjo esa trascendente mutación y

⁶ Corte Suprema de Justicia. Sentencia S-209 de 2001.

cuáles son los actos que afirman el señorío que ahora invoca”⁷. De lo anterior se deriva que a pesar de que los recurrentes permanezcan en el inmueble, mientras no trasmuten esa posición, tal detentación se continuará calificando como de tenencia, sin aptitud para extinguir por el transcurso del tiempo, la acción del propietario en aras de obtener la restitución del bien.

5.3. En este orden de ideas, no empece que se tenga por cierto que los apelantes han ocupado el inmueble aun con antelación al año 2007, calenda a la que apunta su dicho y el de los testigos que arrimaron al contradictorio, el significado que desde la arista legal tiene esa detentación es la de tenedores que entraron al predio por autorización de su propietaria, con quien convivían hasta la fecha en que ella lo abandonó –ya voluntariamente como afirman los demandados o bien por los actos de violencia que esta les enrostra a aquellos, aunque la prueba recaudada apunta a la existencia de virulentos desencuentros– sin que se pueda afirmar que, a partir de ese instante, se convirtieron, de forma automática, en poseedores, en tanto de ese retiro no se probó que ella estuviera renunciando a sus derechos de propiedad y a la posesión que ejercía sobre el mismo, ni tampoco que el inicial designio de beneficencia y ayuda hubiera desaparecido por el solo hecho de salir de ese lugar.

5.4. Así las cosas, la ocupación del predio, las refacciones realizadas, el pago de los servicios, etc –que es lo que en realidad han visto los testigos y quienes ignoran cómo ingresaron a la casa de habitación cuya valoración reclama en la alzada– a la que se suma la férrea autoproclamación de la condición de poseedores, no comprueban cuándo se efectuó esa pacífica rebeldía contra el dueño, lo cual impide el triunfo de la exceptiva, porque: *i)* los demandados reconocieron dominio ajeno en cabeza de la propietaria y *ii)* no probaron cuándo trocaron la primitiva posición; temas sobre los que útil resulta evocar que la doctrina vernácula

⁷ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 15 de septiembre de 1983.

ha señalado, de manera constante y uniforme que si “de las propias palabras de los demandantes se infiere que dicho elemento no existió en un principio, inútil será rebatir tal aseveración con las declaraciones de terceros, pues es apenas natural que éstos no podrán saber más en el punto que la parte misma; los terceros, en efecto, no han podido percibir más que el poder de hecho sobre la cosa, resultando en tal caso engañados por su equivocidad y suponiendo de esta suerte el ánimo contra lo que permite deducir lo que fuera expresado por la parte actora; es en el sujeto que dice poseer en donde debe hallarse la voluntariedad de la posesión, la cual es imposible adquirir por medio de un tercero, cuya sola voluntad resulta así, por razones evidentes, ineficaz para tal fin. Así resulta apodíctico que nadie puede hacer que alguien posea sin quererlo.”⁸

Queda entonces claro que esa inicial relación tenencial puede transfigurarse en el futuro para convertirse en posesión, pero para que ello opere es necesario que haya ocurrido la interversión del título, esto es, que se pruebe que el tenedor se rebeló abdicando de la originaria situación para adquirir la calidad de poseedor, para lo cual –sin duda alguna– debe comportarse con un ánimo diferente, el de señor y dueño con repudio del sujeto que allí lo colocó en un inocultable acto de tolerancia y solidaridad; figura que para el caso de autos, ante la insolvencia demostrativa que se ha relevado, solo se podría apreciar a partir de la fecha confesada por la reivindicante –marzo de 2009–. Esa falencia probativa gana mayor acento en cuanto es al prescribiente a quien le corresponde demostrar la posesión y el tiempo que proclama la ley.

6. Epílogo de lo expuesto, la tolerancia de la demandante en la tenencia del bien, la falta de alegación y prueba de la interversión del título por parte de las demandadas y que la ausencia del lugar en que residía la dueña no comporta, de suyo, la alteración de las condiciones de detentación de la

⁸ Corte Suprema de Justicia. Sentencia S-093 de 1999.

heredad, obstan el triunfo de la prescripción, circunstancia que provoca que la sentencia de primer grado se mantenga, sin que sea procedente abordar la censura en torno al monto de las agencias en derecho, en tanto que el artículo 366 del Código General del Proceso prevé que “la liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho sólo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas”, oportunidad en que deberá canalizarse cualquier inconformidad sobre el particular.

7. Finalmente, conviene recordar que, de conformidad con lo previsto en los artículos 320, 322 y 328 el Tribunal está compelido a definir la alzada bajo los límites acotados por la ley y el impugnante de manera oportuna so pena que la Sala incurra en el vicio de la incongruencia, en la medida que, como tiene dicho la Corte Suprema de Justicia, ese defecto “también se patentiza cuando la sentencia no armoniza con lo pedido en la sustentación del recurso (pretensión impugnativa), que indudablemente corresponde a una invocación del derecho sustancial controvertido”⁹, de allí que, ante el fracaso del tema central de la apelación, los demás motivos de censura que expresamente diseñó el impugnante decaen por carecer de influencia en la determinación del día de inicio de la posesión.

Por lo brevemente expuesto, la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

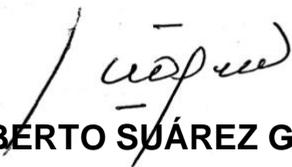
RESUELVE

PRIMERO: Confirmar la sentencia impugnada.

⁹ Sentencia SC4415-2016.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandada, en esta instancia. Como agencias en derecho, el magistrado sustanciador fija el valor de un salario mínimo legal mensual vigente. Liquídense en su oportunidad.

Notifíquese.



LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

Magistrado Ponente

Exp. 11001310301420180039801



JUAN PABLO SUAREZ OROZCO

Magistrado

Exp. 11001310301420180039801



GERMÁN VALENZUELA VALBUENA

Magistrado (con salvamento de voto)

Exp. 11001310301420180039801

Sin que sea necesaria referencia alguna a la motivación del fallo adoptado por la mayoría en punto a lo sustancial de la controversia, con sumo respeto expreso que disiento de tal decisión. En mi criterio la sentencia no podía acometer la alzada por falta de sustentación, la que debió declararse desierta, siendo esa la postura que he venido sosteniendo en otros procesos, incluso en aquellos a mi cargo. Y si bien es cierto los pronunciamientos acerca del requisito de sustentación han sido profusos y cambiantes, lo cual puede entrañar confusión, el estado actual de las posturas de la Sala Laboral de la Corte Suprema (*v.gr.* STL8304, STL12285, STL12597 de 2021), como superior funcional de la Sala Civil en tutelas, ha definido que la sustentación de la alzada se debe hacer ante el superior, y ha sentado que la deserción declarada por su falta no constituye vía de hecho, o, lo que es igual, en modo alguno viola el debido proceso. Debido proceso que está reglado por el legislador, que en el diseño de las normas del rito estableció que la sustentación se hace ante el superior y previó la consecuencia de omitirse ese desarrollo argumentativo, sin que en ese contexto pueda quedar librado a estimaciones *ad hoc*: si se anduvo más allá del mínimo exigido como brevedad de los reparos, o si desde el inicio hubo una extensa y ‘completa’ explicación de la inconformidad, con “amplitud y suficiencia” –como acá se dice- pues el requisito echado de menos elimina ese tipo de valoraciones, desde luego que es imperativo que la sustentación se haga a más tardar dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria de la admisión del recurso (art. 14 D.806/20; exequible C-420/20), todo lo cual consulta el **carácter dispositivo del proceso civil**, pues la competencia del superior la habilita la sustentación del recurso ante el *ad quem*, y no solo su interposición ante el *a quo*. Así es en oralidad y no puede ser distinto en el trámite escrito que prevé la norma transitoria del Dec. 806/20, pues lo determinante es que la **no** sustentación ante el superior conlleva la deserción de la ‘pretensión impugnaticia’, falta aquella que no puede ser suplida con actuación oficiosa alguna, que en estas materias no están previstas, pues no puede sustituirse al interesado en esa labor que el legislador le reservó el recurrente, del mismo modo que por ej. no puede reemplazarse el cumplimiento de la carga procesal de que depende el impulso que impide el desistimiento tácito o la formulación de la demanda civil, actos paradigmáticos de la dispositividad predominante en esta especialidad judicial. Es que en materia civil –insisto-, en razón del principio dispositivo, la competencia del superior la habilita la sustentación de la apelación que ante él se haga, de modo que si no se presenta tal “sustentación”, no media la autorización legal para que a la autoridad le sea dado resolver una alzada que por tanto quedó desierta, siendo esa la única

declaración que le es permitida. Si pese a aquella falta, de lo que sólo se puede hacer ante él y en el momento previsto para tal efecto, el *ad quem* resuelve el recurso, lo hace sin competencia, no obstante haber realizado actos oficiosos, como dar curso a los reparos, asimilándolos a sustentación, ordenando su traslado, etc, actuaciones que riñen con el carácter dispositivo a que ya se ha hecho alusión.


Germán Valenzuela Valbuena, Magistrado

Fecha, *ut supra*

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

*Bogotá D.C., veintiséis (26) de octubre de dos mil
veintiuno (2021).*

**REF: EJECUTIVO SINGULAR DE HENRY
MAHECHA MARCELO y la persona jurídica C.I. LILI GEMS LTDA contra
CAMILO MORA PADILLA. Exp. -037-2019-00595-01.**

**MAGISTRADO PONENTE: JORGE EDUARDO
FERREIRA VARGAS.**

*Discutido y aprobado en Sala de Decisión de 29 de
septiembre de 2021.*

*Decide la Corporación el recurso de apelación
interpuesto por la parte ejecutada contra la sentencia dictada en el Juzgado
Treinta y Siete (37) Civil del Circuito de Bogotá el 16 de junio de 2021, en la
que declaró no probadas las excepciones propuestas y se dispuso seguir
adelante con la ejecución.*

I. ANTECEDENTES

*1.- HENRY MAHECHA MARCELO, actuando en
causa propia y en su condición de representante legal de C.I. LILI GEMS
LTDA., a través de apoderado judicial presentaron demanda ejecutiva singular
en contra de CAMILO MORA PADILLA, con el propósito que se librara
mandamiento de pago por las sumas de \$169'260.971,00 por concepto de
capital más los intereses de mora desde el 1º de octubre de 2019 hasta cuando
se verifique el pago total de la obligación (fls. 16 c.1).*

*2.- Las súplicas tienen su sostén en los fundamentos
de facto que a continuación se reseñan (fls. 15 y 16 ibidem):*

*2.1.- Refieren que en el año 2009 la sociedad
demandante adquirió una obligación parafiscal con el Ministerio de Minas y
Energía por valor de \$44'943.684,25, en tanto que el 18 de marzo de 2010, el
demandado suscribió un documento denominado acuerdo de voluntades a
través del cual se obligó a cancelar los gastos que por honorarios se generen
en razón de la defensa jurídica y los dineros que se deban sufragar a favor de
la entidad pública ya reseñada, los cuales, en principio se encontraban a cargo
de la persona jurídica demandante.*

*2.2.- Adicionan que el Ministerio de Minas y Energía
inició cobro coactivo en contra de sociedad demandante, librando orden de*

pago y auto que dispone seguir adelante con la ejecución, según consta en las Resoluciones Nos. 401-0023 de 14 de agosto de 2014 y 401-0120 de 23 de mayo de 2016, respectivamente, así mismo, se decretaron medidas cautelares respecto de los bienes de ambos demandantes, igualmente se efectuó la liquidación del crédito por un monto de \$169'260.971,00, razón por la cual Henry Mahecha se vio obligado a solucionar la obligación, subrogándose en el pago y adquiriendo por ende la condición de acreedor.

2.3.- Agregan que dicha entidad a través de la Resolución No. 401-0300 adiada 1º de octubre de 2019 declaró terminado el proceso, ordenó levantar las medidas cautelares y expedir copia auténtica de ese acto administrativo con la constancia de ser primera copia que presta mérito ejecutivo e indicando que quien realizó el pago fue la persona natural aquí ejecutante.

2.4.- Indican que a pesar de los constantes requerimientos al ejecutado éste se ha negado a cancelar la obligación adeudada.

3.- El demandado se notificó en la forma prevista en el Decreto 806 de 2020 (fl. 31 exp. digital) y dentro de la oportunidad prevista para ello se opuso a pretensiones de la demanda y, formuló las excepciones de mérito que denominó: “FALTA DE REQUISITOS DEL DOCUMENTO ACUERDO DE VOLUNTADES QUE HACE PARTE DEL TÍTULO EJECUTIVO COMPLEJO”, “COBRO DE LO NO DEBIDO”, “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA”, “PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN EJECUTIVA” y “TACHA DE FALSEDAD DEL DOCUMENTO BASE DE LA EJECUCIÓN DENOMINADO ACUERDO DE VOLUNTADES” (derivado 03 contestación demanda, ejusdem).

4.- En la audiencia inicial de que trata el art. 372 del C.G.P. se declaró fracasada la etapa de la conciliación, se interrogó a las partes, fijó el litigio y se practicó la exhibición de documentos, posteriormente en la diligencia prevista en el canon 373 ídem, se recaudaron los demás medios de prueba, se escuchó los alegatos de conclusión y se anunció el sentido del fallo, en tanto que, el 16 de junio de 2021, dictó sentencia en la que declaró no probadas las excepciones de fondo y ordenó seguir adelante la ejecución, determinación que no compartió la parte ejecutada por lo que interpuso la alzada que ahora se analiza.

II. LA SENTENCIA DEBATIDA

5.- Luego de indicar los acostumbrados antecedentes del proceso el Juez a quo da por reunidos los presupuestos procesales, y más adelante concluye que del examen en conjunto de los documentos adosados se desprenden que cumplen con los requisitos legales para ser catalogados como un título ejecutivo complejo, porque se aportó la manifestación de la voluntad del demandado de asumir de solucionar la obligación que por concepto de parafiscal tenían los ahora ejecutantes con el Ministerio de Minas y Energía,

legajos que gozan de presunción de autenticidad de acuerdo a lo establecido en el artículo 244 del Código General del Proceso.

Adiciona, que si bien es cierto el documento báculo de la ejecución fue tachado de falso, la verdad es que el artículo 269 de esa misma codificación entraña una verdadera carga probatoria a cargo de quien lo cuestiona, también es cierto que el ejecutado descuido ese laborío en la medida que el dictamen pericial arrimado al expediente y con el cual se pretendía probar la falsificación no cumple con los requisitos del artículo 226 del C.G.P., concretamente los que buscan acreditar la idoneidad del perito para ejercer como grafólogo, como son los títulos académicos o de estudios técnicos, así como tampoco la relación de los procesos en lo que ha actuado en tal calidad, lo cual pone en duda su calidad de experto en esa específica materia.

Agrega, que al margen de lo anterior también es menester poner en evidencia que ese trabajo carece de datos que expliquen la metodología y elementos técnicos utilizados para arribar a la conclusión que la rúbrica atribuida al ejecutado no coincide con la que aparece en otros documentos de su autoría.

Aduce, que en contraposición está el testimonio Norma Janneth Jaramillo López y el interrogatorio de parte a Henry Mahecha Marcelo, quienes fueron coincidentes en afirmar que el documento cuestionado fue suscrito por la primera en calidad de representante legal de la persona jurídica demandada y por el aquí ejecutado, lo que significa que dentro de este asunto no se logró desvirtuar la presunción de autenticidad de que goza el título ejecutivo y, por ende, es apto para proseguir adelante con la ejecución.

Indica, que en lo que tiene que ver con la excepción de prescripción es claro que para que esta opere es necesario que se contabilicen 5 años desde que la obligación se hizo exigible, empero, con abstracción de la eventual discusión de si dicho término inicia a contabilizarse desde que quedó en firme el acto administrativo que data del año 2009 o desde que operó la ejecutoria del auto que decretó la terminación del proceso, lo cierto es que el demandado ejecutó conductas de reconocimiento de esa deuda, pues desde la primera intervención en el asunto confesó que realizó abonos al cobro coactivo en abril y mayo de 2015, los cuales también fueron aludidos por la testigo y el extremo actor, de ahí que el lapso prescriptivo inicia a contabilizarse nuevamente, lo que implica que para la fecha de la presentación de la demanda, el mismo no se había consumado.

III. EL RECURSO DE ALZADA

6.- Inconforme con el fallo proferido dentro de la oportunidad indicada en el inciso 1° del numeral 3° del artículo 322 del C.G.P., la parte demandada precisó los reparos en contra de dicha providencia que se contraen a:

(i).- *Que el título báculo de la ejecución carece del requisito de autenticidad que consiste en la certeza de la persona que lo ha elaborado, manuscrito o firmado de acuerdo con lo previsto en el canon 244 ibidem, empero, precisa que el “título valor” fue tachado de falso y en el interrogatorio de parte que absolvió el demandado fue enfático en afirmar que no había suscrito dicho documento, insiste que la obligación nace con ocasión de una relación anterior en la cual no tuvo injerencia la parte pasiva, sumado a la circunstancia que la parte convocante al contestar la diligencia de posiciones faltó a la verdad al afirmar que estuvo presente cuando Camilo Mora Padilla firmó el documento báculo de la ejecución, en tanto que no se valoró que sus respuestas no fueron claras y que en varias oportunidades recibió apoyo de su apoderado, al punto que el Juez de primer grado llamó la atención por tales circunstancias.*

(ii).- *Adiciona que existió una indebida valoración probatoria pues no se tuvo en cuenta la contradicción en la que incurrió el demandante y representante legal de la convocante y al testigo, en la medida que el primero afirmó categóricamente que el documento denominado acuerdo de voluntades no se firmó el 18 de marzo de 2010 mientras que la única deponente expresó que ese legajo se suscribió el día ya reseñado.*

(iii).- *Agrega que la tacha de falsedad fue presentada en su debida oportunidad, en tanto que, según lo manifestado por el perito grafólogo, por razones de un error cibernético su hoja de vida no se reflejó en el envío del dictamen por él rendido, sin embargo, es de anotar que en la audiencia se le preguntó al auxiliar con relación a su idoneidad y experiencia, lo que en últimas convalida la experticia que contundentemente llegó a la conclusión que la firma atribuida al demandado en el documento báculo de la ejecución no es uniprocedente con las de su autoría.*

(iv).- *Expresa que otra circunstancia que omite la primera instancia en que quien firma como representante legal de la demandante el pluricitado acuerdo de voluntades para el 18 de marzo de 2010, no contaba con tal calidad en la medida que su designación tan solo se inscribió en la Cámara de Comercio el 19 siguiente.*

(v).- *Aduce que resulta desacertado el planteamiento efectuado por la primera instancia al resolver la excepción de prescripción, dado que, al escuchar de manera detenida los audios contentivos de la audiencia de que trata el artículo 372 del C.G.P., surge evidente que no existe prueba de confesión tendiente al reconocimiento de la deuda ni menos aun a la renuncia a esa forma de extinguir las obligaciones, en la medida que el ejecutado siempre negó la deuda reclamada y le explicó al fallador las razones por las cuales el realizó algunos pagos en la medida que entre las partes existieron varios acuerdos o negociaciones.*

(vi).- *Expresa que en materia de títulos valores existen dos obligados el directo y el de regreso, en tanto que la acción en contra de este último tenedor es de un año contado desde la fecha de vencimiento del cartular -art. 790 del C.Co.-, de ahí que para la fecha de la presentación de la demandada la obligación ya se encontraba prescrita.*

6.1.- Así mismo, por auto adiado 17 de septiembre de la presente anualidad se ordenó correr el traslado previsto en el inciso 3° del artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

6.2. A través de escritos enviados por correo electrónico a la Secretaría de este Tribunal el demandado -apelante- sustentó en debida forma su recurso de alzada, en tanto que, la convocante recorrió el traslado en su debida oportunidad.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Tratando someramente los presupuestos procesales, requisitos indispensables para la regular formación y desarrollo de la relación jurídico-procesal, como son demanda en forma, competencia del juzgador, capacidad para comparecer y capacidad para ser parte, realmente no merecen un estudio profundo para determinar que están cumplidos en la litis, lo cual amerita una decisión de fondo.

2.- Con miras a desatar la apelación formulada por el extremo convocado, debe decirse que este recurso se endereza a que el Superior revise la actuación del juzgador de primera instancia, pero inmerso siempre dentro del criterio dispositivo, por lo que es al apelante a quien le corresponde determinar el ámbito dentro del cual ha de moverse el ad-quem al momento de tomar la decisión.

3.- Desde esta perspectiva el problema jurídico a resolver se circunscribe a determinar (i) si los documentos báculo de la ejecución cumplen los requisitos del artículo 422 del C.G.P., (ii) si operó el fenómeno de la prescripción y, finalmente, (iii) si en verdad el juez de primer grado incurrió en una indebida valoración probatoria; pues en tales aspectos gravita la inconformidad del recurrente.

4.- El proceso de ejecución se distingue de los restantes, por ser una acción especial, como quiera que a la demanda debe adosarse el documento con la connotación de título ejecutivo, conforme lo dispuesto en el artículo 422 de la Estatuto Procesal, partiendo de la premisa de la existencia del derecho, **debiendo el extremo pasivo al cuestionar los aspectos intrínsecos del documento venero de la ejecución plantear y demostrar, todos los medios que tenga a su favor tendientes a demeritar la certeza que deviene del mismo**, en orden a contrarrestar su ejecutabilidad y hacerle perder viabilidad a las pretensiones del escrito genitor del proceso.

5.- En este contexto, acomete la Sala en el estudio del primero de los problemas jurídicos planteados, no sin antes advertir aun cuando los aspectos formales del título no hayan sido discutidos por la vía de la reposición por la parte ejecutada, nada impide que el fallador de instancia antes de adentrarse en el estudio de fondo de la cuestión puesta a su consideración, proceda a realizar una revisión oficiosa de los documentos

aportados como base del recaudo, pese a lo dispuesto en el inciso 2° artículo 430¹ del C.G.P., en razón a que es deber del Juzgador hacer prevalecer el derecho sustancial sobre las formalidades de conformidad con lo establecido en los artículos 228 de la Constitución Política y 11 de la normativa primeramente citada.

5.1.- En tal sentido, obsérvese que este aspecto encuentra respaldo en el recientemente pronunciamiento efectuado por la Corte Suprema de Justicia al analizar un caso similar al que ahora ocupa la atención de esta Corporación, en el que se indicó:

“Adicionalmente, se recuerda que los jueces tienen dentro de sus obligaciones, a la hora de dictar sus fallos, revisar, nuevamente, los presupuestos de los instrumentos de pago, “potestad-deber” que se extrae no sólo del antiguo Estatuto Procesal Civil, sino de lo consignado en el actual Código General del Proceso.”

“Sobre lo advertido, esta Corte recientemente explicitó:”

“(…) [R]elativamente a específicos asuntos como el auscultado, al contrario de lo argüido por la (…) quejosa, sí es dable a los juzgadores bajo la égida del Código de Procedimiento Civil, y así también de acuerdo con el Código General del Proceso, volver, ex officio, sobre la revisión del «título ejecutivo» a la hora de dictar sentencia …”.

(…).

“Y es que sobre el particular de la revisión oficiosa del título ejecutivo esta Sala precisó, en CSJ STC18432-2016, 15 dic. 2016, rad. 2016-00440-01, lo siguiente:

“Los funcionarios judiciales han de vigilar que al interior de las actuaciones procesales perennemente se denote que los diversos litigios, teleológicamente, lo que buscan es dar prevalencia al derecho sustancial que en cada caso se disputa (artículos 228 de la Constitución Política y 11 del Código General del Proceso); por supuesto, ello comporta que a los juzgadores, como directores del proceso, legalmente les asiste toda una serie de potestades, aun oficiosas, para que las actuaciones que emprendan atiendan la anotada finalidad, mismas que corresponde observarlas desde la panorámica propia de la estructura que constituye el sistema jurídico, mas no desde la óptica restringida derivada de interpretar y aplicar cada aparte del articulado de manera aislada (…)”.

“Entre ellas, y en lo que atañe con el control que oficiosamente ha de realizarse sobre el título ejecutivo que se presenta ante la jurisdicción en pro de soportar los diferentes recaudos, ha de predicarse que si bien el precepto 430 del Código General del Proceso estipula, en uno de sus segmentos, en concreto en su inciso segundo, que «[l]os requisitos formales del título ejecutivo sólo podrán discutirse mediante recurso de reposición contra el mandamiento ejecutivo. No se admitirá ninguna controversia sobre los requisitos del título que no haya sido planteada por medio de dicho recurso. En consecuencia, los defectos formales del título ejecutivo no podrán reconocerse o declararse por el juez en la sentencia o en el

¹ *“Los requisitos formales del título ejecutivo sólo podrán discutirse mediante recurso de reposición contra el mandamiento ejecutivo. No se admitirá ninguna controversia sobre los requisitos del título que no se haya planteado por medio de dicho recurso. En consecuencia, los defectos formales del título ejecutivo no podrán reconocerse o declararse por el juez en la sentencia o en el auto que ordene seguir adelante la ejecución, según fuere el caso.”*

auto que ordene seguir adelante la ejecución, según fuere el caso», lo cierto es que ese fragmento también debe armonizarse con otros que obran en esa misma regla, así como también con otras normas que hacen parte del entramado legal, verbigracia, con los cánones 4º, 11, 42-2º y 430 inciso 1º ejúsdem, amén del mandato constitucional enantes aludido (...)”.

“Por ende, mal puede olvidarse que así como el legislador estipuló lo ut supra preceptuado, asimismo en la última de las citadas regulaciones, puntualmente en su inciso primero, determinó que «[p]resentada la demanda acompañada de documento que preste mérito ejecutivo, el juez libraré mandamiento ordenando al demandado que cumpla la obligación en la forma pedida, si fuere procedente, o en la que aquel considere legal» (...)”.

“De ese modo las cosas, todo juzgador, no cabe duda, está habilitado para volver a estudiar, incluso ex officio y sin límite en cuanto atañe con ese preciso tópico, el título que se presenta como soporte del recaudo, pues tal proceder ha de adelantarlo tanto al analizar, por vía de impugnación, la orden de apremio impartida cuando la misma es de ese modo rebatida, como también a la hora de emitir el fallo con que finiquite lo atañadero con ese escrutinio judicial, en tanto que ese es el primer aspecto relativamente al cual se ha de pronunciar la jurisdicción, ya sea a través del juez a quo, ora por el ad quem (...)”.

“Y es que, como la jurisprudencia de esta Sala lo pregonó en plurales oportunidades relativamente a lo al efecto demarcado por el Código de Procedimiento Civil, lo cual ahora también hace en punto de las reglas del Código General del Proceso, para así reiterar ello de cara al nuevo ordenamiento civil adjetivo, ese proceder es del todo garantista de los derechos sustanciales de las partes trabadas en contienda, por lo que no meramente se erige como una potestad de los jueces, sino más bien se convierte en un «deber» para que se logre «la igualdad real de las partes» (artículos 4º y 42-2º del Código General del Proceso) y «la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial» (artículo 11º ibidem) (...)”.

“Ese entendido hace arribar a la convicción de que el fallador mal puede ser un convidado de piedra del litigio, sino que, en cambio, antes que otra cosa, tiene que erigirse dentro del juicio en un defensor del bien superior de la impartición de justicia material. Por tanto, así la cita jurisprudencial que a continuación se transcribe haya sido proferida bajo el derogado Código de Procedimiento Civil, la misma cobra plena vitalidad para predicar que del mismo modo, bajo la vigencia del Código General del Proceso: [T]odo juzgador, sin hesitación alguna, [...] sí está habilitado para estudiar, aun oficiosamente, el título que se presenta como soporte del pretense recaudo ejecutivo, pues tal proceder ha de adelantarlo tanto al analizar, por vía de impugnación, la orden de apremio dictada cuando la misma es rebatida, y ello indistintamente del preciso trasfondo del reproche que haya sido efectuado e incluso en los eventos en que las connotaciones jurídicas de aquel no fueron cuestionadas, como también a la hora de emitir el fallo de fondo con que finiquite lo atañadero con ese escrutinio judicial, en tanto que tal es el primer tópico relativamente al cual se ha de pronunciar a fin de depurar el litigio de cualesquiera irregularidad sin que por ende se pueda pregonar extralimitación o desafuero en sus funciones, máxime cuando el proceso perennemente ha de darle prevalencia al derecho sustancial (artículo 228 Superior) (...)”.

“(...)”.

“En conclusión, la hermenéutica que ha de dársele al canon 430 del Código General del Proceso no excluye la «potestad-deber» que tienen los operadores judiciales de revisar «de oficio» el «título ejecutivo» a la hora de dictar sentencia, ya sea esta de única, primera o segunda instancia (...), dado que, como se

precisó en CSJ STC 8 nov. 2012, rad. 2012-02414-00, «en los procesos ejecutivos es deber del juez revisar los términos interlocutorios del mandamiento de pago, en orden a verificar que a pesar de haberse proferido, realmente se estructura el título ejecutivo (...) Sobre esta temática, la Sala ha indicado que “la orden de impulsar la ejecución, objeto de las sentencias que se profieran en los procesos ejecutivos, implica el previo y necesario análisis de las condiciones que le dan eficacia al título ejecutivo, sin que en tal caso se encuentre el fallador limitado por el mandamiento de pago proferido al comienzo de la actuación procesal (...)”.

“De modo que la revisión del título ejecutivo por parte del juez, para que tal se ajuste al canon 422 del Código General del Proceso, debe ser preliminar al emitirse la orden de apremio y también en la sentencia que, con posterioridad, decida sobre la litis, inclusive de forma oficiosa (...)”.

“Y es que, valga precisar, el legislador lo que contempló en el inciso segundo del artículo 430 del Código General del Proceso fue que la parte ejecutada no podía promover defensa respecto del título ejecutivo sino por la vía de la reposición contra el mandamiento de pago, cerrándole a esta puertas a cualquier intento ulterior de que ello se ventile a través de excepciones de fondo, en aras de propender por la economía procesal, entendido tal que lejos está de erigirse en la prohibición que incorrectamente vislumbró el tribunal constitucional a quo, de que el juzgador natural no podía, motu proprio y con base en las facultades de dirección del proceso de que está dotado, volver a revisar, según le atañe, aquel a la hora de dictar el fallo de instancia; otro entendido de ese precepto sería colegir inadmisiblemente que el creador de la ley lo que adoptó fue la ilógica regla de que de haberse dado el caso de librarse orden de apremio con alguna incorrección, ello no podía ser enmendado en manera alguna, razonamiento que es atentatorio de la primacía del derecho sustancial sobre las ritualidades que es postulado constitucional y que, por ende, no encuentra ubicación en la estructura del ordenamiento jurídico al efecto constituido (...)”².

“En consecuencia, se insiste, en el decurso confutado el juez cognoscente tiene la obligación de dilucidar lo concerniente a la existencia del cartular base de recaudo, no sólo porque las defensas incoadas por la pasiva, aquí accionante, se centraron en rebatir los presupuestos del mismo, sino en virtud de la “potestad-deber” conferida por el ordenamiento y jurisprudencia a los funcionarios judiciales, consistente en determinar, aun de oficio, la acreditación de los requisitos del título.”³

5.2.- Desde esta perspectiva, claro resulta que nada impide a esta Corporación determinar si el documento allegado como base del cobro compulsivo cumple o no los requisitos exigidos para tales instrumentos, para luego sí adentrarse en el fondo de la cuestión planteada, si es que la respuesta al anterior interrogante resulta afirmativa.

5.3.- Dilucidado lo anterior, se tiene que para que una obligación de carácter dineraria pueda ser cobrada a través de la ejecución forzada, es indispensable que la prestación sea “clara, expresa y exigible, que conste en documento que provenga del deudor o de su causante y constituya plena prueba contra él” (artículo 422 del C.G.P.), de ahí que el juzgador al

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sent. STC4808 de de abril de 2017, exp. 11001-02-03-000-2017-00694-00

³ Op cit. Sent. STC14164 de 11 de septiembre de 2017, exp. 73001-22-13-000-2017-00358-01, reiterada el 14 del mismo mes y año en la sent. STC14595-2017 exp. 47001-22-13-000-2017-00113-01.

encontrarse frente a una demanda ejecutiva deba examinar si tales presupuestos se cumplen, pues la ausencia de uno de ellos da al traste con la pretensión invocada.

5.4.- *En lo que atañe con la **claridad** del documento, consiste en que por sí solo se extracte el alcance de las obligaciones que cada una de las partes adquirió, para que el juzgador no tenga que acudir a razonamientos u otras circunstancias aclaratorias que no estén consignadas allí o que no se desprendan de él, esto es, que el título sea inteligible, es decir que la redacción se encuentre estructurada en forma lógica y racional; que sea explícito, lo cual significa que las obligaciones aparezcan consignadas de manera evidente; y, exista precisión y exactitud, en cuanto al número, cantidad y calidad objeto de la obligación, así como de las personas que intervinieron en el acuerdo.*

Asimismo, la obligación no será clara cuando la escritura del documento sea inextricable, es decir, cuando su lectura sea confusa.

5.5.- *La **expresividad** hace relación a que en el documento debe consignarse lo que se quiere dar a entender, así que no valen las expresiones meramente indicativas, representativas, suposiciones o presunciones de la existencia de la obligación, como de las restantes características, tales como partes, plazos, monto de la deuda etc., salvo el caso de la confesión ficta, y en este caso, únicamente de las preguntas asertivas formuladas en el interrogatorio escrito que admitan prueba de confesión; por consiguiente, las obligaciones implícitas, que están incluidas en el documento, sin que estén expresamente declaradas no pueden ser objeto de ejecución.*

5.6.- *Mientras que la **exigibilidad** supone que la obligación puede pedirse y cobrarse sin tener que esperar plazo o condición alguna que la enerve temporalmente.*

5.7.- *Consecuente con lo anterior, el mandamiento se produce siempre y cuando se acompañe a la demanda un documento que preste mérito ejecutivo (artículo 430 ejusdem), es decir, que reúna las características mencionadas y se constate la fuerza ejecutiva e idoneidad que le permita constituirse en el fundamento de la orden de pago que se deba proferir, de manera que no se trata de cualquier clase de obligación, sino de una **cualificada, la que debe surgir del documento o conjunto de legajos, si se trata de un título complejo, que tenga la virtualidad de producir en el fallador un grado de certeza tal, que de su simple lectura quede acreditada, al menos en principio, una obligación indiscutible, sin que haya necesidad de hacer mayores inferencias o disquisiciones para determinar su existencia y condiciones.***

5.8.- *En el caso examinado, se tiene que el título ejecutivo está contenido en dos documentos a saber: el primero denominado acuerdo de voluntades suscrito por la persona jurídica C.I. LILI GEMS LTDA y por CAMILO MORA PADILLA, en el cual éste último se obligó a pagar la*

totalidad de la obligación que tuviera que asumir la sociedad en comento por concepto de contribución parafiscal de esmeralda causada durante los años 2001 a 2004; el segundo, hace referencia a la Resolución No. 401-0300 de 1º de octubre de 2019, a través de la cual se declaró terminado el proceso de cobro coactivo No. 13-01-102 adelantado entre por el Ministerio de Minas y Energía por el mismo concepto que se hace mención en el legajo citado reseñado con anterioridad.

5.9.- Así mismo, nótese que en dicho acto administrativo se deja expresa constancia que el valor adeudado ascendía a la suma de \$44'943.684,25 más el valor de \$124'317.286,75 por concepto de intereses, para un total de \$169'260.971,00, sumas que fueron canceladas por Henry Mahecha Marcelo en calidad de persona natural y como representante legal de la persona jurídica aquí convocante.

6.- Al amparo de las anteriores precisiones, resulta claro para la Corporación que de esos dos documentos se desprende una obligación, clara, expresa y actualmente exigible en favor de los aquí ejecutantes, que se subrogaron en el pago de la obligación a cargo del demandado, pues fue quien se obligó a pagar las sumas que resultara adeudar la persona jurídica actora por concepto de parafiscales durante los periodos de 2001 a 2004.

6.1.- Y es que nótese que en el interrogatorio de parte que absolvieron los extremos de la litis quedó en evidencia que dicha obligación la asumió Camilo Mora Padilla por varias circunstancias a saber: la primera, porque éste junto a su esposa fueron los que en el año 2006 le vendieron las cuotas o partes de interés de la sociedad C.I. LILI GEMS LTDA. al ejecutante, la segunda, porque para esa época ya se tenía conocimiento que esa cartera ministerial adelantaba cobro persuasivo para ese periodo por la ausencia de pago de regalías correspondientes al 1% del valor de las exportaciones, la tercera, porque dentro de la contabilidad no se encontró la partida en el fondo de imprevistos para cubrir esa contingencia y, cuarto, porque Henry Mahecha Marcelo le estaba recibiendo la sociedad al demandado a paz y salvo y éste tenía que garantizar su responsabilidad en la medida que ya se tenía conocimiento del proceso que se adelantaba en contra de la precitada compañía.

6.2.- Todo lo anterior, se extracto no solo de la diligencia de posiciones de los contendientes, sino también del testimonio de Norma Janneth Jaramillo López -representante legal desde el año 2009 hasta el 2018 de la persona jurídica citada-, quien de forma contundente expuso las condiciones de tiempo, modo y lugar por las cuales el ejecutado se comprometió a asumir esa obligación y que en últimas se resumen a las circunstancias plasmadas en el párrafo anterior.

6.3.- Ahora bien, nótese que las defensas del convocado se fundamentan en que no fue él quien suscribió dicho legajo de ahí que el mismo carece de la connotación de autenticidad, al punto, que presentó tacha de falsedad y dentro de la oportunidad prevista para ello aportó dictamen pericial, al cual la primera instancia no le otorgó ningún mérito probatorio,

pues el mismo no cumplía con la condiciones previstas en el artículo 226 del C.G.P. y, la segunda razón, porque no se explicó la metodología aplicada para arribar a la conclusión que la firma estampada en el acuerdo de voluntades no era uniprocedente con la utilizada por Camilo Mora Padilla.

6.4.- Frente a este tópico advierte la Sala que no anduvo desacertada la primera instancia, pues al analizar con detenimiento la experticia rendida, así como, las declaraciones dadas en la audiencia de que trata el artículo 373 del C.G.P., es evidente que dicho medio de prueba no podía tenerse en cuenta por las razones que enseguida se exponen:

Del examen practicado a las normas que regulan la prueba pericial -artículos 226 a 235 del C.G.P.-, sostiene la Sala que el juzgador no puede someterse a los fundamentos y conclusiones del dictamen de manera ciega y sin ahondar en su contenido, pues de lo contrario caería en el absurdo que sería el perito el que fallara la litis; es que la función de dicho auxiliar es la de exponerle al juez sus opiniones personales acerca de las cuestiones que se le han planteado, por eso el dictamen es una simple declaración de ciencia, cuyas conclusiones no son definitivas ya que pueden ser o no acogidas; con apoyo en el artículo 241 ejusdem, el fallador goza de la potestad de fijarle al peritaje el valor que en cada caso le merece teniendo en cuenta la firmeza, precisión y calidad de los fundamentos y demás elementos probatorios obrantes en el proceso, lo cual indica que en esa ponderada apreciación que realice puede acogerlo o rechazarlo.

Sobre este punto ha sostenido la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil: “Es verdad consagrada la de que uno de los requisitos sine qua non, tiene dicho la Corporación, que debe ofrecer todo dictamen pericial para que pueda ser admitido como prueba de los hechos sobre que versa, consiste en que sea debidamente fundamentado; y que compete al juzgador apreciar con libertad esta condición, dentro de la autonomía que le es propia, no obstante que el dictamen no haya sido materia de tacha u objeción de las partes en el traslado correspondiente...”(Sentencia de 5 de abril de 1967).

*Así mismo, dijo la Corporación que “el concepto emitido por el Tribunal en sentencia y la acusación al respecto y de que se acaba de hacer mérito, plantea de nuevo el problema que sobre el particular tiene ya resuelto la Corte y que además ha sido estudiado ampliamente por los doctrinantes, a saber: Hasta dónde vincula al juzgador un dictamen pericial. La fuerza vinculante de un experticio, en todo caso, y que obligue al juzgador a someterse a aquél sin discriminación de ninguna especie, no ha sido aceptada nunca por los expositores ni por nuestra legislación. De ahí en ésta la existencia de los artículos 722 y 723 del Código Judicial (actualmente la regla 241 del C. de P. C.) que no sólo permite sino autorizan el análisis y valoración de los fundamentos de un dictamen; esas normas dan al juzgador amplitud de juicio y de criterio para fijar en cada caso el valor de un peritazgo, sin estar forzado nunca a admitirlo o rechazarlo mecánica o ciegamente. En sentencia publicada en la Gaceta Judicial número 1935 y citada por el fallador, dijo la Corte: ‘No se establece en estos artículos 722 y 723 del Código la imperativa aceptación mecánica por parte del juez del dictamen uniforme de los peritos...con la sola condición de estar explicado y fundamentado, sino que es indispensable que esté debidamente fundamentado. **En la apreciación de esta última condición, que es***

la esencia de la prueba pericial, es donde tiene oportunidad y manera de justificarse la facultad judicial de apreciación del dictamen de los expertos, aunque sea uniforme y aparezca fundado debidamente. Apenas vale advertir que el juicio sobre estas calidades o requisitos del dictamen, corresponde exclusivamente al juez, quien las reconoce o niega, para aceptar o negar fuerza probatoria al dictamen de los peritos'. Y justificando la razón de ser en la prueba pericial dijo: 'Es la natural imposibilidad de que el juez posea conocimientos universales y en cantidad y calidad adecuadas sobre las múltiples materias, algunas de gran complejidad técnica, que se someten a su decisión jurisdiccional, al verdadero fundamento filosófico y jurídico de la institución de la prueba de peritos, mediante la cual el sentenciador alumbró sus decisiones y juicios con el examen y concepto que personas técnicas realizan sobre determinadas cuestiones de hecho que requieren la sistematización de conocimientos especiales para su comprensión y dominio. El perito es pues un auxiliar técnico del juez. Sus conclusiones o dictamen de acuerdo con la naturaleza sui generis de sus funciones, y como lo tiene consagrado la doctrina jurídica universal, constituyen datos o elementos de juicio aprovechables por el funcionario del Poder Judicial en la medida que encuentre aceptables los fundamentos en que se apoyan las conclusiones a que lleguen que en todo caso deben expresar con precisión, exactitud y claridad" (sent. 9 de mayo de 1938, G.J. Tomo XLVI, número 1935, págs.421 y 422, sent.17 agosto de 1944, G.J. Tomo 57 pág. 533). (Destaca la Sala).

Así mismo, establece el inciso 3° del artículo 226 del Estatuto Procesal que, el perito está en la obligación de acompañar con su dictamen todos los documentos que le sirven de fundamento y aquellos que acrediten su idoneidad y experiencia. Así mismo, el numeral 3° de esa misma normativa, prevé que el dictamen rendido dentro de un asunto debe contener como mínimo: "La profesión, oficio, arte o actividad especial ejercida por quien rinde el dictamen y de quien participó en su elaboración. Deberá anexarse los documentos idóneos que lo habilitan para su ejercicio, los títulos académicos y los documentos que certifiquen la respectiva experiencia profesional, técnica o artística."

Desde esta perspectiva, se tiene que en el trabajo arrimado al proceso no se dieron cabal cumplimiento a dichas directrices, pues, con el mismo no se anexó los títulos académicos que acreditan la calidad de experto grafólogo, así como tampoco, la lista de los casos en los cuales fue designado como perito o en los que haya participado en los últimos cuatro años, además tampoco se hizo ninguna manifestación si se encontraba o no incurso en alguna de las causales previstas en el artículo 50 ídem y, tampoco se indicó si los exámenes o métodos utilizados para el desarrollo de la labor encomendada son diferentes a los empleados en oportunidades anteriores, lo que deja en absoluta evidencia la falta de formalidades del estudio efectuado por el perito grafólogo, como también pone en entre dicho la idoneidad de ese profesional.

Respecto de los títulos académicos de la persona a quien se le ha encomendado la realización de un estudio de tal envergadura, ha dicho la doctrina que: "[s]i el profesional, técnico o artista no logra acreditar que realmente ha obtenido los títulos que requieren para ejercer la respectiva actividad en la que se considera experto, no tendrá valor su dictamen, ya que es requisito legal y por lo tanto la inexistencia de dichos créditos vicia la

pericia.”

(...)

“Es posible que una persona sea profesional con títulos académicos en ciertos programas de estudio, pero su trabajo e investigaciones se han desarrollado en otros campos, es el caso, como ejemplo, de ingenieros que se dedican al mercadeo, en este caso, no valdrán los títulos de profesiones que no versen sobre el objeto a dictaminar, pero podrá el experto acreditar por otros medios como los expresados anteriormente su idoneidad y experiencia para la experticia.”

“En Colombia muchas de las profesiones se encuentran reguladas en la ley, se han creado organismos o unidades administrativas especiales que expiden tarjetas profesionales que licencian al profesional para el ejercicio de la actividad; es el caso, por ejemplo, de la Contaduría Pública, que está reglada y requiere tarjeta profesional para su ejercicio, en particular para las certificaciones o dictámenes; así las cosas, cuando se trate de este tipo de expertos se requiérela tarjeta profesional vigente.”

“No acreditar la idoneidad y experiencia del perito, y sus títulos académicos cuando fuese necesario, es un vicio del dictamen pericial, que tiene como sanción la falta de valor probatorio del mismo; en la audiencia de sustentación del dictamen pericial, el auxiliar de la justicia debe acreditar su experticia y esto lo hará a través de las certificaciones de experiencia y sus títulos académicos.”⁴ (Negrilla de la Sala).

Y es que los legajos que se arrimaron con el propósito de remediar las falencias que vienen de anotarse no pueden tenerse en cuenta en la medida que los mismos fueron allegados con posterioridad a que dicho trabajo fuera objeto de contradicción e incluso cuando ya se había dictado sentido del fallo, es decir, por fuera de la oportunidad procesal prevista por el legislador dado que era con el dictamen pericial que debían haberse adjuntado y es que pretender que se tenga en cuenta ese trabajo cuando no se dio cabal cumplimiento a los requisitos formales del mismo, sería tanto como admitir que se vulnere el derecho de defensa de la contraparte que justamente cuestionó la idoneidad de la persona que elaboró ese estudio por las falencias ya enunciadas.

Pero más allá de eso, nótese que tampoco introdujo en su estudio cual fue el método utilizado para arribar a la conclusión que la firma plasmada en el documento denominado acuerdo de voluntades no correspondía a la de Camilo Mora Padilla, sino que se trata de una imitación, lo que a todas luces le resta credibilidad a su dicho, sumado a la circunstancia que cuando se le interrogó frente a este tópico se limitó a decir que tan solo había efectuado un cotejo de firmas, sin efectuar un estudio a fondo respecto de los rasgos escriturales del ejecutado al punto que ni siquiera le tomó un dictado para determinar si era rúbrica allí plasmada contenía similitud con la escritura del mismo y es que este aspecto cobra especial relevancia en la medida que la

⁴ OCHOA PÉREZ, Cesar Mauricio, *Tratado de los Dictámenes Periciales*. Ed. Biblioteca Jurídica Dike. 2017.

testigo Norma Janneth Jaramillo López aseguró que Camilo Mora Padilla acostumbraba a utilizar dos tipos de firma diferente, de ahí que con independencia si la firma plasmada en el acuerdo de voluntades era similar a no con las impuestas en las declaraciones de renta y otro tipo de documento, lo que aquí debió haberse analizado era sí la rúbrica cuestionada tenía las facciones y características de la escritura del convocado, empero, como así no ocurrió es incuestionable que la falsedad no está demostrada y, por ende, la autenticidad del documento tampoco fue desvirtuada.

De otra parte, también se cuestiona que para la fecha en que se firmó el documento tantas veces citado -18 de marzo de 2010- quien firma en condición de representante legal de C.I. LILI GEMS LTDA, no ostentaba tal condición en la medida que dicha designación tan solo fue inscrita en la Cámara de Comercio de Bogotá el día 19 siguiente.

Entonces, de las pruebas documentales arrimadas con la contestación de la demanda, más exactamente, del certificado histórico de nombramientos de representante legal de la sociedad reseñada con anterioridad expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, es evidente que la junta de socios el día 1º de marzo de 2010 nombró a Norma Janneth Jaramillo López en condición de gerente, acto que fue inscrito el 19 del mismo mes y año, lo que implica que el mismo -la representación legal- no surte efectos frente a terceros sino con posterioridad a la inscripción de acuerdo con lo establecido en el artículo 163 del Estatuto de Comercio, no obstante, es menester señalar que en este particular evento el aquí convocado no se trata de un tercero sino justamente de la persona que fue socio de dicha persona jurídica con anterioridad y quien ostentó también en otra época la representación legal de la misma, de ahí que el señalado argumento para restarle eficacia al acuerdo de voluntades firmado por el demandado y la sociedad en cuestión, no puede tener acogida.

Pero si en gracia de discusión, se adujera que se trata de una extralimitación de sus funciones, es necesario advertir que el aquí ejecutado no está legitimado para plantear dicha discusión y este tampoco resulta ser el escenario propicio para zanjar la misma, sumado a que en todo caso el socio de las cuotas o partes de interés y representante legal de la sociedad convocada Henry Mahecha Marcelo ratificó dicho acto.

Ahora, también se cuestiona que el multicitado documento está fechado 18 de marzo de 2010, en tanto que Henry Mahecha Marcelo actuando como persona natural y en condición de representante legal de la persona jurídica demandante, al absolver el interrogatorio de parte expresó que el mismo había firmado delante de él por Camilo Mora Padilla unos días después de esa data, mientras que Norma Janneth Jaramillo López expresó que fue en esa misma calenda, no obstante, si fue un día antes o uno después la verdad no le resta eficacia a lo allí plasmado, pues dicha imprecisión no le quita el carácter de título ejecutivo como parece entenderlo el censor.

6.5.- Todo lo anterior permite colegir sin asomo de duda que los documentos báculo de la ejecución cumplen con los requisitos para que de él emane la obligación de pagar las sumas allí determinadas en

cabeza del deudor, que para este caso en particular, no es otra persona que el aquí ejecutado Camilo Mora Padilla.

6.6.- Así las cosas, pertinente resulta recordar que cuando se está de cara a un título ejecutivo, en principio, se parte de un derecho cierto como lo es la obligación allí instrumentada, por ende, para que resulte procedente enervar el cobro coercitivo las excepciones que se planten deben estar en la dirección de restarle fuerza ejecutiva al mismo, lo que en estricto rigor no acontece aquí, pues contrario a lo afirmado por el demandado es evidente que la firma allí impuesta es de su autoría y en tales circunstancias se obligó a solucionar las sumas que se adeudaban ante el Ministerio de Minas y Energía por concepto de fiscalización correspondiente a los años 2001 a 2004.

7.- Ahora bien, antes de abordar el estudio de la prescripción y su renuncia, debe dejarse en claro que el documento base del recaudo es de aquellos denominados títulos ejecutivos, de ahí que no resulte procedente a esto últimos aplicarle las reglas previstas en el Código de Comercio para los títulos valores, como lo pretende el recurrente.

Y es que frente a este especial tópico la Corte Suprema de Justicia, en reciente pronunciamiento expresó que:

*Se destaca, la imposibilidad de confundir el “título ejecutivo con título valor”, pues cada uno responde a características jurídicas que los diferencian, aspecto sobre el cual esta Corte ha advertido: “(...) todo título valor puede ser título ejecutivo pero no todo título ejecutivo es un título valor. A mayor abundancia, los títulos valores en nuestra legislación son de carácter taxativo, *verbi gratia*, sólo los así calificados por la ley son tenidos como tales (...)”⁵.*

Los títulos valores se definen como bienes mercantiles al tenor del artículo 619 del Código de Comercio. Son documentos necesarios para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo que allí se incorpora y por ello habilitan al tenedor, conforme a la ley de circulación del respectivo instrumento, para perseguir su cobro compulsivo a través de la acción cambiaria, sin ser oponible, para los endosatarios, el negocio causal origen del mismo.”⁶

7.1.- En tal sentido, resulta absolutamente inapropiado y por demás impertinente que el inconforme pretende se declare la prescripción de la acción conforme lo establece el artículo 790 del Código de Comercio, en la medida que dicha normativa es aplicable únicamente a los títulos valores taxativamente establecidos por el legislador, que no es el caso de autos, en la medida que, se insiste, aquí se está frente a un título ejecutivo complejo, de ahí que las reglas aplicables no pueden ser otras que las establecidas en el Código General del Proceso y en el Código Civil.

8.- En claro lo anterior, se adentrará la Sala en el estudio de la prescripción de la acción ejecutiva, al respecto ha de memorarse que dicha institución cumple dos funciones en la vida jurídica, una como modo de adquirir el dominio de las cosas ajenas y, otra, como medio de extinguir las

⁵ CSJ. A.C. de 1º de abril de 2008, exp. 2008-00011-00

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia STC3298 de 14 de marzo de 2019, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

acciones o derechos ajenos, cuando ambas han dejado de ejercerse durante cierto tiempo; denominase la primera usucapión o prescripción adquisitiva, a través de la cual quien ha poseído por un período determinado y con el lleno de los demás requisitos de ley, gana así el derecho real de los bienes ajenos corporales, raíces o muebles que se encuentran en el comercio humano; en cambio la segunda **prescripción extintiva o liberatoria**, que no se trata de un mecanismo de adquirir sino una manera de extinguir las acciones o derechos personales de quien ha dejado de ejercerlos por un tiempo determinado, sin que implique, por otra parte, determinación del nuevo titular del derecho de dominio.

Ahora bien, la acción ejecutiva prescribe en cinco años por así disponerlo el artículo 2536 del Código Civil, contados a partir del día del vencimiento de la obligación.

Para la procedencia de la prescripción deben concurrir varios requisitos, a saber: a) **transcurso del tiempo**, b) **inacción del acreedor**, c) **alegarse expresamente** y, d) **que no se haya renunciado, interrumpido o suspendido**.

Una vez empieza el lapso de la prescripción de largo o corto tiempo, bien puede ocurrir que el término que había comenzado a transcurrir se borre y que, por ello, ésta -prescripción- no pueda consumarse, sino que, se inicie un nuevo período. Ello ocurre, cuando el deudor por su propia voluntad la **interrumpe o la renuncia**, es decir, se despoja de ese derecho y con su conducta revive nuevamente la acción en cabeza del acreedor.

Una de las formas de borrar el término prescriptivo que ha corrido y, por consiguiente, revivir el derecho de acción que le asiste al acreedor, es la **interrupción**, que puede ser natural o civil. Se presenta la primera -natural- cuando el deudor de manera consciente reconoce la obligación, acepta la deuda, ya expresa o tácitamente (art. 2539 C. C.); será expresa cuando el reconocimiento de la obligación es claro, nítido, sin ambages y tácito cuando la aceptación se deduce de otros actos y, la segunda, por el hecho de la presentación del libelo genitor, siempre y cuando concurren los requisitos señalados en el artículo 94 del Código General del Proceso.

Otra manera de revivir el derecho de accionar del acreedor, el cual se encuentra sepultado con ocasión de la prescripción, ocurre cuando el deudor consciente o voluntariamente **renuncia** a ella, también ocurre de manera expresa o de forma tácita; se presenta renuncia tácita cuando "...el que puede alegarla manifiesta por un hecho suyo que reconoce el derecho del dueño o del acreedor...." (art. 2514 *ibídem*) y el mismo legislador coloca el ejemplo de que "... cuando cumplidas las condiciones legales de la prescripción, el poseedor de la cosa la toma en arriendo, o el que debe dinero paga intereses o pide plazos" (art. 2514 *ejúsdem*).

8.1.- En este contexto, cumple memorar que el documento por el cual el demandado se obligó a cancelar la obligación de parafiscalización de los años 2001 a 2004, está adiado del 18 de marzo de 2010, sin embargo, como se ha venido insistiendo de él solo no se desprende la

obligación, de ahí que el otro documento apto para establecer la exigibilidad de la obligación sería la Resolución 401-0023- de 14 de agosto de 2014, mediante la cual se libró mandamiento de pago en el proceso de cobro coactivo en contra de C.I. LILI GEMS LTDA, lo que en principio, permite establecer que dicha término fenecía el 14 de agosto de 2019.

No obstante, nótese que dentro del proceso existe prueba de confesión del demandado en punto a que él realizó dos consignaciones a órdenes del Ministerio de Minas y Energía y para la obligación que allá se ejecutaba por las sumas de \$17'500.000,00 el día 30 de abril de 2015 y \$17'497.250,00 el día 29 de mayo de 2015, es decir, que el lapso de tiempo que se venía contando se interrumpió e inició a contabilizarse nuevamente en ésta última data.

Lo que significa que el nuevo plazo para que operara la prescripción sería el 29 de mayo de 2020, mientras que la demanda se presentó el 15 de noviembre de 2019, es decir, antes de que finalizará el quinquenio ya reseñado, así mismo, nótese que el mandamiento de pago se notificó por estado al aquí ejecutante el 10 de diciembre de 2019, mientras que el enteramiento al demandado de esta acción ejecutiva se produjo el 13 de julio de 2020, es decir, dentro del término del año previsto en el artículo 94 del C. G. del P., de allí que la presentación de la demanda consiguió el fin perseguido evitando que operara la prescripción extintiva de la obligación.

Así mismo, no desconoce la Sala que el demandado frente a esos abonos afirmó que los había efectuado porque Henry Mahecha Marcelo le había pedido el favor en razón de unos dineros que él le adeudaba, sin embargo, dicho aspecto no se encuentra soportado por ningún otro medio de prueba que de verdad permita inferir de manera razonada que en verdad ello sucedió de este modo, resultando insuficiente para tal propósito su simple manifestación, por razón que a nadie le es dado el privilegio de que su mero dicho sea prueba de lo que afirme, tal como lo ha precisado la H. Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil:

“es verdad que, con arreglo al principio universal de que nadie puede hacerse su propia prueba, una decisión no puede fundarse exclusivamente en lo que una de las partes afirma a tono con sus aspiraciones. Sería desmedido que alguien pretendiese que lo que afirma en un proceso se tenga por verdad, así y todo sea muy acrisolada la solvencia moral que se tenga. De ahí que la Corte Suprema de Justicia haya dicho en un importante número de veces... que ‘es principio general de derecho probatorio y de profundo contenido lógico, que la parte no puede crearse a su favor su propia prueba. Quien afirma un hecho en un proceso tiene la carga procesal de demostrarlo con alguno de los medios que enumera el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil, con cualesquiera formas que sirvan para formar el convencimiento del Juez. Esa carga... que se expresa con el aforismo onus probandi incumbit actori no existiría, si al demandante le bastara afirmar el supuesto de hecho de las normas y con eso no más quedar convencido el Juez”⁷.

⁷ Sent. de 12 de febrero de 1980 Cas. civ. de 9 de noviembre de 1993. G.J. CCXXV, pag. 405

9.- Desde esta perspectiva, es incuestionable que las alegaciones expuestas por el censor no están llamadas a prosperar, pues la indebida valoración de las pruebas no aparece demostrada, por las razones que viene de anotarse.

10.- También es de recibo en esta ocasión acotar que tal y como se expuso en el nomenclador 5° el fallador se encuentra facultado para volver sobre el documento báculo de la ejecución y es que al analizar la Resolución 401-0300 del 1° de octubre de 2019, la que junto con el acuerdo de voluntades constituyen los documentos que soportan los pedimentos del libelo introductor, surge incuestionable que entre los mismos no existe concordancia, pues mientras que en ese acto administrativo adujo que el valor adeudado ascendía a la suma de \$44'943.684,25 más el valor de \$124'317.286,75 por concepto de intereses, en la demanda tales montos no fueron debidamente discriminados, por el contrario se pidió se libraría orden de apremio por el monto total de \$169'260.971,00, más los intereses que se causen desde la data anteriormente señalada, y fue así como se dispuso la orden de apremio, sin embargo, pasó inadvertido el Juez de primer grado que se estaban capitalizando intereses, temática que se encuentra expresamente prohibida por el legislador, sumado a la circunstancia que existe prueba de confesión de la parte actora en punto de que esos abonos no fueron descontados del total de la obligación.

No obstante lo que viene de anotarse, ello no es impedimento para ordenar seguir adelante la ejecución en la medida que de acuerdo con el artículo 430 del C.G.P. el juez está facultado para ordenar el pago en la forma que se considere legal.

10.1.- En tales circunstancias, habrá de modificarse la orden de pago, disponiendo que el demandado cancele las siguientes sumas de dinero, así: por concepto de capital la suma de \$44'943.684,25, por concepto de intereses la suma de \$89'320.036,75 que es el resultado de restarle a \$124'317.286,75 los abonos por valor de \$34.997.250,00, lo anterior en razón a lo estipulado en el artículo 1653 del Código Civil, más los intereses que se causen sobre el quantum primeramente reseñado desde el 1° de octubre de 2019 y hasta cuando se verifique el pago total de la obligación.

11.- En conclusión, habrá de modificarse el numeral 2° de la parte resolutive de la sentencia, en los términos indicados en el numeral anterior, confirmándola en lo demás, con la consecuente condena en costas en esta instancia ante la improsperidad de la alzada de acuerdo con lo establecido en el numeral 1° del artículo 365 del C.G.P.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

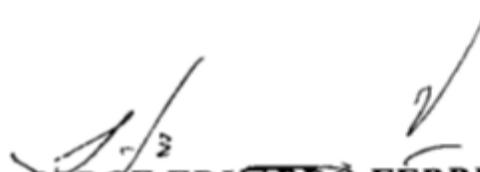
1.- MODIFICAR el numeral 2° de la sentencia dictada el dieciséis (16) de junio de dos mil veintiuno (2021), por el Juzgado Treinta y Siete (37) Civil del Circuito de la ciudad, en el sentido de ordenar seguir adelante la ejecución así: \$44'943.684,25, correspondiente al capital, \$89'320.036,75 por concepto de intereses causados con anterioridad al 30 de septiembre de 2019, más los intereses de mora que se causen sobre el monto primeramente señalado desde el 1° de octubre de esa misma anualidad y hasta que se verifique su pago total, por las consideraciones plasmadas en esta determinación.

2.- CONFIRMA en lo demás la sentencia apelada.

3.- CONDENAR en costas de esta instancia a la parte demandada, ante la negativa de sus reparos. Tásense.

3.1.- De conformidad con lo previsto en el numeral 3° del artículo 366 del Código General del Proceso, en concordancia con el artículo 5° del AcuerdoPSAA16-10554 de 2016, en la liquidación de costas causadas en segunda instancia, inclúyase como Agencias en Derecho la suma equivalente a dos salarios mínimos mensuales vigentes. Para la elaboración de la misma síganse las reglas previstas en dicha norma.

NOTIFÍQUESE


JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO


ADRIANA AYALA PULGARÍN

Magistrada


MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA
Magistrada

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

Bogotá D.C., veintiséis (26) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Ref: PROCESO VERBAL de PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR FINANCIERO de CARLOS HUMBERTO AGUILAR ARAUJO contra BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A. y BBVA COLOMBIA S.A. Exp. No. 003-2020-01991-01.

MAGISTRADO PONENTE: JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS.

Discutido y aprobado en Sala de Decisión de 22 de septiembre de 2021.

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por el extremo activo y por el Banco BBVA Colombia S.A. contra la sentencia dictada en audiencia pública celebrada el trece (13) de julio de dos mil veintiuno (2021), en la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, por la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.- CARLOS HUMBERTO AGUILAR ARAUJO, actuando por conducto de apoderada judicial instauró demanda verbal de protección al consumidor financiero contra las personas jurídicas BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A. y el BANCO BBVA COLOMBIA S.A., pretendiendo que (i) se reconozca que la incapacidad total y permanente del demandante, constituye causal de amparo establecida en la póliza de seguro de vida grupo deudores póliza No. 2190000221200 suscrita con la compañía aseguradora convocada y de la cual es beneficiaria la entidad financiera demandada, (ii) que se obligue a la primera de las citadas a cancelar el saldo insoluto del crédito terminado en 6352 desde el momento de la configuración del siniestro; (iii) se condene a las entidades a pagar las costas procesales. (fl. 2, 1. demanda).

2.- Las pretensiones se apoyan, en resumen, en los hechos que seguidamente se citan (fls. 2 a 9 ibidem):

2.1.- El 12 de mayo de 2017 el demandante adquirió con el BANCO BBVA COLOMBIA S.A. un préstamo de consumo por la suma de \$49.000.000,00 al cual se le otorgó el número 0012-0158-66-9610356352; como requisito obligatorio por parte de dicha entidad financiera se obligó al convocante a tomar un seguro de vida con la compañía BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A, con el propósito principal de asegurar el pago insoluto de la deuda adquirida, en caso de siniestro.

2.2.- Refiere que en la data 1° de junio de 2017 se perfeccionó la póliza de seguro de vida grupo deudores número 02 219 0000221200 sin que al demandante le fuera entregada y/o notificada la carátula de póliza de seguros, tampoco la integridad del contrato ni mucho menos sus correspondientes anexos.

2.3.- Agrega que, en vigencia de ese negocio jurídico fue calificado por la Junta Médica Laboral Militar No. 108319 con una pérdida de capacidad laboral total y permanente superior al 55.88%, razón por la cual le fue imposible continuar dando cumplimiento a la obligación, por lo que procedió a presentar la reclamación correspondientes para obtener el pago del riesgo asegurado ante la ocurrencia del siniestro, empero, la compañía BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A. objetó la reclamación argumentando que el deudor incurrió en reticencia pues al momento de tomar la póliza omitió informar sus antecedentes médicos de hipoacusia, nefrolitiasis bilateral y lumbalgia.

2.4.- Adiciona que a pesar de haber cumplido con la obligación a su cargo hasta el momento en el que dejó de estar en servicio de las fuerzas militares de Colombia con motivo de su incapacidad total y permanente, el BBVA SEGUROS DE VIDA se ha sustraído de las suyas, pese a que dentro de los amparos se encuentra la incapacidad laboral igual o superior al 50%.

2.6.- Indica que es notorio el abuso de la posición dominante del BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A., pues nunca le fueron explicados de manera pormenorizada las condiciones de la póliza de seguros, ni le fue entregada una copia de la carátula, el contrato y los anexos de esta.

3.- La persona jurídica BBVA COLOMBIA S.A. se notificó en la forma prevista en el artículo 8° del Decreto 806 de 4 de junio de 2020, y en réplica al libelo, se opuso a las pretensiones y planteó las excepciones que tituló: “MALA FE DEL DEMANDANTE E INEXISTENCIA DE CAUSA QUE GENERA NULIDAD ABSOLUTA DE SU VINCULACIÓN AL AMPARO DE INCAPACIDAD TOTAL PERMANENTE DEL SEGURO DE VIDA DE DEUDORES, CAUSA ILÍCITA”, “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”, “CUMPLIMIENTO LEGAL Y CONTRACTUAL DE BBVA COLOMBIA” y la “GENÉRICA” (fls. 3 a 5 correo derivado 15 exp. digital).

3.1.- La persona jurídica BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A. se notificó en la forma prevista en el artículo 8° del Decreto 806 de 4 de junio de 2020, y por su parte, propuso las excepciones que denominó: “NULIDAD DE LA VINCULACIÓN AL CONTRATO DE SEGURO COMO CONSECUENCIA DE LA RETICENCIA DEL ASEGURADO”, “INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN A CARGO DE LA ASEGURADORA DE PRACTICAR Y/O EXIGIR EXÁMENES MÉDICOS EN LA ETAPA PRECONTRACTUAL”, “LA ACREDITACIÓN DE LA MALA FE NO ES UN REQUISITO DE PRUEBA PARA QUIEN ALEGA LA RETICENCIA DEL CONTRATO DE SEGURO”, “BBVA SEGUROS DE VIDA S.A. TIENE LA FACULTAD DE RETENER LA PRIMA A TÍTULO DE PENA COMO CONSECUENCIA DE LA DECLARATORIA DE LA RETICENCIA DEL CONTRATO DE SEGURO”, “CADUCIDAD Y/O PRESCRIPCIÓN: APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 58 NUMERAL 3 DE LA LEY 1480 DE 2011”, “PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DERIVADA DEL CONTRATO DE SEGURO”, “GENÉRICA O INNOMINADA Y OTRAS”, y de manera subsidiaria las que nombró “EN CUALQUIER CASO, DE NINGUNA FORMA SE PODRÁ EXCEDER EL MÁXIMO DEL VALOR ASEGURADO”, “EN CUALQUIER CASO, LA OBLIGACIÓN DE LA COMPAÑÍA NO PUEDE EXCEDER EL SALDO INSOLUTO DE LA OBLIGACIÓN”(fls. 29 a. 55, derivado 16).

4.- En audiencia pública de que trata el artículo 372 del C.G.P. se declaró fracasada la conciliación, se interrogó a las partes, se fijó el litigio, se decretaron las pruebas y, en la prevista en el canon 373 ejusdem, se recaudaron los medios de convicción, se escucharon los alegatos de conclusión y, finalmente, se dictó sentencia, en la cual se declaró probada la excepción de nulidad del contrato de seguro por reticencia, se encontraron no demostradas las excepciones planteadas por la entidad financiera convocada y, en su lugar, se declaró civil y contractualmente responsable al Banco BBVA Colombia S.A. al incumplir con sus deberes de información y debida diligencia en la comercialización de la póliza de vida grupo deudores, por ende, se condenó al BANCO BBVA COLOMBIA S.A. a reconocer a título de perjuicio, la suma de \$29.000.000,00, inconformes con dicha determinación la parte actora y la entidad bancaria demandada interpusieron el recurso de apelación que ahora se analiza.

II. EL FALLO DEL A-QUO

5.- La funcionaria a-quo revestida de facultades jurisdiccionales inició su fallo haciendo referencia a las pruebas documentales obrantes en el proceso que demuestran que con ocasión al crédito terminado en 6352 otorgado el 1° de julio del 2017, el demandante fue incluido en la póliza de vida grupo deudores, la cual es objeto del pleito y que cubre los amparos de incapacidad total y permanente, así como el básico de muerte.

Así mismo, aclaró que al discutirse por el consumidor el cumplimiento defectuoso por parte del BANCO BBVA COLOMBIA S.A a los deberes de información y debida diligencia, en razón del contrato en el que intervino es evidente que la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva no se encuentra llamada a prosperar en la medida que era justamente dicha sociedad la encargada de la comercialización de dicho producto y a quien se le endilga la falta de diligencia.

Ahora bien, la compañía de seguros alegó la caducidad y/o prescripción prevista en el artículo 58 numeral 3° de la Ley 1480 de 2011, así como la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro, las cuales consideró deben ser despachadas desfavorablemente puesto que el vínculo contractual terminó por mandato legal y contractual, con ocasión de la mora en el pago de la prima, es decir, en septiembre de 2019, lo que de suyo permite colegir que el término para interponer esta acción se extendió hasta el 18 de octubre de 2020, mientras que el libelo fue presentado el 28 de agosto de esa misma anualidad, de lo cual se puede colegir sin dificultad que dicha acción se presentó antes de que venciera el término de un año a que hace alusión la norma en comento, en tanto que, tampoco alcanzó a completarse el bienio contemplado en el canon 1081 del Código de Comercio derivada del contrato de seguro.

Agregó que en punto de la excepción de “NULIDAD DE LA VINCULACIÓN AL CONTRATO DE SEGURO COMO CONSECUENCIA DE LA RETICENCIA DEL ASEGURADO” dentro del plenario se logró demostrar que el actor no declaró sinceramente su estado de salud, es decir, que incurrió en reticencia, en la medida que no informó las patologías de base que padecía, en tanto que, la aseguradora afirmó que de haber conocido las mismas hubiese contratado en unas condiciones más onerosas o no hubiere sustraído de otorgar el contrato de seguro, de tal modo, que este medio de defensa se encuentra llamado a prosperar.

Continúo indicando que la excepción planteada por el BANCO BBVA COLOMBIA S.A. denominada “CUMPLIMIENTO LEGAL Y CONTRACTUAL DE BBVA COLOMBIA SA”, se declarará no probada en la medida que dicha entidad incumplió los deberes de información y diligencia que debía garantizar al cliente para la toma de decisiones instruidas al momento de la suscripción de la solicitud del seguro al que aceptaba adherirse por cuenta del crédito contratado, pues entre otras pruebas, el testimonio del asesor comercial que atendió al demandante deja ver que este no cumplió con los deberes precitados, omitiendo emplear los instructivos de las políticas para la contratación de la póliza colectiva de vida vinculada al crédito previstas por la misma entidad financiera, lo que contribuyó a que el contrato de seguro naciera viciado.

Para finalizar, sobre la excepción de “MALA FE DEL DEMANDANTE E INEXISTENCIA DE CAUSA QUE GENERA NULIDAD ABSOLUTA DE SU VINCULACIÓN AL AMPARO DE INCAPACIDAD TOTAL PERMANENTE AL SEGURO DE VIDA DEUDORES

CAUSA ILICITA” no se probó el actuar irregular del convocante y aparte del incumplimiento a una medida de autoprotección a cargo del consumidor como lo prevé la Ley 1328 de 2009, ello no exonera a la entidad financiera profesional a cumplir sus obligaciones pues dado el interés público de la actividad financiera y la calidad de quien la ejerce, la contraprestación que recibe por los servicios y productos que ofrece se genera un régimen especial de responsabilidad respecto del cual no es oponible la buena o la mala fe de quien la ejerce, de ahí que esos medios de defensa no pueden salir avante, no obstante, como el actor se expuso injustificadamente al riesgo resulta necesario graduar el daño en un 60% a cargo de la entidad bancaria demandada y el 40% que deberá ser asumido por Carlos Humberto Aguilar Araujo.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

6.- Inconformes con dicha determinación ambas partes interpusieron recurso de apelación en los siguientes términos:

La demandante

(i) Argumenta que la posición del actor se encuentra basada en las diligencias, obligaciones y deberes, que radican en cabeza de la entidad aseguradora y entidades financieras, como de forma insistente lo ha señalado la Corte Constitucional, dado que ellas como profesionales deben garantizar que la información suministrada a los consumidores financieros resulte clara, precisa y suficiente, en tanto que, también se encuentran en la obligación de corroborar las declaraciones de asegurabilidad y explicar que en caso de incurrir en inexactitud al momento de contestar el cuestionario, ello genera la nulidad relativa, pues de no actuar de este modo surge evidente que el único propósito es no responder por el riesgo asegurado en caso de siniestro, lo que en últimas se traduce en una mala fe.

Adiciona que, la primera instancia se limitó a analizar la reticencia en la etapa precontractual bastándole la demostración de las preexistencias médicas a la hora de suscribir el contrato de seguro y su inexactitud frente a este tópico en la declaración del riesgo, no obstante, pasó inadvertido que en múltiples pronunciamientos realizados por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia se ha expresado que dichas circunstancias por sí solas no dan lugar a la configuración de la reticencia, pues es necesario, a su vez, examinar todo el comportamiento del consumidor financiero durante la vigencia del contrato.

Agrega que en el proceso se encuentra suficientemente acreditado que no hubo mala fe de Carlos Aguilar, por el contrario, las demandadas se desligaron de su obligación de demostrar tal aspecto, en tanto que la aseguradora no cumplió su deber de confirmación ya que en varias oportunidades manifestó enfáticamente que tal obligación no

existe, así mismo, adujo que dicha labor solamente la emprendió para negarse a cubrir el siniestro reclamado, proceder que configura mala fe.

(ii).- Indica que también resulta desproporcionado que tan solo se haya condenado a la entidad financiera a sufragar el 60% del valor del siniestro, pues no se tuvo en cuenta que se trata de una persona de especial protección constitucional dada su condición de invalidez, su mínimo vital se encuentra afectado en razón de la suspensión de su asignación salarial o mesada pensional, sumado a que no se trata de una persona versada en temas financieros o comerciales ni cuenta con una profesión en esa materia que le hubiesen permitido comprender los alcances de los negocios jurídicos suscritos y, si bien es cierto que el actor no cumplió con su deber de informar las demandadas tampoco hicieron lo propio frente a este tópico.

Finaliza, exponiendo que la Delegatura no realizó ningún pronunciamiento respectos de los intereses de mora peticionadas a partir de la ocurrencia del siniestro, sumando a que no se tuvo en cuenta los principios de solidaridad y pro consumatore, así como tampoco el parágrafo 1° del art. 6 de la Ley 1328 de 2009, a efectos de fijar la reducción del daño que ocasionó el Banco BBVA, pues resulta exagerado otorgar responsabilidad equivalente en un 40% a Carlos Aguilar.

La demandada- BBVA SEGUROS COLOMBIA S.A.

6.1.- Por su parte, la censura de la entidad financiera se contrae a:

(i).- Argumenta que la condena efectuada al Banco se hizo con base en el testimonio rendido por el asesor que comercializó ese producto financiero -Javier Augusto Parra Osorio-, no obstante, considera que la valoración probatoria efectuada al mismo resultó equivocada y desfasada en la medida que en el deponente no se evidenció falta de conocimiento del producto de seguros, así como que haya brindado una insuficiente información al consumidor financiero, como de manera equivocada lo concluyó la primera instancia, puesto que al contrario, de su versión resulta claro que sí brindó la posibilidad de contratar con otra entidad el seguro de vida, en tanto que, no se le puede reprochar el hecho de no recordar el contenido del artículo 1058 del Estatuto Comercial, pues incluso los abogados suelen olvidar lo que dispone ese canon, sumado a la circunstancia que es difícil recordar el contenido exacto de cada norma que se aplica o conoce, pues en la primera instancia se tergiversó lo dicho por el testigo, con el único propósito de efectuar una condena inexistente en contra del BBVA Colombia S.A.

(ii).- Adiciona que, no resulta acertado que se condene a la entidad financiera, pues está demostrado que ese producto no hace parte del objeto social de la misma, sumado a que no suscribió el contrato de seguro, en tanto que, la persona que lo comercializó no hacía parte de su fuerza de ventas, puesta tales situaciones quedaron claramente establecidas de las declaraciones del testigo mencionado.

(iii).- *Agrega que en lo que tiene que ver con el deber de información y debida diligencia es evidente que, son las aseguradoras y no los bancos las llamadas a responder por la deficiente ilustración que se haga en punto de los productos que colocan en el mercado, al margen de que para ello empleen o se prevalgan de la red física o humana de los establecimientos bancarios o de sus fuerzas de ventas internas o externas.*

7.- *Así mismo, por auto adiado 2 de septiembre de la presente anualidad se ordenó correr el traslado previsto en el inciso 3° del artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020.*

7.1.- *A través de escritos enviados por correo electrónico a la Secretaría de este Tribunal la demandada -apelante- sustentó en debida forma su recurso de alzada, en tanto que, el convocante descorrió el traslado en su debida oportunidad.*

IV. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1.- *Los presupuestos procesales, requisitos indispensables para la regular formación y desarrollo de la relación jurídico procesal, como son demanda en forma, capacidad para ser parte, capacidad para comparecer y competencia concurren en la litis, además como no se observa causal de invalidez que anule la actuación se impone una decisión de mérito, con la consideración adicional que en este caso en particular la Sala esta revestida para resolver sin limitaciones, habida cuenta que ambas partes interpusieron recurso de apelación.*

2.- *Con miras a desatar la alzada formulada por el extremo convocante y la aseguradora convocada debe decirse que este recurso se endereza a que el Superior revise la actuación del juzgador de primera instancia, pero inmerso siempre dentro del criterio dispositivo, por lo que son a los apelantes a quienes le corresponde determinar el ámbito dentro del cual ha de moverse el ad-quem al momento de tomar la decisión.*

3.- *En tal sentido, el problema jurídico a dilucidar se contrae a determinar: (i) si en la entidad financiera concurre la legitimación en la causa por pasiva, (ii) si están demostrados los elementos esenciales que constituyen la responsabilidad contractual que se le enrostra a la parte demandada, al haber presuntamente vulnerado el deber de información que le tenía que brindar al actor al momento de contratar el seguro y, finalmente, (iii) si la falladora de instancia incurrió en una indebida valoración probatoria o, por el contrario, la ponderación efectuada se encuentra acorde con las reglas de la experiencia y la sana crítica.*

Legitimación en la causa.

4-. *La legitimación en la causa es una cuestión propia del derecho sustancial y no del procesal, que atañe a la acción, entendida como pretensión y no a las condiciones para la integración y el desarrollo regular de la litis, cuya ausencia, ya sea en el demandante o en el demandado, conduce forzosamente a un fallo adverso a las pretensiones formuladas en el libelo, porque, como también lo ha sostenido esa alta Corporación es apenas lógico: “...que si se reclama un derecho por quien no es su titular o frente a quien no es llamado a responder, debe denegarse la pretensión del demandante en sentencia que tenga fuerza de cosa juzgada material, a fin de terminar definitivamente ese litigio, en lugar de dejar las puertas abiertas, mediante un fallo inhibitorio para que quien no es titular del derecho insista en reclamarlo indefinidamente, o para que siéndolo lo reclame nuevamente de quien no es persona obligada, haciéndose en esa forma nugatoria la función jurisdiccional cuya característica más destacada es la de ser definitiva...”*¹.

Pertinente es mencionar que frente al pronunciamiento de fondo cuando en el proceso se advierte la ausencia de legitimación en la causa, ha pregonado la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil que:

*“Preciso es notar cómo la legitimación en la causa, ha dicho insistentemente la Corte, es cuestión propia del derecho sustancial y no del procesal, por cuanto alude a la pretensión debatida en el litigio y no a los requisitos indispensables para la integración y desarrollo válido de éste. Por eso, su ausencia no constituye impedimento para resolver de fondo la litis, sino motivo para decidirla adversamente, pues ello es lo que se aviene cuando quien reclama un derecho no es titular o cuando lo aduce ante quien no es llamado a contradecirlo, pronunciamiento ese que, por ende, no sólo tiene que ser desestimatorio sino con fuerza de cosa juzgada material para que ponga punto final al debate, distinto de un fallo inhibitorio carente de sentido lógico por cuanto tras apartarse de la validez del proceso siendo éste formalmente puro, conduce a la inconveniente práctica de que quien no es titular del derecho insista en reclamarlo o para que siéndolo en la realidad lo aduzca nuevamente frente a quien no es el llamado a responder.”*².

*Concretando su criterio sobre el punto, dicha Corporación hizo la siguiente exposición: “Según concepto de Chiovenda, acogido por la Corte, la legitimatio ad causam consiste en la identidad de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción (**legitimación activa**) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (**legitimación pasiva**). Conviene desde luego advertir, para no caer en el error en que incurrió el Tribunal que cuando el tratadista italiano y la Corte hablan de “acción” no están empleando ese vocablo en el sentido técnico procesal, esto es como el derecho subjetivo público que asiste a toda persona para obtener la aplicación justa de la ley a un caso concreto, y que tiene como sujeto pasivo al Estado, sino como sinónimo de “pretensión”, que se ejercita frente al demandado. Para que esa pretensión sea acogida en la sentencia es menester, entre otros requisitos, que se haga valer por la persona en cuyo favor establece la ley sustancial el derecho que se*

¹ (G.J. T.CXXXVIII, pág.364-365)

² (Sentencia de agosto 14 de 1995. Expediente 4628. M.P. Nicolás Bechara Simancas)

reclama en la demanda, y frente a la persona respecto de la cual ese derecho puede ser reclamado. De donde se sigue que lo concerniente a la legitimación en la causa es cuestión propia del derecho sustancial y no del derecho procesal, razón por la cual su ausencia no constituye impedimento para desatar en el fondo del litigio sino motivo para decidirlo en forma adversa al actor. Si el demandante no es titular del derecho que reclama o el demandado no es persona obligada, el fallo ha de ser adverso a la pretensión de aquél, como acontece cuando reivindica quien no es el dueño o cuando éste demanda a quien no es poseedor.”.

4.1.- Desde esta perspectiva, se tiene que el asunto que concita la atención del despacho la parte actora adquirió la obligación No. 0013 0158 66 9610356352 con el Banco BBVA Colombia S.A. por valor de \$49'000.000.00, el cual fue desembolsado el día 1º de junio de 2017, oportunidad en la que se incluyó al deudor en el póliza de seguro vida grupo deudores No. 02 219 0000221200 y certificado No. 0013 0158 65 4004956744, en el cual funge como tomador y beneficiario dicha entidad bancaria.

5.- En este contexto, resulta evidente que estamos en presencia de lo que la doctrina ha denominado contratos coligados, ya que para la suscripción del mutuo las entidades financieras exigen a los deudores contratar un seguro de vida que ampare a este de la muerte y la incapacidad total permanente.

5.1.- Frente a este tópico recientemente la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, literalizó que:

“Sin duda, si el querer de los contratantes es la obtención de un negocio cuya realización exige la celebración de una pluralidad de acuerdos de voluntad funcionalmente vinculados entre sí, se impone a ellos, en aplicación del comentado principio de la buena fe, adecuar su comportamiento a los señalados deberes relacionados con la idónea conformación y el adecuado funcionamiento del sistema, en tanto que, en el caso de los circuitos contractuales, su cumplimiento está directamente relacionado con el logro efectivo de la operación económica proyectada desde el inicio por los interesados.

En el ejemplo atrás utilizado por la Corte, no bastará a los extremos de la compraventa, realizar la tradición de la cosa; y a los del mutuo, como gestión completamente independiente, concretar el préstamo del dinero. No. El deber de los intervinientes será el de ejecutar esos contratos integrándolos en la forma como se concibió el negocio, o en la que mejor corresponda para que sirvan a la consecución del mismo, guiados por la mutua dependencia que los contratantes establecieron entre ellos, de modo que la enajenación sea, en verdad, la razón del crédito y que éste, a la vez, sea el instrumento para el pago del precio.

En suma, el coligamiento de contratos impone a quienes integren la cadena por ellos conformada, el deber de atender las obligaciones propias de las convenciones conjuntadas y, adicionalmente, las que se derivan de la integración misma, entendida como sistema, particularmente, las relacionadas con su adecuada conformación y su apropiado funcionamiento.

7.3. Siguiendo el hilo de la cuestión como se trae, fácil es notar que cuando el incumplimiento atribuido a uno de los intervinientes en la red, versa sobre los compromisos concernientes con el sistema, ese comportamiento no es ajeno al desarrollo contractual, sino propio de él.

Es que puestas las convenciones celebradas en el contexto que les corresponde, esto es, en el de su unión o estrecha ligazón funcional, surge patente la idea de que el cumplimiento que se espera de los intervinientes y que, por lo mismo, les es exigible, concierne tanto con la satisfacción de las obligaciones derivadas de cada una de ellas, como del conjunto (sistema).

De allí que la insatisfacción de unas y otras califique como contractual, pues así como los contratos se integran para actuar como un todo, sin que luego pueda escindírseles, algo parecido pasa con las obligaciones, de modo que no sea factible separarlas para pensar que su desatención da lugar, en ciertos casos, a responsabilidad contractual y, en los restantes, a responsabilidad extracontractual.”³ (Negrilla de la Sala).

5.2.- De la jurisprudencia que viene de citarse, se tiene que si el demandante tuvo que asumir el pago de unas primas por un seguro de grupo deudores que tenía contratado el Banco BBVA Colombia S.A. con la aseguradora de ese mismo nombre, con el propósito de garantizar la obligación que estaba adquiriendo en caso de ocurrir su muerte o incapacidad total o parcial y como quiera que era la entidad financiera la encargada de comercializar dicha póliza, así como brindarle la información correspondiente a sus clientes respecto de tal producto, surge indiscutible que dicho establecimiento cuenta con legitimación en la causa por pasiva para afrontar las pretensiones elevadas por la convocada, como de forma acertada lo concluyó la juez a quo.

5.3.- De tal modo que, frente a este tópico en particular no anduvo desafortunada la primera instancia, pues iterase, que en este evento la legitimación surge en razón del coligamiento existente entre el contrato de mutuo y el contrato de seguro.

6.- Ahora bien, se evidencia que la acción invocada encuentra soporte en un contrato de mutuo que admiten haber concretado el actor y la entidad financiera por valor \$49'000.000.00, el cual se encuentra garantizado por una póliza de grupo en donde la última funge como tomador y beneficiario, en tanto que el primero obró en calidad de asegurado, en torno a lo cual surge la controversia habida cuenta que al actor lo calificaron con una pérdida de la capacidad laboral de 55,88%, en tanto que, realizada la reclamación formal ante la aseguradora ésta la objetó en razón a que Carlos Humberto Aguilar Araujo incurrió en reticencia e inexactitud al momento de diligenciar el certificado de asegurabilidad, ya que no informó de las enfermedades que padecía para el 1º de junio de 2017, al tiempo, éste alegó que el BANCO BBVA COLOMBIA S.A. no le brindó información suficiente respecto

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC- 18476 de 15 de noviembre de 2017. M.P. Álvaro Fernando García Restrepo. Exp. 68001-31-03-001-1998-00181-02.

de la póliza y él tan solo se limitó a firmar sin leer los documentos que el asesor diligenció y entregó para tal propósito.

Del contrato de seguro

7.- Desde esta perspectiva debe precisarse, que la acción promovida versa sobre una responsabilidad civil contractual. Al respecto cabe puntualizar que los contratos de seguros se conciben con un sólo objetivo, la reparación del daño patrimonial sufrido por el titular del interés asegurable como consecuencia de un siniestro, restablecer su equilibrio económico quebrantado por la realización del riesgo asegurado e indemnizarlo en el sentido amplio de este vocablo.

A quien le asiste la obligación legal de cancelar la indemnización, una vez ocurrido el riesgo asegurado, es únicamente a la compañía de seguros, es una de las prestaciones contractuales que en ella radica por así determinarlo el art. 1080 del Código de Comercio modificado por el inciso 1º art. 83 de la Ley 45 de 1990 y éste a su vez modificado por el art. 111 de la Ley 510 de 1999, al prever que: “El asegurador estará obligado a efectuar el pago del siniestro dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, aún extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077...”.

Así que, a ningún otro interviniente en el contrato de seguro, se le debe exigir la indemnización una vez ocurrido el siniestro, por ser la aseguradora la persona jurídica que asume los riesgos, debidamente autorizada para ello con arreglo a las leyes y reglamentos (art. 1037 del C. Comercio), por consiguiente, el tomador, esto es, la persona que, obrando por cuenta propia o ajena traslada los riesgos a la aseguradora, que en varias clases de seguros coincide con aquél –tomador–, que es generalmente la persona directamente amenazada por los eventos asegurados o –en los seguros de personas -aquélla sobre cuya vida, sobre cuya integridad corporal, sobre cuya capacidad, sobre cuya salud se celebra el contrato de seguro, se les puede exigir el pago de la indemnización porque la ley les impuso tal obligación.

7.1.- Con apoyo en lo que viene de exponerse, se destaca, en primer lugar, que no existe reparo alguno frente a la existencia del contrato de seguro No. 02-219-0000221200 y certificado No. 0013 0158 65 4004956744 aparece como tomador y beneficiario BBVA COLOMBIA S.A., en tanto que como asegurado figura el aquí demandante –Carlos Humberto Aguilar Araujo-, el cual se reitera, se suscribió el 1º de junio de 2017.

Seguro de personas

8.- Prevé el art. 1138 ibídem que en los seguros de personas, el valor del interés asegurable no tendrá otro límite que el que libremente le asignen las partes contratantes, a su turno el 1141 ejúsdem indica que será beneficiario a título gratuito aquél designado por el tomador a su arbitrio, en los demás casos a título oneroso.

Ahora bien, en este escenario cabe preguntarse ¿en qué momento nace para la aseguradora la obligación de cancelar la indemnización?, la respuesta a tal interrogante es sencilla cuando se acredite por el beneficiario, aun extrajudicialmente, su derecho por la ocurrencia del riesgo asegurado en la forma indicada en el art. 1077 (art. 1080 modificado por la Ley 45 de 1990, art. 83 inc. 1º modificado por el art. 111 de la ley 510 de 1999), para lo cual cuenta con un plazo de un mes.

La Doctrina ha dicho que el interés asegurable puede definirse como la relación económica amenazada por un riesgo personal (la muerte, la desmembración, la enfermedad, **la incapacidad** y aun la supervivencia), que una persona tiene con otra – asegurado – y que puede o no ser objeto de eventual daño patrimonial como consecuencia de la realización del riesgo asegurado⁴. Como en los seguros de daños, en los de personas el interés asegurable recae sobre un objeto, el cual es la vida misma, la integridad personal, la salud, la capacidad laboral, la obligación dineraria concebidas como bienes.

En este contexto, de la documental adosada al plenario resulta evidente que el demandante fue notificado de la pérdida de la capacidad laboral el día 18 de septiembre de 2019, asignándose un porcentaje del 55,88% por tal concepto, en tanto que el 18 de octubre de esa misma anualidad presentó reclamación formal con el propósito de afectar la póliza en comento para que la aseguradora cancelara el crédito identificado con el No. 0013-0158-66-9610356352 en el cual figura como deudor.

Así mismo, nótese que la aseguradora el 29 de noviembre siguiente objetó la reclamación porque el convocante incurrió en reticencia e inexactitud al momento de diligenciar el certificado de asegurabilidad, ya que omitió informarle a dicha entidad que tenía antecedentes de hipoacusia desde hace dos años, nefrolitiasis bilateral, lumbalgia M545 y limitación en la marcha.

Ahora bien, frente a este tópico resulta relevante traer a colación las declaraciones plasmadas en el certificado de asegurabilidad en comento a fin de determinar si en verdad el convocante faltó a la verdad en dicha documental, con la consideración adicional que la misma no fue tachada ni redargüida de falsa, en tanto que, en la diligencia de posiciones cuando se le puso de presente la misma reconoció que la firma allí impuesta era de su autoría, empero, afirmó que el mismo fue diligenciado por el asesor que lo atendió al momento de tomar el crédito de consumo.

En efecto, nótese que el formato de asegurabilidad contenía preguntas tales como: si había sido sometida a alguna intervención quirúrgica, si ha sufrido o sufre alguna enfermedad profesional, asma crónica, tuberculosis o cualquier enfermedad de los pulmones o del sistema respiratorio, enfermedades de los ojos, oídos, nariz, garganta, ronquera o problemas de

⁴ Teoría General del Seguro. J. Efrén Ossa G. El Contrato. Segunda Ed. Actualizada. Ed. Temis 1991, pag. 84.

órganos de los sentidos, cáncer o tumores de cualquier clase y, finalmente, se le indagó sobre si padece o ha padecido de cualquier problema de salud no contemplado anteriormente, cuestionamientos que fueron contestados de forma negativa.

Igualmente, se tiene que de la historia clínica que reposa en el expediente también surge incuestionable que al actor el día 11 de febrero de 2016 fue diagnosticado con lumbago no especificado (M545), así mismo en 18 de diciembre de 2013 se encontró que padecía de hipoacusia con dos años de evolución y dos días después de la data recientemente señalado el médico tratante también estableció que sufría de nefrolitiasis.

Ahora bien, obsérvese que en el interrogatorio de parte Carlos Humberto Aguilar Araujo, en síntesis, afirmó ser pensionado por el Ejército Nacional y que el asesor que lo atendió en el Banco BBVA Colombia S.A., le indicó que debía tomar una póliza de vida ya que este era un requisito de la entidad financiera para poder desembolsar el crédito, pues cubría la muerte e invalidez, adicional, que firmó sin leer pero que ese funcionario no le brindó ninguna información respecto de dicho seguro, así mismo, indicó que no le entregaron copia de ninguno de los documentos que rubricó, ni tampoco otro documento adicional contentivo de las condiciones generales y particulares de la póliza de vida grupo deudores, agrega que en el año 2014 le hicieron una junta médica ya que tenía unas dolencia renales, igualmente, aduce que cuando hizo la solicitud de crédito no le preguntaron por su estado de salud y que dolencias padecía.

Así mismo, afirmó que no fue él quien diligenció el formulario que contenía la declaración de su estado de salud, pero que la firma si era de su autoría y el asesor no le solicitó ningún documento adicional para el otorgamiento del seguro ya citado (video 2 derivado 41).

De todo lo anterior surge con diamantina claridad que para la época en la que se realizó en contrato de mutuo y se realizó el diligenciamiento del certificado de asegurabilidad -1º de junio de 2017- el demandante padecía las enfermedades ya descritas, las cuales valga recordarlo no fueron debidamente informadas en esa oportunidad al asesor del Banco, por medio del cual se comercializaba el seguro de vida tal y como él mismo lo confiesa.

En este contexto, conveniente resulta advertir que conforme lo dispone el canon 1058 del Código de Comercio, el tomador está obligado a declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo, según el cuestionario que le sea propuesto por el asegurado. La reticencia o inexactitud sobre los hechos o circunstancias que, conocidas por el asegurador, lo hubieren retraído de celebrar el contrato o inducido a estipular condiciones más onerosas, producen la nulidad relativa del contrato de seguro.

De la misma forma, el canon 1158 de esa misma codificación preceptúa que: “Aunque el asegurador prescinda del examen médico, el asegurado no podrá considerarse exento de las obligaciones a que se refiere el artículo 1058, ni de las sanciones a que su infracción dé lugar”

Ahora bien, frente a este tópico la Sala de Casación Civil de Corte Suprema de Justicia, ha expresado que:

“Dicha norma consagra un deber para el tomador de manifestar, sin tapujos, reservas ni fingimientos, las condiciones actuales frente a la posible ocurrencia del suceso incierto cuya protección se busca. Y si bien la muerte es un hecho ineludible cuyo amparo permite la ley, en ese evento la obligación se refiere a precisar el estado de salud del asegurado de manera tal que se sepan, a ciencia cierta, los términos en que responderá si ocurre en su vigencia.

Aunque esa exposición puede ser espontánea, cuando se inquiera en general por el «estado del riesgo» al momento del contrato, el asegurador cuenta con la facultad de provocarla mediante un cuestionario sobre puntos que lo concreten. **Incluso, es posible que con prelación agote pesquisas o requiera la realización de exámenes y pruebas tendientes a establecerlo.**

Por ende, la falta de honestidad del tomador sobre aspectos de su pleno conocimiento y que de saberlas la aseguradora incidirían en la relación, ya para abstenerse de concretarla, de limitar las exclusiones o incrementar el valor de la póliza, riñen con la «buena fe» exigida y acarrea la nulidad relativa del convenio.

(...) 4.2. No importan, por tanto, los motivos que hayan movido al adquirente para comportarse sin fidelidad a la verdad, incurriendo con ello en grave deslealtad que a su vez propicia el desequilibrio económico en relación con la prestación que se pretende de la aseguradora, cuando se le ha inquirido para que dé informaciones objetivas y de suficiente entidad que le permitan a ésta medir el verdadero estado del riesgo; sea cual haya sido la razón de su proceder, con intención o con culpa; **lo cierto es que la consecuencia de su actuar afecta la formación del contrato de seguro, por lo que la ley impone la posibilidad de invalidarlo desde su misma raíz** (...) 4.3. **Es palmario que el legislador quiso arropar la falta de sinceridad del contratante y su obrar contrario a la buena fe, bajo la sanción de la nulidad relativa, con lo cual, en ejercicio de una actividad que le es propia y para la cual se halla facultado, construyó un régimen particular que inclusive alcanza a superar en sus efectos el ordenamiento común de los vicios del consentimiento, frente al que, tal como fue instituido en el citado artículo 1058, no puede el intérprete hacer distingos, observándose que el vicio se genera independientemente de que el siniestro finalmente no se produzca como consecuencia de los hechos significativos, negados u ocultados por quien tomó el seguro.**

Sin embargo, el artículo 1058 en cita atenúa ese agravio, porque cuando el silencio o distorsión de la situación son producto de un «error inculpable del tomador» sólo se disminuye el monto a indemnizar, pero eso sí, con la salvedad de que en el «seguro de vida» una vez transcurridos «dos años en vida del asegurado, desde la fecha del perfeccionamiento del contrato» deja de aplicarse la reducción por expresa disposición del artículo 1160 ejusdem.

Adicionalmente, contempla dos casos en que la «inexactitud» no es constitutiva de «nulidad relativa» o da lugar a un pago proporcional. En primer lugar, **cuando el asegurador tuvo un enteramiento previo de la realidad o debía saberla.** La otra particularidad es si, con posterioridad al ajuste, éste permite la subsanación de los «vicios de la declaración» o los admite, ya

expresamente o de hecho.

Empero, esas salvedades tienen relación con el «conocimiento presuntivo del estado del riesgo» y son inmanentes al deber del asegurador de verificar los datos suministrados por el tomador, cuando tenga serias dudas de su certeza en vista de que se contradicen con aspectos entendidos por él.

De todas maneras, en lo que se refiere al «seguro de vida», el artículo 1158 id previene que «[a]unque el asegurador prescinda del examen médico, el asegurado no podrá considerarse exento de las obligaciones a que se refiere el artículo 1058 ni de las sanciones a que su infracción dé lugar».

No puede, entonces, endilgarse que el profesionalismo que requiere la actividad aseguradora, de entrada, exige el agotamiento previo de todos los medios a su alcance para constatar cuál es el «estado del riesgo» al instante en que se asume, como si fuera de su exclusivo cargo, so pena de que la inactividad derive en una «renuncia» a la «nulidad relativa por reticencia».

Esto por cuanto, se reitera, el tomador está compelido a «declarar sinceramente los hechos o circunstancias» que lo determinan y los efectos adversos por inexactitud se reducen si hay «error inculpable» o se desvanecen por inadvertir el asegurador las serias señales de alerta sobre inconsistencias en lo que aquel reporta.

(...)

Ahora bien, no puede pasarse por alto que tratándose de seguros colectivos de vida, en los que se contrata por cuenta de un tercero determinado o determinable, la obligación de declarar el «estado del riesgo» la tiene el asegurado, de conformidad con el artículo 1039 del Código de Comercio, puesto que es él quien sabe sobre las afecciones o la inexistencia de ellas al momento de adquirirlo (CSJ, SC 2803-2016 del 4 de marzo de 2016, Rad. n.º 2008-00034.01, negrillas fuera del texto).

6. Si de la declaración de asegurabilidad suscrita por el tomador, en sí misma considerada, no se infería ningún motivo de sospecha de que la información en ella contenida no concordaba con la realidad, planteamiento que no fue confutado por el recurrente, mal podía, de un lado, imputarse negligencia a la aseguradora demandada por no haber constatado los datos allí suministrados; y, de otro, descartarse la nulidad relativa del contrato de seguro, por aplicación del mandato contenido en el inciso final del artículo 1058 del Código de Comercio.”⁵

9.- Desde esta perspectiva, surge incuestionable que en verdad la parte demandante incurrió en reticencia, como lo concluyó la Juez a quo, pues es claro de acuerdo con la jurisprudencia en cita que a quien le correspondía declarar todos los padecimientos que presentaba hasta ese momento era al asegurado Carlos Humberto Aguilar Araujo, de ahí que los argumentos planteados por dicha parte en su alzada frente a este tópico no tienen vocación de prosperidad, en la medida que esta ha sido la doctrina probable imperante en la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de antaño y que por supuesto es compartida por esta Sala de Decisión.

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia SC-18563 de 16 de diciembre de 2016, M.P. Álvaro Fernando García Restrepo, exp. 05001-31-03-017-2009-00438-01.

Ahora bien, no se desconoce que la Corte Constitucional perfiló otra teoría de disímiles características a la ya anotadas, sin embargo, se hace notar que de un lado dicha teoría no es la adoptada por este Sala, pues como se explicó ampliamente el demandante incurrió en inexactitud o reticencia y, de otro lado, se tiene que las decisiones a las que hace referencia la parte demandante en su escrito de apelación fueron proferidas en fallos de tutela que tienen la particularidad de surtir efectos legales inter-partes, de ahí que no resulten aplicables al caso que ocupa la atención de la Corporación.

En este contexto, no resulte pertinente ni tampoco apropiado condenar a la entidad aseguradora demandada al pago del siniestro, bajo los supuestos que el actor goza de una especial protección constitucional y que su mínimo vital se encuentra afectado, por dos razones principales: la primera porque dicho argumento constituye un punto nuevo en la controversia en la medida que tan solo se trajo a colación cuando se recurrió la sentencia y, el segundo, porque de aceptar dicha teoría se violaría el derecho al debido proceso y contradicción que le asiste a la parte demandada, en razón a que no tuvieron la posibilidad de manifestarse frente a este especial tópico y porque en todo caso los asuntos sometidos a la jurisdicción ordinaria deben ser fallados de acuerdo con las reglas previstas por el legislador para cada caso en particular.

Al amparo de lo discurrido en precedencia, es evidente que en punto de la reticencia no le asiste razón a la parte demandante apelante por las razones que vienen de anotarse, razón por la cual se adentrará la Sala en el estudio de la responsabilidad de la entidad financiera demandada en el entendido que faltó al deber de información previstos tanto en la Carta Magna como en la Ley 1328 de 2009.

10.- Para el anterior propósito conveniente resulta recordar que Constitución Colombiana, específicamente en su artículo 78° estableció la expresa protección de los derechos del consumidor, como un derecho colectivo, según el cual será la ley la encargada de regular el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.

Con la expedición de la Ley 1328 de 2009, a voces del literal d) de su artículo 2°, el consumidor financiero se definió como: “todo cliente, usuario, o cliente potencial de las entidades vigiladas”, cuya protección “se inspira en el deber de fortalecer sus derechos frente a los productores y distribuidores, dada la desigualdad y la asimetría en que se desenvuelve la persona que acude al mercado, de cualquier bien o servicio, para satisfacer sus necesidades”⁶, sin embargo, ésta no fue la primera norma que previó la protección al consumidor financiero, pues desde la promulgación de la Ley 45 de 1990, se estableció como uno de los principios orientadores: “tutelar los

⁶ (Corte Constitucional, C-909 de 2012)

*derechos de los tomadores de los asegurados y crear condiciones apropiadas para el desarrollo del mercado asegurador”.*⁷

*Ahora bien, en desarrollo del deber de información contenido en los artículo 3º, 5º y 7º de la Ley 1328 de 2009, las entidades financiera están obligadas a suministrar a los usuarios información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita a los mismos conocer adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos de las relaciones que establece con la entidad vigilada, a fin de lograr la mayor transparencia en la actividad que ejerce o mejor aún en las operaciones que realiza, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas*⁸.

A propósito de los aludidos deberes, la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

*“3.1.- Según el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 795 de 2003, en concordancia con el artículo 1268 del Código de Comercio, **las entidades sujetas a vigilancia del Estado, cual acontece con las sociedades comisionistas de bolsa, les corresponde proveer a sus clientes la información necesaria, en orden a que, a través de elementos de juicio claros y objetivos, puedan escoger las mejores opciones del mercado y tomar decisiones informadas.**”*⁹. (Énfasis de la Sala).

Así mismo en un caso similar al aquí analizado, expresó esa misma Corporación que:

*“el deber de probidad y la cláusula general de corrección se concretiza en un comportamiento razonablemente idóneo, para prevenir y corregir toda conducta incorrecta con una actuación prístina orientada a la realización de los fines inherentes a la contratación, regularidad y certidumbre del tráfico jurídico. **Por ello, se impone un deber de diligencia a los contratantes y, en su caso, de advertencia, comunicación e información de condiciones cognoscibles, asumiendo cada parte en interés recíproco una carga respecto de la otra en lo concerniente a la plenitud del acto, la realización de su función y la evitación de causas de ineficacia o irrelevancia. Y, así ha de procederse, no sólo por la naturaleza impenativa del contrato, sino porque, además la recíproca intención de las partes está presidida razonablemente por el propósito común de obtener sus resultados prácticos concretos y, por consiguiente, su realización, cumplimiento y eficacia, en tanto una suposición contraria, esto es, la celebración del acto para que no produzca efecto alguno por ineficacia, invalidez u otras causas, conduciría al absurdo de la negación misma del negocio jurídico y al inadmisibles patrocinio de conductas contrarias al ordenamiento.** Adviértase que las partes al celebrar un contrato razonablemente desean, quieren o procuran su eficacia y, por ende, el juez deberá preferir en toda circunstancia la consecuencia relativa a la preservación del mismo, porque, se itera, sería absurdo siquiera suponer la celebración de un contrato para*

⁷ Artículo 29 de la ley 45 de 1990.

⁸ Artículo 97 Dec. 663/93 – EOSF- (antes Art. 1.5.1.3.1.), aplicable por remisión del Art. 13 Dec.2016 de 1992.

⁹ C.S.J. Cas. Civ. Sent. Mar.30/2012 exp. C-1100131030432008-00586-01.

que no produzca efecto alguno cuando las partes, por principio, lo hacen bajo la premisa cardinal de su cumplimiento y eficacia. Por lo mismo, a efectos de asegurar esta finalidad convergente, naturalmente perseguida con el pactum, las partes, contraen la carga correlativa de evitar causas de ineficacia del negocio jurídico y, el juzgador al interpretarlo y decidir las controversias, procurar dentro de los límites racionales compatibles con el ordenamiento jurídico, su utilidad y eficacia, según corresponde a la ratio legis de toda conocida ordenación normativa. La fisonomía de esta regla impone que la frustración del acto sólo es pertinente cuando no exista una alternativa diferente, según postula de tiempo atrás la doctrina de la Corte, al relieves la significativa importancia del contrato, su celebración, efecto vinculante, cumplimiento y ejecución de buena fe, destacando la directriz hermenéutica consagrada en el artículo 1620 del Código Civil.”¹⁰ (Énfasis de la Sala).

En este contexto, en razón a que justamente el alegato principal de la parte demandante tiene que ver con la circunstancia que la entidad financiera no le brindó la información necesaria en punto de la póliza de seguro de vida grupo deudores, se adentrará la Sala en el estudio de los demás medios de prueba arrojados al plenario con el propósito de determinar si en verdad tal circunstancia se encuentra debidamente acreditada como lo concluyó la primera instancia.

En tal sentido, se tiene que dentro del interrogatorio de parte el representante legal de BBVA Seguros de Vida S.A. expresó que la póliza se comercializa a través de la fuerza de ventas del Banco quien cuenta con personal capacitado por la misma aseguradora para la colocación de ese producto, adicionó que las instrucciones dadas a los asesores giraban en torno de la importancia de hacerle preguntas personales y todos los cuestionamiento que se encuentra en medio de la declaración de asegurabilidad para establecer el estado del riesgo, así mismo, dice que el mismo asegurado o deudor debe leer el cuestionario y se le advierte la importancia de brindar información veraz y se le da a conocer cuáles son las consecuencia que trae el artículo 1058 del Estatuto Mercantil, adiciona que se le hace entrega de las condiciones generales y particulares de la póliza y que si existe alguna duda por parte del asesor comercial la aseguradora está dispuesta hacer un acompañamiento permanente.

Ahora bien, también obran dentro del expediente las documentales concernientes a las políticas para la colocación de los seguros de vida individuales, en las cuales claramente se establece que: “Al momento de expedir la póliza, el Ejecutivo de la Red Comercial que realice la venta del seguro deberá ilustrar al cliente sobre las coberturas de la póliza individual, así como el procedimiento de recaudo de primas y pago de siniestros.” Y más adelante, prevé que “El ejecutivo de la red comercial deberá informarle a todos los clientes que deben declarar su real estado de salud a fin de evitar negaciones del pago de la indemnización en caso de un siniestro”, y en otro de sus apartes claramente se dispone que: “El cliente deberá diligenciar el formato de

¹⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sent. 28 de febrero de 2005. Exp. 7504, reiteradas en sent. 7 de febrero de 2008, [SC-007-2008], exp. 2001-06915-01, 30 de agosto de 2011, exp. 11001-3103-012-1999-01957-01, 5 de diciembre de 2011, exp. 25269-3103-002-2005-00199-01 y 21 de febrero de 2012. Exp. 2006-00537-01

*solicitud de seguro, suministrado por la aseguradora, mediante el cual solicita la contratación de la póliza y declara su estado de salud. **El diligenciamiento de la solicitud del seguro se realizará por parte del cliente, en forma libre y espontánea, y bajo la orientación del Banco, siguiendo las instrucciones que la aseguradora imparta para esta labor.***”, (derivado 44 exp. digital, doc. Políticas para la contratación de seguro de vida).

Así mismo, también obran las políticas para la contratación de los seguros de vida vinculados a créditos, que no son otra cosa que las condiciones para la póliza de vida grupo deudores, en la que al contrario de las reseñadas en el párrafo anterior, tan solo indicia dentro de los deberes de asesor la siguiente: “El Ejecutivo de la Red Comercial y/o FFVV debe: Dar a conocer al cliente las ventajas que posee el seguro deudores ofrecido simultáneamente con los créditos, el cual además de garantizar el pago de la deuda al Banco brinda seguridad al cliente ya que reconoce el saldo insoluto de la deuda en caso de fallecimiento (cubre suicidio y homicidio desde el primer día de entrada en vigencia del seguro.) o incapacidad total y permanente. Al momento de expedir la póliza, el Ejecutivo de la Red Comercial y/o FFVV que realice la venta del seguro deberá ilustrar al cliente sobre la amplia cobertura de las pólizas de deudores, así como el procedimiento de recaudo de primas y pago de siniestros. Resaltar los argumentos de venta del producto tales como cobertura, tarifas (por tratarse de una póliza de grupo) y agilidad en los trámites de expedición, recaudo de primas y reclamación.”, es decir, en esta oportunidad no se incluyó el deber del asesor comercial de informarle al cliente de la importancia de declarar sinceramente el estado del riesgo, así como tampoco las consecuencias de incurrir en inexactitud o reticencia, en tanto que no existe ninguna explicación lógica que permita inferir las razones por las cuales varían los deberes del asesor para la colocación de las pólizas individuales y las de vida grupo deudores, pues sin importar si se trata de la primera o la segunda la verdad es que en ambos casos los asegurados o deudores deberían recibir la misma información, en la medida que la reticencia o inexactitud genera la nulidad del contrato de seguro.

Así mismo se recaudaron los testimonios de Cesar Carrascal y Javier Augusto Parra Osorio, el primero de ellos adujo ser médico y su labor consiste en determinar si existieron patologías que afectaron el seguro de vida, que su ejercicio es más de verificación, pues el propósito es analizar la historia clínica del deudor y determinar si antes de la suscripción de la póliza padecía de alguna enfermedad que no fuere informada a la aseguradora, en ese sentido, indicó que el actor padecía para el 2014, ya se le había realizado una junta médica que determinó una pérdida de la capacidad laboral del 44% aproximadamente y que esos mismos diagnósticos contribuyeron a una calificación posterior del 55,88%.

El segundo de los deponentes relacionados anteriormente afirmó ser ejecutivo comercial del Grupo BBVA Colombia S.A., labora en dicha entidad desde el año 2011, que la entidad los capacita para ofrecer los productos, en tanto que, para el año 2017 esas capacitaciones se recibían a través de la comercializadora de servicios financieros de la

compañía ya mencionada, indica que fue la persona que ofreció al aquí actor el crédito de consumo y la póliza de vida grupo deudores, adiciona que para solicitar el crédito se requería una serie de documentos tales como: la cédula del solicitante y los desprendibles de nómina, así como diligenciar y firmar una serie de documentos tales como el pagaré, para este caso en particular, la libranza y el seguro de vida, los documentos deben ser diligenciados por el deudor pero en algunos casos es el asesor quien ayuda a esa labor, en punto del certificado de asegurabilidad, mencionó que se le indaga por su peso, estatura y se le hacen las preguntas de salud contenidas en ese formulario, así mismo, aduce que se le explicaron las coberturas y que en caso de llegar a fallecer la deuda queda cancelada. Igualmente, dijo que fue él quien diligenció el formato de asegurabilidad a partir de los datos que el cliente le suministró y que luego de que lo terminó de diligenciar se lo puso de presente al cliente para que lo leyera y suscribiera.

Luego adicionó que cuando el cliente lo solicitaba se le entregaba copia del documento del que se viene hablando, agregó que no se le dio a conocer ningún dato sensible al cliente en la medida que sus repuestas fueron normales y es la aseguradora quien determina si se requieren exámenes, más adelante cuando se le indagó respecto de si conocía el contenido del artículo 1058 del Código de Comercio, enfáticamente expresó no recordarlo, así mismo, adujo que el tomador de esa póliza era el cliente.

Desde esta perspectiva, de la valoración en conjunto de todos los elementos de juicio recaudados al interior de la causa, surge evidente que en verdad está plenamente demostrado que al deudor no se le brindó la información suficiente y necesaria al momento de suscribir el certificado de asegurabilidad y es que aquí quedaron en evidencia varias contradicciones en las que incurrieron los representantes legales de las entidades demandadas y el último deponente que se relacionó, a saber:

En efecto, nótese que en el interrogatorio de parte la demandada afirmó categóricamente que cuando se firmaba el certificado de asegurabilidad al cliente se le entregaba toda la información verbal y escrita la cual incluía las condiciones generales y particulares del seguro y que en ese mismo documento se certificaba que la había recibido, no obstante, cuando se le preguntó al asesor sobre que legajos entregaba al cliente se limitó a contestar que solo la copia de esa declaración de salud en la medida que el cliente lo solicitara, aclarando además que casi nunca sucedía, el que la pidieran.

Igualmente, nótese que tampoco resulta claro quién era el encargado de brindar la capacitación a los asesores, pues mientras la aseguradora indicó ser ella, el ejecutivo comercial que atendió al demandante, en su testimonio indicó que cada tres meses recibía capacitaciones de la comercializadora de servicios financieros, y es que este punto guarda especial relevancia en la medida que no es lo mismo capacitarse para la colocación de créditos de cualquier índole, que recibir instrucciones referente los seguros que se comercializaban a través del Banco.

Y es que tal como lo concluyó la primera instancia, en verdad resulta insólito que un asesor comercial que se supone está capacitado para brindarle toda la información al cliente en punto a cómo debe diligenciar la declaración de salud de la manera más fidedigna posible ya que las consecuencias de incurrir en inexactitud conlleva a la reticencia que genera nulidad relativa del contrato, ni siquiera sepa de que trata el artículo 1058 del Código de Comercio, pues es claro que al ser una persona experta en la colocación de este tipo de productos es un tema que no solo debe tener absolutamente claro sino que además debe darle a conocer a todos los consumidores financieros cuando soliciten algún crédito que requieren la inclusión en la póliza de seguro de vida grupo deudores, precisamente, con el fin de darles a conocer cuáles son las consecuencias de no declarar sinceramente las enfermedades que con anterioridad ha padecido, de lo contrario, no resulta admisible siquiera pretender eludir su responsabilidad, pues, al ser el Banco la persona que comercializa la póliza a través de su fuerza de ventas el deber de información se le traslada a ella, con independencia que la colocación de la póliza no haga parte de su objeto social, como de manera equivocada y de cara al Régimen de Protección al Consumidor Financiero lo argumenta la entidad financiera en su recurso de apelación.

Y es que resulta aún más insólito que ese asesor ni siquiera cuente con la capacidad suficiente para diferenciar el tomador, el beneficiario y el asegurado, pues, nótese que cuando la Delegada le preguntó que si sabía quién era el tomador de la póliza afirmó que el deudor, cuando la verdad es que el tomador es el mismo Banco en la medida que se trata de un seguro de vida grupo deudores y el cliente o consumidor tan solo es la persona asegurada y es que así está definido en el documento de políticas para la contratación de seguros vinculados al crédito, al literalizar que: “2. DEFINICIÓN SEGURO DE VIDA COLECTIVO. Es una póliza de seguros grupo, que el Banco toma por cuenta de sus deudores, el tomador y beneficiario de dichas pólizas, a título oneroso y hasta por el saldo insoluto de la deuda, es BBVA Colombia. El asegurado principal es el o los deudor(es) del crédito y/o locatarios en el caso de contratos leasing habitacional. Cuando la cartera es administrada, el beneficiario a título oneroso es el tercero propietario de dicha cartera.” (derivado 44, exp. digital).

En tales circunstancias, resulta palmario que ningún error en la valoración probatoria cometió la primera instancia, pues de acuerdo con la sana crítica es evidente que el asesor no está debidamente capacitado para comercializar las pólizas de seguros que a través de esa entidad financiera se ofrecen a los deudores y, en esa medida, es imposible que pueda brindar una información adecuada, suficiente, oportuna y eficaz a los consumidores financieros.

En este orden de ideas, se tiene que el reparo de la entidad financiera demandada no se encuentra llamado a prosperar, pues contrario a lo argumentado por la censura, es palmario que no se brindó la información necesaria, para que el demandante pudiera tomar las decisiones

que más le convenían a sus intereses, de tal manera que la sentencia habrá de confirmarse frente a este tópico.

11.- En lo que concierne al porcentaje en el que resultó condenado el Banco BBVA Colombia S.A., surge indiscutible que tal como acertadamente lo anunció la primera instancia, a pesar que, no se le brindó la información suficiente al actor, es evidente que éste se expuso injustificadamente al riesgo, en la medida que, tal y como él mismo lo indicó en su interrogatorio de parte no leyó el certificado de asegurabilidad a través del cual declaraba su condición de salud, sin que tal conducta resulte excusable, pues de un lado, corresponde al consumidor financiero asesorarse respecto de los servicios que ésta contratando y, de otro, obrar con el mínimo de diligencia a fin de establecer qué tipo de legajos está firmando y cuál era su contenido, empero, como así no obró es apenas lógico que exista una culpa compartida siendo mayor el porcentaje (60%) que deba asumir la entidad bancaria en razón a que se trata de un profesional en ese mercado y un porción menor (40%) que le corresponde asumir al demandante, por las razones ya expuestas, de ahí que la argumentación de la parte actora frente a este tópico no la exonera de su responsabilidad.

En conclusión, emerge con claridad que la juez a quo no equivocó su decisión al condenar a la entidad financiera demandada al pago del 60 % del saldo insoluto de obligación, habida cuenta que de la valoración en conjunto del material probatorio que obra en el proceso se evidencia la falta de información en la que incurrió uno de sus dependientes y disminuir en un 40% el valor de la indemnización en la medida que existe una culpa compartida.

Finalmente cumple precisar que dentro de las pretensiones de la demanda no se solicitaron intereses moratorios, de ahí que no resulte acertado argumentar que la primera instancia omitió pronunciarse al respecto, de tal modo, no que no adicionara el fallo frente a este tema, por resultar improcedente.

12.- Colofón de lo anterior, se confirmará la sentencia proferida en la primera instancia, por las razones esbozadas, sin condena en costas por no aparecer causadas de acuerdo conformidad con lo previsto en el numeral 8° del artículo 365 del C.G.P.

V. DECISION

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

RESUELVE:

1.- CONFIRMAR por las razones plasmadas en esta providencia, la sentencia objeto de censura dictada el trece (13) de julio de dos mil veintiuno (2021) en la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, dentro del asunto de la referencia.

2.- Sin CONDENA en costas en esta instancia por no aparecer causadas.

CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE


JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO


ADRIANA AYALA PULGARIN

Magistrada


MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA
Magistrada

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



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

Bogotá D.C, veintiuno (21) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

1. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Magistrada Ponente: **CLARA INÉS MÁRQUEZ BULLA**
Radicación: 110013103005 2019 00200 01
Procedencia: Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá
Demandante: Julieth Andrea Buitrago Vargas
Demandado: Saúl Antonio Velásquez Jiménez
Proceso: Verbal
Asunto: Aclaración.

2. OBJETO DE LA DECISIÓN

Se resuelve la solicitud propuesta por el apoderado judicial del intimado frente a la Sentencia proferida por esta Corporación el 12 de octubre de 2021, dentro del proceso **VERBAL** instaurado por **JULIETH ANDREA BUITRAGO VARGAS** contra **SAÚL ANTONIO VELÁSQUEZ JIMÉNEZ**.

3. ANTECEDENTES

3.1. Mediante la providencia objeto del *petitum*, se zanjó el recurso de apelación interpuesto por el extremo pasivo contra la sentencia de primera instancia, en aquella determinación se resolvió, entre otros aspectos:

“...7.2. DETERMINAR que no hay condena en costas en esta instancia. Las de primera tásense en un 80% a favor de la demandante...”.

3.2. El apoderado del convocado, indicó que con el propósito de determinar con exactitud el monto que debe sufragar su representado, solicita aclarar el aludido numeral de la parte resolutive de la sentencia evocada, para que se precise, de un lado, el 80% de las costas fijadas a su cargo en primera instancia “...sobre qué valor o cuantía debe tenerse en cuenta...”, y de otro, por qué dicho porcentaje es superior al fijado por el *a quo*, pese a su condición de apelante único.

Lo anterior, habida cuenta que aun cuando examinó los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, junto con el Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, no logró identificar el punto de partida para determinar el aludido monto.

Agregó que, en todo caso, la parte actora no intervino ante esta Sede¹.

4. CONSIDERACIONES

4.1. Autoriza el artículo 285 del Código General del Proceso, la aclaración de las providencias judiciales con el propósito que el funcionario que la profirió subsane los defectos o deficiencias de orden material, a lo cual procederá de oficio en el término de su ejecutoria, o a petición de parte presentada dentro del mismo.

Esta modalidad que cobra importancia para efectos de la petición que ahora se despacha, se encuentra instituida para aquellos eventos en que la decisión contenga frases o conceptos que procuren motivo de duda, siempre que estén contenidos en la parte resolutive o influyan en ella.

¹ 10Saul Velásquez. 31.SOL ACLARACIÓN. Tribunal de Bogotá.

Por consiguiente, debe puntualizarse que procede únicamente cuando la duda o incertidumbre se advierta en la parte resolutive de la decisión, ya que si ella es diáfana no habrá lugar a la misma, aun cuando persistan frases oscuras en las motivaciones, a menos que, como lo señala la propia norma, la resolutive refiera a ellas y de la remisión surja la duda o ambigüedad.

4.2. Descendiendo en el *sub-judice*, de entrada, se advierte lo impróspero del pedimento, como quiera que del somero examen del memorado ordinal 7.2. del acápite resolutive, se evidencia que no ofrece motivo de confusión alguno el sentido de la determinación adoptada, pues simplemente en éste se dispuso, de una parte, no imponer costas en esta instancia, en consideración a que los argumentos de la alzada hallaron prosperidad parcial.

De otra parte, ajustar el valor de las costas fijadas en primer grado a cargo del recurrente, ya que, con ocasión de la modificación de la decisión adoptada, devenía necesario hacerlo, lo cual, en todo caso, no va en contravía de lo regulado en el inciso 4° del artículo 328 del Código General del Proceso, en tanto la cifra total aquí reconocida - \$28.315.3696,00²-, no supera la cantidad integral que la primera instancia determinó que el encartado debía solucionar por concepto de complementación del justo precio, frutos y costas, que en su orden ascienden a \$32.173.150,12, \$5.507.661,29 y \$2.354.260,65³.

Como corolario, se desestima el ruego que nos ocupa, no sin antes advertir al peticionario del mismo, que cualquier inconformidad por las agencias en derecho fijadas no es viable manifestarla a través de este mecanismo sino en la oportunidad procesal pertinente, esto es, mediante “... *los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas...*”, a tono con lo previsto el numeral 5° del artículo 366 del Código General de Proceso.

² Folio 23 del PDF 08 SENTENCIA 005 2019 00200 01 lesión enorme – conf. Prueb. Ajust.

³ Folios 24 y 25 del PDF 27SentenciaPrimeraInstancia.

Bajo el anterior estado de cosas se denegará la solicitud formulada.

5. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA, EN SALA QUINTA DE DECISIÓN CIVIL,**

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR la aclaración de la providencia calendada 12 de octubre de 2021, por las razones expuestas en la parte considerativa.

NOTIFÍQUESE,


CLARA INÉS MARQUEZ BULLA
Magistrada


ADRIANA SAAVEDRA LOZADA
Magistrada


AÍDA VICTORIA LOZANO RICO
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



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

Bogotá D.C., veintiséis (26) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Radicado 110013199 001 2020 16958 01.
Proceso: Acción de protección al consumidor.
Recurso: Apelación de Sentencia.
Demandantes: Carlos Hernando Forero Jiménez y Bernardo Hoyos Duque.
Demandada: Morros Eco S.A.S.

Magistrada Sustanciadora: **ADRIANA AYALA PULGARIN**

[Discutido y aprobado en Sala de 13 de octubre de 2021, según Acta de la fecha]

La Sala Segunda Civil de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de 5 de abril de 2021, proferida por la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio.

ANTECEDENTES

1. Carlos Hernando Forero Jiménez y Bernardo Hoyos Duque demandaron a la sociedad Morros Eco S.A.S., con el fin de que se efectuaran las siguientes declaraciones y condenas:

1.1. Declarar, que: (i) “*el inmueble no cumple con las condiciones de calidad inicialmente ofrecidas*”; (ii) “*el demandado entregó información engañosa [...] en relación con las modificaciones a los planos del inmueble*”; (iii) “*el demandado se abstuvo de informar de manera suficiente, anticipada y expresa sobre los cambios en los diseños del inmueble*”; (iv) “*la ineficacia de cualquier modificación unilateral al contrato adelantada por el demandado*”.

1.2. Y, como consecuencia: 1. resolver “*el contrato*” y, 2. condenar a la demanda a pagar: a) la suma de \$432’854.026,00, equivalentes al valor pagado por estos y, b) \$152’940.350,00 correspondientes a la pena pactada en la cláusula décima del precitado convenio.

2. Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señalaron, en síntesis, que el 22 de febrero de 2016, las partes celebraron un contrato de promesa de compraventa respecto al apartamento No. 431 y un parqueadero del Edificio “*Morros ECO*” de la ciudad de Cartagena, por un valor de \$764.701.750,00, que fueron posteriormente aumentados a \$786’682.803,00, de los cuales fueron cancelados \$432’854.026,00. El 15 de diciembre de 2017, el señor Forero Jiménez cedió el 50% de los derechos del citado negocio, al señor Hoyos Duque, la que fue notificada y aceptada por la pasiva.

El 25 de abril de 2019 los promitentes compradores fueron notificados sobre la entrega del predio, tras ser advertidos en torno a que el área final construida aumentaría en 4,2 M², conforme a un plano que, a juicio de los demandantes, no coincidía con lo prometido en venta. Adicionaron que la sociedad omitió indicar las modificaciones que había realizado, tales como: i. el diseño del baño auxiliar; ii. el pasillo de acceso al baño auxiliar y, iii. la zona de lavandería.

Afirmaron que esas modificaciones no fueron previamente informadas, y que las mismas alteraron la armonía arquitectónica y funcional de la zona social y la lavandería. Añadieron, que las reformas fueron realizadas desde el año 2017, pero notificadas 16 meses después, según se indicó en el plano de medidas definitivas, lo que señala que no se entregó información oportuna, completa y transparente.

El 27 de noviembre de 2019 la accionada remitió a los querellantes un “*otro sí*” al contrato de promesa de compraventa, mediante el que se modificaba la fecha de entrega y el área total del apartamento, que resultó tras haber realizado y culminado la construcción, pero que no fue firmado.

El 30 de diciembre de esa anualidad, uno de los actores realizó una visita al inmueble y constató que no se encontraba acorde con el diseño pactado, de manera que lo informó vía correo electrónico a la demandada, con lo que esta, el 8 de enero de

2020, le señaló su facultad contractual de realizar modificaciones a las unidades privadas para un mejor funcionamiento.

Por tales razones, Morros ECO S.A.S. incumplió la obligación de entregar el producto de conformidad con la calidad ofrecida y los datos suministrada sobre el inmueble, ya que las modificaciones unilaterales que realizó afectaron gravemente su calidad, habida cuenta que estos cambios alteran radicalmente el diseño originalmente ofrecido, así como su funcionalidad, de modo que se encuentra obligada a responder por la garantía legal, y a devolver el precio total pagado.

Previo a invocar la demanda, desde el 26 de febrero de 2020, reclamaron directamente al productor, sin obtener resultado, a pesar de algunos acercamientos para el efecto.¹

3. Mediante auto No. 57803 del 23 de julio 2020 se admitió la demanda²; notificado este, la querellada se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones de mérito que denominó: (i) “*cumplimiento cabal de las obligaciones de calidad ofrecidas*”; (ii) “*información veraz*”; (iii) “*información suficiente*” y, (iv) “*modificación informada y convenida*”.³

4. Adelantadas todas y cada una de las etapas procesales posteriores, el 5 de abril de 2021, se dictó fallo de primera instancia.⁴

LA SENTENCIA APELADA

La autoridad *a quo* denegó las pretensiones, tras encontrar concluir que no hubo vulneración a los derechos del consumidor, con relación a la publicidad e información recibida y la garantía legal; precisó su falta de competencia para conocer las pretensiones relacionadas con un eventual incumplimiento contractual, toda vez que el contrato suscrito no era un convenio de adhesión, en el interior del cual se hubiesen incluido cláusulas abusivas.

Para ello analizó los presupuestos establecidos en la Ley 1480 de 2011,

¹ Cfr. Archivo: “3.ESCRITODESUBSANACION”.

² Cfr. Archivo: “4.AUTOADMITEDEMANDA”.

³ Cfr. Archivo: “6.CONTESTACIÓNDELADEMANDA”.

⁴ Cfr. Archivo: “18.SENTENCIA#3428” y audio visual: “20216958—0002400005” carpeta: “19.VIDEOAUDIENCIAFALLO”.

encontrando que, en efecto, los demandantes ostentan la calidad de consumidores y, a su vez, la demandada, la de productora, de cara al contrato de promesa de compraventa suscrito, lo que refiere una relación de consumo y frente a la reclamación directa, consideró que el 27 de febrero de 2020 se surtió la misma.

A continuación, refirió que los interesados no cumplieron con el pago total del bien prometido en venta ni asistieron, en la fecha y hora acordadas, a la firma de la escritura pública de compraventa, lo que impidió su entrega; de allí, coligió que no es posible alegar la vulneración de los derechos del consumidor, ya que, en todo caso, no recibió el bien, lo que descarta la posibilidad de aplicar la garantía legal.

Señaló que las modificaciones realizadas por la sociedad demandada se realizaron sobre los acabados del bien, pues no se alteraron las condiciones estructurales, ni se acreditó, a través de algún medio de prueba conducente, la falta de calidad e idoneidad de este.

Con relación a la publicidad, centró la discusión en los elementos objetivos, esto es, el contrato de promesa y los documentos anexos, específicamente, el plano del bien prometido en venta, sobre el cual, estableció su carácter informativo y la prevalencia de lo señalado en el convenio, con el que se facultaba a la sociedad constructora a efectuar dichas adecuaciones; elemento que fue aceptado por los compradores. Así, acentuó que la información brindada no merecía reparo, no era engañosa, habida cuenta que la existencia de aspectos objetivos en el contrato de promesa, tales como: precio, cantidad, fecha de escrituración y fecha de entrega, de suerte que, de existir vulneración a los derechos de la parte demandante, ésta no debió solicitar la devolución del dinero, sino la entrega del bien en las condiciones ofertadas, hecho que en la actualidad es imposible, toda vez que el bien ya fue comercializado.⁵

EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes los accionantes formularon cuatro (4) reparos a la sentencia, a saber: (i) *“en el caso concreto se probaron los presupuestos para la efectividad de la garantía legal”*; (ii) *“en el*

⁵ Cfr. Archivo: “18.SENTENCIA#3428”.

caso concreto el contrato suscrito si se trataba de un contrato de adhesión, por lo que deben considerarse como ineficaces las disposiciones que le hubieron permitido modificar unilateralmente el objeto el contrato”; (iii) “en el caso concreto se acreditó la vulneración al derecho a recibir información” y, (iv) “en el caso concreto el juez omitió pronunciarse sobre las pretensiones”.

Sobre la prueba de los supuestos para la efectividad de la garantía, reiteraron la existencia de la relación de consumo. Alegaron que Delegatura se abstuvo de analizar la calidad del producto ofrecido, indicando que en el interrogatorio de parte de la representante legal de la sociedad demanda, se había señalado que el cambio realizado no afectaba el área del bien, en este sentido, las modificaciones permitidas en el párrafo primero de la cláusula primera del contrato, se limitaban a la ampliación o disminución del área y no a la modificación del diseño, por esta razón, debieron ser negociadas con los consumidores.

Añadieron que no se atendieron las solicitudes realizadas y tampoco se propusieron fórmulas de arreglo para el problema en discusión, ya que no entregó una oferta que cumpliera con las características contempladas en los planos.

Insistieron en la garantía por falta de calidad, indicando que esta procede cuando aquélla no corresponde con la ofrecida, de manera coherente entre las características inherentes y las atribuidas por la información suministrada. Añadieron que la entrega del bien no es un requisito legal para hacer efectiva la garantía, y que sí cumplieron con sus obligaciones, hasta antes de la firma de la escritura pública. Consideraron que, para esa calenda, no estaban conformes con el bien que iba a ser entregado, y así lo informaron a la constructora, lo que descarta su mora al tenor de lo dispuesto en el artículo 1609 del Código Civil.

En torno a la naturaleza del contrato como uno de “*adhesión*”, señalaron que fue remitido en formato “*PDF*”, y no se propusieron espacios de discusión; por esa razón, no se pudieron realizar modificaciones. Precisado ello, fijaron la ineficacia de pleno derecho en el numeral 7º del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011 y la modificación unilateral realizada al diseño del apartamento 431 por parte de la sociedad accionada.

En cuanto a la vulneración al derecho a recibir información, adujeron que, si bien,

la publicidad presentada indicaba en los planos del inmueble que estos estaban sujetos a modificaciones, es claro que ellas procedían con relación al área del inmueble y no a su diseño. Añadieron que no fue clara y transparente, ya que estaba contenida en un tamaño de letra pequeño, y no se analizó teniendo como base los criterios de consumidor medio o promedio. Aunado a esto, señalaron que no estaba completa; no fue oportuna, pues se omitió notificar las modificaciones al diseño realizadas en el año 2017. Finalmente, consideraron que la autoridad juzgadora sí estaba facultada para conocer de la reparación de los daños, a través de la cláusula penal, al tenor del numeral tercero del artículo 56 de la Ley 1480 de 2011.

Por último, consideraron que no hubo pronunciamiento sobre todas las pretensiones.⁶

CONSIDERACIONES

1. No existe objeción en cuanto a los presupuestos procesales, ni se observa causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado.

2. En el presente asunto no se encuentra en discusión que la relación de las partes es de consumo, habida cuenta que de los hechos se deduce que la promesa de compraventa recaía sobre un inmueble en la ciudad de Cartagena y que iba a ser provisto por la Constructora demandada.

3. El problema jurídico por resolver radica en determinar si la demandada está llamada a responder por la garantía legal correspondiente al inmueble en comento, y si se vulneró el derecho de información de los consumidores.

4. En lo tocante con la garantía debe entenderse como la obligación legal del proveedor de responder por el buen estado del producto y la conformidad del mismo con las condiciones idoneidad, calidad y seguridad legalmente exigibles o las ofrecidas, conforme lo prevé el artículo 5 de la Ley 1480 de 2011.

A su turno el artículo 8 de la disposición en comento reza “*TÉRMINO DE LA GARANTÍA LEGAL. El término de la garantía legal será el dispuesto por la ley o por la autoridad*

⁶ Cfr. Archivo: “21.RECURSODEAPELACION”..

*competente. A falta de disposición de obligatorio cumplimiento, será el anunciado por el productor y/o proveedor. El término de la garantía legal **empezará a correr a partir de la entrega del producto al consumidor*** (negrilla fuera de texto).

De lo que se deduce de una manera diáfana que para poder acudir a la garantía legal se requiere forzosamente que el producto haya sido entregado al consumidor, requisito que en el presente asunto falla, dado que conforme se desprende de los hechos de la demanda las partes celebraron una promesa de compraventa y cuando la constructora demandada informó a los actores la fecha y hora para suscribir la compraventa y entregar el bien raíz éstos últimos no concurrieron, de manera que no se realizó ni la entrega jurídica ni material del bien, lo que lleva a concluir que los actores no estaban legitimados para incoar la pretensión con fundamento en la garantía legal, pues itérese ésta no ha empezado a correr.

5. En lo que corresponde con el derecho de información, se encuentra regulado en el artículo 3 de la Ley 1480 de 2011 al precisar que:

“Se tendrán como derechos y deberes generales de los consumidores y usuarios, sin perjuicio de los que les reconozcan leyes especiales, los siguientes:

1. Derechos:

(...)

1.3. Derecho a recibir información: Obtener información completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea respecto de los productos que se ofrezcan o se pongan en circulación, así como sobre los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización, los mecanismos de protección de sus derechos y las formas de ejercerlos”.

Ahora bien, la información es definida en el artículo 5 del estatuto de consumidor como *“Todo contenido y forma de dar a conocer la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad, y toda otra característica o referencia relevante respecto de los productos que se ofrezcan o pongan en circulación, así como los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización.”.*

En el presente asunto los demandantes estimaron que no se cumplió con la obligación de información ya que, si bien la publicidad presentada indicaba en los planos del inmueble que estos estaban sujetos a modificaciones, es claro que ellas procedían con relación al área del inmueble y no a su diseño.

Para resolver lo pertinente se advierte que en el párrafo primero de la cláusula segunda de la promesa de compraventa celebrada por las partes el 22 de febrero de 2016 se estipuló que:

“PARÁGRAFO 1. Al momento de la suscripción del presente contrato, el edificio MORROS ECO se encuentra en su fase de anteproyecto por lo cual es posible que se produzcan modificaciones en su diseño que conlleven a una variación en cuanto al número de metros cuadrados en el área construida que tendrá el apartamento objeto del presente contrato, la cual podría aumentar o disminuir hasta en un 3% del área establecida en la presente promesa. Las partes aceptan esta circunstancia dentro de la negociación”.

Estipulación que debe interpretarse al amparo de lo reglado en el Código Civil sobre dicha temática, y atendiendo la buena fe como principio rector que implica que los contratos *“obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”* (art. 871 del C.Co).

Respecto de la interpretación de los contratos, la jurisprudencia ha precisado que:

“(…) la operación interpretativa del contrato parte necesariamente de un principio básico: la fidelidad a la voluntad, a la intención, a los móviles de los contratantes. Obrar de otro modo, es traicionar la personalidad del sujeto comprometida en el acto jurídico, o en otros términos adular o desvirtuar la voluntad plasmada en él”⁷.

En el presente asunto, de la cláusula en comento se deduce que el consumidor era conocedor que por la etapa en que se encontraba el proyecto, era posible que se requirieran cambios en el diseño que redundarían en el área, lo que en últimas fue lo que ocurrió y se le comunicó como se deduce de la misiva de 15 de abril de 2019⁸ en la que se manifiesta que:

“En el caso del apartamento de 431 del Edificio morros eco encontramos que el área prometida fue de 104, 5 m2. El proceso constructivo dio como resultado un área final construida de 108,7 m2, es decir, 4,2 m2 adicionales que redundan en mayor comodidad y confort”, y se indica que “Adjuntamos plano, donde se muestran las medidas definitivas del apartamento”.

Amén de que atendiendo el principio de la buena fe era claro que cuando se celebró el contrato sólo existía un anteproyecto, de suerte que era necesario para la ejecución del mismo cambio de diseño, que si bien afectaron el baño social no se observa que desnaturalice al inmueble o no permita su utilización con la finalidad que fue comprado.

De lo así expuesto, no se advierte que haya existido vulneración al derecho de

⁷ C.S.J., Sentencia agosto 27/71. G.J. CXXXIX, pág. 131

⁸ Fl. 89 6. Contestación de la demanda

información de la parte actora, dado que desde que se celebró el contrato eran conocidos los posibles cambios de diseño y de área, sin que pueda ser acogida la interpretación que propone la parte actora dado que no atiende el tenor literal de la misma, sino que la toma de manea fragmentada.

Aduce la parte actora que el contrato celebrado era de adhesión, y aún aceptando que la promesa tuviera tal connotación, su implicación es respecto de la estipulación de cláusulas abusivas, connotación que no se advierte que tenga el parágrafo en análisis, por no enmarcarse en ninguna de las hipótesis previstas en el artículo 43 de la Ley 1480 de 2011, que preceptúa:

“CLÁUSULAS ABUSIVAS INEFICACES DE PLENO DERECHO. Son ineficaces de pleno derecho las cláusulas que:

- 1. Limiten la responsabilidad del productor o proveedor de las obligaciones que por ley les corresponden;*
- 2. Impliquen renuncia de los derechos del consumidor que por ley les corresponden;*
- 3. Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;*
- 4. Trasladen al consumidor o un tercero que no sea parte del contrato la responsabilidad del productor o proveedor;*
- 5. Establezcan que el productor o proveedor no reintegre lo pagado si no se ejecuta en todo o en parte el objeto contratado;*
- 6. Vinculen al consumidor al contrato, aun cuando el productor o proveedor no cumpla sus obligaciones;*
- 7. Concedan al productor o proveedor la facultad de determinar unilateralmente si el objeto y la ejecución del contrato se ajusta a lo estipulado en el mismo;*
- 8. Impidan al consumidor resolver el contrato en caso que resulte procedente excepcionar el incumplimiento del productor o proveedor, salvo en el caso del arrendamiento financiero;*
- 9. Presuman cualquier manifestación de voluntad del consumidor, cuando de esta se deriven erogaciones u obligaciones a su cargo;*
- 10. Incluyan el pago de intereses no autorizados legalmente, sin perjuicio de la eventual responsabilidad penal.*
- 11. Para la terminación del contrato impongan al consumidor mayores requisitos a los solicitados al momento de la celebración del mismo, o que impongan mayores cargas a las legalmente establecidas cuando estas existan;*
- 12. <Numeral derogado por el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012. Entra a regir a partir del 12 de octubre de 2012>*
- 13. Restrinjan o eliminen la facultad del usuario del bien para hacer efectivas directamente ante el productor y/o proveedor las garantías a que hace referencia la presente ley, en los contratos de arrendamiento financiero y arrendamiento de bienes muebles.*
- 14. Cláusulas de renovación automática que impidan al consumidor dar por terminado el contrato en cualquier momento o que imponga sanciones por la terminación anticipada, a excepción de lo contemplado en el artículo 41 de la presente ley”.*

6. De acuerdo con lo discurrido, se confirmará la sentencia censurada y se condenará en costas a la apelante.

DECISIÓN

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, D.C. en Sala Segunda Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 5 de abril de 2021, proferida por la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la apelante. Por concepto de agencias en derecho de esta instancia la Magistrada Sustanciadora las fija en la suma de \$1'000.000.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


ADRIANA AYALA PULGARIN

Magistrada


MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA
Magistrada


JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, D.C.
SALA CIVIL

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

MAGISTRADO PONENTE: **JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO**
RADICACIÓN : **110013103009202000380 01**
PROCESO : **EJECUTIVO**
DEMANDANTE : **NICÓLAS OCHOA YEPES Y OTROS**
DEMANDADO : **MENTE VITAL CIA & S.A.S. Y OTROS**
ASUNTO : **APELACIÓN AUTO**

Procede el Tribunal a dirimir el recurso de apelación interpuesto por la parte ejecutante contra el proveído de 29 de enero de 2021, mediante el cual el Juzgado Noveno Civil del Circuito de esta ciudad, negó el mandamiento solicitado.

ANTECEDENTES

1. En el auto memorado, la funcionaria de primer grado no accedió a proferir la orden de apremio solicitada por los demandantes, comoquiera que, "[r]evisados los documentos traídos a este informativo como título ejecutivo, esto es las facturas de venta N° 4286 y 7287, se advierte que los mismos no reúnen las exigencias de ley, para ser tenidos en cuenta como títulos valores –factura de venta, ello, en razón a que en su contenido cartular, no se advierten cumplidas las exigencias previstas en los arts. 773 parágrafo del Código de Comercio, en concordancia con el art. 774 N° 3 de la misma obra”.

2. Inconforme con tal determinación, el extremo activo interpuso recurso de reposición, y, en subsidio, apeló, con estribo en los

siguientes razonamientos: **i).** No se precisa cuál es el motivo para negar el mandamiento; **ii).** Los documentos fueron aceptados expresamente por los obligados cambiarios, por ende, cumplen con los requisitos establecidos en el artículo 773 del Código de Comercio; **iii).** *"Nuevamente se ponen de presente las cartas de aceptación (...), las cuales hacen parte íntegra de las facturas antes mencionadas (...)"*; **iv).** Frente al estado del pago, debe precisarse que, *"el importe incorporado en los títulos valores no ha sido satisfecho"*, de modo que, el requisito no resulta exigible; y, finalmente, **v).** *"las partes que intervinieron en el acto conocían plenamente el estado del pago de las obligaciones incorporadas en las facturas y prueba de ello como se manifestó anteriormente son las cartas de aceptación suscritas por MENTE VITAL CIA & S.A.S., quien resulta ser uno de los obligados a pagar (...). Así mismo, es importante señalar que en el momento del endoso también participó el obligado cambiario"*.

3. Se desestimó la herramienta horizontal impetrada, tras señalar que el reparo no hacía *"referencia a abono alguno, pues es evidente que en los hechos de la demanda no se hizo alusión a una situación de este tenor"*, *"[l]o que se echó de menos y que resulta compatible con lo narrado en la demanda y los endosos surtidos con antelación al vencimiento de la factura, es que el grupo de demandantes, hubiera enterado a los obligados, tres días antes del vencimiento de las obligaciones, del hecho de su condición de tenedores endosatarios de las facturas, a quienes allí fungen como compradores o adquirentes de los servicios y sus avalistas"*, *"[e]xigencia que no aparece cumplida, ni mencionada siquiera en los hechos del libelo, y si ello es así, la situación prevista en el art. 774 -3 del C. Co. aquí se cumple, acarreado que las facturas no se puedan tener como títulos valores"*.

CONSIDERACIONES

1. En lo concerniente al recaudo de los derechos contenidos en títulos valores, además de verificarse lo dispuesto en el canon 422 del Código General del Proceso, deben, también, atenderse los parámetros previstos en la regulación mercantil, que, en el caso en concreto, refieren a los explicitados en los artículos 619 a 621, 773 y 774 del mencionado

régimen. Igualmente, el canon 617 del Estatuto Tributario señala algunas reglas adicionales en torno a la validez del documento en mención.

2. En esa línea, de forma liminar, deberá hacerse alusión a las reglas que invocó la juez de primer grado para negar la orden de pago deprecada, así pues, se trata del parágrafo del artículo 773 del Código de Comercio, que en su tenor literal prevé: "*[l]a factura podrá transferirse después de haber sido aceptada por el comprador o beneficiario del bien o servicio. Tres (3) días antes de su vencimiento para el pago, el legítimo tenedor de la factura informará de su tenencia al comprador o beneficiario del bien o servicio*", y del numeral 3° del canon 774 ib., según el cual, "*[e]l emisor vendedor o prestador del servicio, deberá dejar constancia en el original de la factura, del estado de pago del precio o remuneración y las condiciones del pago si fuere el caso. A la misma obligación están sujetos los terceros a quienes se haya transferido la factura*".

3. Bajo los anteriores derroteros, se aprecia que las facturas de venta adosadas al libelo introductorio, se expidieron el 12 de junio de 2020, y, de conformidad con la revisión que de aquéllas se hiciera como de los documentos anexos, fueron aceptadas por la pasiva en la misma data, puesto que, en las misivas dirigidas a la Constructora Exco S.A.S., se advierte que el representante legal de Mente Vital adujo: "*para todos los efectos y en concordancia con lo establecido por el artículo 773 del Código de Comercio Colombiano, me permito informar que acepto de manera expresa el contenido de la(s) factura(s) mencionada(s) en el asunto, emitida(s) por CONSTRUCTORA EXCO S.A.S. (...) en atención a los servicios y/o bienes de los cuales he sido satisfactoriamente beneficiado. Respecto a dichos bienes y/o servicios, declaro que fueron aceptados y que no realizaré reclamaciones o devoluciones que puedan afectar el valor de la(s) Factura(s) mencionada(s) en el asunto*".

Y, concretamente sobre el endoso, es claro que, pese a la fecha que fuera señalada en el escrito de demanda, de los instrumentos según se indicó, hacen parte de las facturas, el representante legal de la mentada constructora, declaró: "*[e]l día de hoy 12/06/20, en mi calidad de emisor y propietario de la Factura (...) para todos los efectos me permito endosar en propiedad y con responsabilidad de mi parte a favor de las personas que se*

señalan en la lista de endosatarios, contenida en la página 2 de este documento (...)".

Así las cosas, y no obstante que a la hora de aceptarlas la deudora precisó: "(...) entiendo y acepto que la totalidad del valor de la(s) Factura(s) mencionada(s) en el asunto, debo pagarla a la(s) persona(s) que compre(n) la(s) misma(s) a través de la PLATAFORMA MFX, que funciona a través del sitio web www.mesfix.com. Además, asumo la obligación de efectuar el pago del valor de la(s) Factura(s) mencionada(s) en el asunto, en las fechas allí descritas de forma individual, a través de medio de pago señalado por los compradores/inversionistas, ya sea en la PLATAFORMA MFX o mediante el link de pago que se remita desde info@mesfix.com a mi correo electrónico mentevital@outlook.com", se observa que los demandantes no dieron cumplimiento a lo dispuesto en el parágrafo del artículo 773 citado, comoquiera que no informaron al comprador o beneficiario del servicio de la tenencia de los respectivos títulos¹, pues de ello no hay elementos de convicción que así lo demuestren, mucho menos de que la pasiva participó de dicha transferencia.

3.1. En línea con lo discurrido, frente a la exigencia contemplada en el numeral 3º del precepto 774 del estatuto mercantil, cumple señalar que esta Corporación ha puntualizado:

"(...) como el 'estado de pago', sin resaltar a qué refería tal concepto -falencia que igualmente se avizora en la regulación legal sobre el particular-, éste debe ser entendido en su concepción gramatical², esto es, en línea de principio, como su cuantía, lo que en la actualidad se adeude y a las condiciones de pago de la obligación: su forma de vencimiento, la cual puede ser entre otras modalidades a día cierto y sucesivo o a día cierto y determinado, entre otros.

Sobre este requisito, no puede dejarse en el olvido que el citado numeral no lo presenta en términos absolutos y para todos los eventos, pues en ella se dispuso 'si fuere el caso', lo cual demuestra solo cuando han existido

¹ "A partir de la notificación anterior, el título valor solo podrá ser transferido nuevamente previa notificación al comprador del bien o beneficiario del servicio. El nuevo tenedor deberá realizar el procedimiento de informar por escrito al comprador del bien o beneficiario del servicio y anexar todos los documentos correspondientes para el pago a proveedores, así como una copia de la factura en la que consta el endoso. Los pagos parciales se harán constar en la factura original y en las dos copias de la factura, indicando así mismo, la fecha en que fueron hechos y el tenedor extenderá al deudor los recibos parciales correspondientes. No obstante, podrán utilizarse otros mecanismos para llevar el registro de los pagos, tales como registro contables o cualquier otro medio técnicamente aceptado". BECERRA LEÓN, Henry Alberto, Derecho Comercial de los Títulos Valores. Sexta Edición. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2013. Págs. 526 y ss.

² Art. 27 del Código Civil.

variaciones sobre el 'estado' fiel del derecho incorporado³ o cuando aquel ha circulado, es necesario que éstos se describan en el título, pero mientras ello no ocurra, exigir que se adiciones constancias adicionales, resulta a todas luces infructuoso, pues el estado del pago del precio será el que literalmente se consignó en el cartular"⁴.

Bajo este panorama, es posible afirmar que, por el hecho de que las facturas circularon, esto, con ocasión de los endosos en favor de los accionantes, debió entonces haberse dejado constancia de las condiciones del pago a propósito de sus nuevos tenedores, de cara a lo previsto en el citado párrafo del canon 773 del Código de Comercio; imperativo al que están supeditados quienes adquirieron los respectivos títulos valores, en este caso, los aquí ejecutantes.

Recuérdese que *"no tendrá el carácter de título valor la factura que no cumpla con la totalidad de los requisitos legales señalados en el presente artículo. Sin embargo, la omisión de cualquiera de estos requisitos, no afectará la validez del negocio jurídico que dio origen a la factura"* (inc. 2º, num. 3º del art. 774 ibídem).

4. Desde esa perspectiva, no resulta admisible el reparo del ejecutante conforme al cual todos los documentos atrás reseñados constituyen la fuente del compulsivo, pues, tratándose de títulos valores, deben cumplir con los lineamientos exigidos por el Código de Comercio para la exacción judicial de las obligaciones, situación que no se verifica en este asunto, por las razones ya anotadas.

5. En ese orden de ideas, deberá confirmarse el auto increpado, sin lugar a disponer condena en costas, por no aparecer causadas en esta instancia.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, en Sala de Decisión Civil,

³ Artículo 625 y 626 del Código de Comercio.

⁴ Providencia de 17 de Julio de 2018. Expediente. 030-2018-00233-01. MP. Luis Roberto Suárez González.

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el auto de fecha y procedencia anotadas.

SEGUNDO: SIN COSTAS por no aparecer causadas.

TERCERO: Una vez cobre ejecutoria este pronunciamiento, devuélvase el expediente al Estrado de origen.

NOTIFÍQUESE,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'JP Suárez Orozco', written in a cursive style.

JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO
Magistrado

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, D.C.
SALA CIVIL

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

MAGISTRADO PONENTE: **JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO**
RADICACIÓN : **110013101220150043610**
PROCESO : **EJECUTIVO**
DEMANDANTE : **ESTHER GILMA VARGAS**
DEMANDADO : **WILLIAM ALBERTO OTERO REGINO**
ASUNTO : **RECURSO DE QUEJA.**

Se dirime el recurso de queja formulado por el extremo incidentante, en contra del proveído del 9 de marzo del año en curso, por el cual el Juzgado Trece del Circuito de Bogotá denegó la alzada contra un auto en el que se dispuso estarse a lo dispuesto en decisión anterior.

ANTECEDENTES

1. En providencia de 19 de octubre de 2020, el *a quo* resolvió: “[r]especto de la solicitud de dar trámite al incidente de honorarios, estese a lo resuelto en auto del 15 de enero de 2020, mediante el cual se rechazó el mismo”.

2. Inconforme con tal determinación, el extremo interesado formuló recurso de reposición, y, en subsidio, de apelación. Para sustentar su inconformidad, precisó: **i).** No se atacó el proveído de 15 de enero de 2020, “por cuanto el suscrito dedujo que su señoría rechazaba el incidente presentado porque no se me había revocado el poder por parte de las damandas (sic) MAYRA ANDREA VARGAS VÉLEZ, LUZ VERONICA VARGAS VÉLEZ Y MÓNICA JHOANA VARGAS VÉLEZ”; **ii).** El 29 de enero siguiente, “las demandadas mencionadas, mediante herramienta horizontal informan al despacho que mediante Escritura Pública No. 2956 (...), se revocó en su totalidad el poder

general otorgado a la señora María Teresa Vargas Rojas, quien a su vez fue mi poderdante en su nombre”, así pues, el 11 de agosto del año en curso, solicitó dar trámite al incidente, “el cual se insiste el despacho en rechazar mediante el auto que aquí se ataca”; y, finalmente, **iii**). El funcionario no manifiesta de forma expresa o concreta las causales de rechazo, “y conforme este apoderado tal rechazo no se puede dar ya que el mismo contempla los requisitos de ley consagrados en el artículo 76 del Código General del Proceso”.

3. En interlocutorio siguiente, el juez *a quo* mantuvo la postura cuestionada, y rechazó el medio de impugnación secundario por improcedente.

4. Contra esa última resolución, el interesado formuló herramienta horizontal y queja; desestimado el primero, se ordenó la expedición de copias del proceso, con el fin de que éste último se surtiera.

5. Cumplido el trámite propio, compete al Tribunal resolver lo pertinente.

CONSIDERACIONES

1. De conformidad con el artículo 352 del Código General del Proceso, el recurso de queja tiene por objeto que el superior, a instancia de parte legítima, conceda el recurso de apelación o el de casación, que hubiese denegado el juzgador de primera instancia o el Tribunal, según el caso, si éste fuere procedente.

Por consiguiente, se circunscribe la competencia del *ad quem*, con exclusividad, a pronunciarse sobre la viabilidad o no de la alzada denegada por el *a quo*. De igual manera, resulta oportuno recordar que las providencias judiciales devienen apelables, únicamente, en aquellos casos previstos por el legislador, atendiendo al sistema taxativo adoptado. En tal virtud, frente a una decisión proferida por el juez de primer grado, se debe realizar una revisión minuciosa de la ley procedimental, a fin de establecer si coexiste norma que la consagre, pues del silencio sobre el particular conlleva la improcedencia de la impugnación.

2. En el asunto de marras, el descontento de la parte recurrente radica en la falta de concesión de la alzada, instaurada contra la determinación por medio de la cual se dispuso estarse a lo resultado en auto anterior, esto es, el calendado 15 de enero de 2020, mediante el que se rechazó *“el incidente de regulación de honorarios, toda vez que no se cumplen los presupuestos del inciso segundo del art. 76 del C.G.P.”*.

Bajo esta tesitura fáctica, examinado el contenido del artículo 321, *ejusdem*, se advierte que dicho pronunciamiento no se encuentra enlistado dentro de los susceptibles de apelación, y tampoco aparece consagrado en alguna de las disposiciones especiales dictadas frente al tema, comoquiera que el proveído censurable con esa herramienta procesal es aquél que consagra el numeral 5° del citado artículo, concretamente, *“[e]l que rechace de plano un incidente (...)”*. No obstante, la providencia fechada el 15 de enero de la pasada anualidad, no fue objeto de impugnación.

De ahí que la conclusión no sea otra que la inapelabilidad de la disposición refutada, y, en consecuencia, se tenga como ajustada a derecho.

Puestas así las cosas, se impone declarar bien denegado el recurso de apelación interpuesto contra lo previsto en auto adiado 19 de octubre de 2020, sin que haya lugar a imponer condena en costas, por no aparecer causadas (numeral 8° del artículo 365 del C. G. del P.).

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR bien denegado el recurso de alzada propuesto contra el pronunciamiento fechado 19 de octubre de 2020, proferido por el Juzgado Trece Civil del Circuito de Bogotá, en el proceso de la referencia.

SEGUNDO: REMITIR las diligencias a la sede judicial de origen, para que formen parte del proceso.

NOTIFÍQUESE,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'JP Suárez Orozco', written in a cursive style.

JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO
Magistrado

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



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

Magistrada Ponente: **AÍDA VICTORIA LOZANO RICO**

Bogotá D.C., veintiséis (26) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y aprobado en Sala Dual de sesión virtual ordinaria del 21 de octubre de 2021.

Ref. Proceso ordinario de responsabilidad civil extracontractual de **ÉRIKA MILENA CASTILLO GONZÁLEZ** y otros contra **JEISON CLAVIJO RAMÍREZ** y otros. (Recurso de Súplica). **Rad:** 11001-3103-014-2016-00575-02.

I. ASUNTO A RESOLVER

Se procede a decidir lo correspondiente frente al recurso de súplica interpuesto contra el auto del 25 de agosto de 2021, proferido por la Honorable Magistrada Ponente, Doctora Adriana Saavedra Lozada, al interior del proceso de la referencia, promovido por Martha Judith, Érika Milena, Diana Marcela Castillo González y Vivián Rocío Álvarez Castillo contra Jeison Clavijo Ramírez, Luis Antonio Roa Campos y Héctor Andrés Calderón Orozco.

II. ANTECEDENTES

1. Al despacho de la Honorable Magistrada Sustanciadora Adriana Saavedra Lozada, correspondió el conocimiento del recurso de apelación de la sentencia calendada 4 de marzo de 2019¹, proferida por el Juzgado Catorce Civil del Circuito de esta ciudad, dentro del trámite de responsabilidad civil extracontractual iniciado por la señora Érika Milena Castillo González y otros contra Jeison Clavijo Ramírez y otros.

2. En proveído del 11 de marzo de 2020, luego de admitir la alzada y decretar pruebas de oficio, verificó que la audiencia inicial carecía de audio en una sección, por ello, ordenó devolver el expediente al estrado judicial de origen

¹ Folio 492 Archivo "05Tribunal.pdf". Carpeta "01CuadernoPrincipa". Carpeta "Cuaderno Juzgado".

“para que proceda a hacer los ajustes técnicos pertinentes [si hay lugar a ello] o, de lo contrario, en los términos del artículo 126 del C.G.P., se disponga a la reconstrucción parcial de la audiencia en lo que al interrogatorio de parte refiere, atendiendo a que uno de los reparos hace hincapié en la inadecuada valoración probatoria del medio de prueba oral”².

3. Retornado el asunto a esta Corporación, la funcionaria judicial, mediante auto del 12 de julio del presente año, con el propósito de cumplir el mandato del artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, ordenó correr traslado al extremo apelante *“para que sustente su medio impugnativo o exprese si los reparos presentados en primera instancia le sean tenidos en cuenta como sustentación del recurso (...)”³.*

4. En providencia del 25 de agosto del año en curso decidió: *“como quiera que el extremo apelante no efectuó la sustentación a su medio impugnativo en el término indicado en auto de julio 12 (...), se dispone declarar desierto su recurso”⁴.*

5. Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de los demandantes, recurrentes en alzada, interpuso recurso de reposición y en subsidio el de súplica, aduciendo que hace más de 2 años se dio trámite a la apelación, decretándose incluso, pruebas de oficio y la reconstrucción de piezas procesales, sin que, a la fecha hubiesen sido convocados a la audiencia de sustentación.

En su concepto, se da una indebida aplicación al artículo 624 del C.G.P., según el cual, los recursos se registrarán por las leyes vigentes cuando fueron interpuestos. Por esas razones, pide revocar el auto que declaró la deserción de la alzada y, en su lugar, se convoque a la diligencia del numeral 5 del artículo 327 del Estatuto Procesal General⁵.

6. A través del proveído del 1 de octubre de 2021, fue denegado por improcedente el remedio horizontal *“porque el auto controvertido resolvió sobre*

² Folio 612 *Ibidem*

³ Archivo *“04AutoRequiereCorreTrasladoParaSustentarApelacion.pdf”* Carpeta *“Cuaderno Tribunal”*.

⁴ Archivo *“08AutoDeclaraDesiertoRecursoApelacion.pdf”* *Ibidem*.

⁵ Archivo *“09RecursoReposicionYSúplica.pdf”* *Ibidem*.

la admisión del recurso de apelación. Entonces, deviene posible de ser discutido en esta instancia, solamente a través del recurso de súplica (...)”⁶.

III. CONSIDERACIONES

Previene el artículo 331 del C.G.P., que el recurso de súplica procede “*contra los autos que por su naturaleza serían apelables, dictados por el magistrado sustanciador en el curso de la segunda o única instancia, o durante el trámite de la apelación de un auto. También procede contra el auto que resuelve sobre la admisión del recurso de apelación o casación y **contra los autos que en el trámite de los recursos extraordinarios de casación o revisión proferia el magistrado sustanciador y que por su naturaleza hubieran sido susceptibles de apelación.** No procede contra los autos mediante los cuales se resuelva la apelación o queja*” (destacado para resaltar).

De su lado, preceptúa el canon 318 de la misma Codificación, que la reposición cabe “*contra los autos que dicte el juez*” y “*contra los del magistrado sustanciador no susceptibles de súplica*”, por lo que en tratándose de una providencia del Magistrado ponente, es preciso establecer cuál de las dos herramientas de oposición puede interponerse.

Explica la doctrina que, para definir ese tópico, debe acudir al listado de providencias apelables, contenido en ese Estatuto, de manera que, si la decisión interlocutoria es posible de ese medio de impugnación, procede la súplica, en caso contrario, cabe la reposición.

*“De lo anterior se infieren los requisitos para la procedencia del recurso que son:
A) Que se trate de un auto interlocutorio susceptible de apelación. Esto significa que solo los taxativamente indicados por el artículo 321 del Código General del Proceso y los demás expresamente mencionados en este ordenamiento, a los que se les otorga el recurso de apelación, son susceptibles de súplica”*⁷.

Así las cosas, se concluye que la providencia proferida el pasado 25 de agosto de 2021, es posible del remedio horizontal, pues la declaración de deserción, por su naturaleza no es susceptible de apelación y, en esa medida, tampoco

⁶ Archivo “09RecursoReposicionYSúplica.pdf” *Ibidem*.

⁷ Azula Camacho Jaime, Manual de Derecho Procesal, Tomo II, Parte general, Editorial Temis S.A., Bogotá 2018, página 310.

lo sería de la súplica, sumado a que en ese auto no se resolvió sobre la admisión de la alzada.

Por lo tanto, como el proveído cuestionado no tiene naturaleza apelable, dado que no fue previsto como tal en el precepto 321 *idem*, se colige que el recurso de súplica interpuesto deviene improcedente.

Sobre el particular, la Sala de Casación Civil del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria consideró, al resolver en sede de tutela, la inconformidad presentada con la decisión que declaró desierto el recurso de apelación, lo siguiente:

*“Ahora bien, memórese que no es dable acudir a esta vía extraordinaria para subsanar falencias o apatías en el ejercicio del litigio, cuando se ha dejado de interponer los recursos pertinentes, como aquí ocurrió, pues no es sino verificar los acontecimientos de la multicitada ‘audiencia’, **para establecer que el actor no interpuso el recurso de reposición contra la deserción declarada**”⁸ (las negrillas no son del texto original).*

Dicha postura, fue reiterada bajo la afirmación, de que el recurso procedente para controvertir la declaratoria de deserción de la apelación, es la reposición, así la mencionada Alta Corporación puntualizó:

“Así las cosas, surge patente la falta de vocación de prosperidad de la salvaguarda planteada, debido a que los quejosos tuvieron a su alcance el recurso de reposición contra los autos de 23 de junio de 2021 -por medio del cual el Tribunal corrió traslado para sustentar la apelación-, y de 13 de julio siguiente -con el que se declaró desierta la alzada-, medio ordinario de defensa que era procedente de conformidad con el artículo 318 del Estatuto General del Proceso, circunstancia que evidencia el descuido en el uso de los instrumentos legales para la defensa de sus derechos, desperdiciando así la oportunidad pertinente ante el fallador natural para exponer lo aquí planteado”⁹.

Y, en otro fallo, recalcó:

*“Surtido el término anotado, y ante la extemporaneidad en la presentación de los reparos, el juzgado accionado mediante proveído de 26 de marzo de 2021, declaró desierto el recurso de apelación. Frente a tal providencia, la actora guardó silencio.
4. De lo narrado la Sala concluye que la querellante contó con la oportunidad de exponer y alegar a la autoridad recriminada las razones de su inconformidad para reclamar a favor de sus intereses y no lo hizo.
En efecto, es claro que desperdició la herramienta que tuvo a su alcance, concretamente, el recurso de reposición, medio que era viable de acuerdo con lo contemplado en el artículo*

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sentencia STC5303-2018 del 25 de abril de 2018.

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sentencia STC10382-2021 del 18 de agosto de 2021.

318 del Código General del Proceso, el cual debió ser alegado dentro de los 3 días siguientes a la notificación de la providencia objeto de queja”¹⁰.

Visto lo anterior, en el *sub lite* la vía de refutación adecuada es la reposición, en tanto es el medio establecido por el canon 318 *ibidem* para reprochar los autos que dicte el magistrado ponente no susceptibles de súplica, por lo que el expediente deberá retornar al despacho de la Honorable Magistrada ponente para lo de su competencia.

IV. DECISIÓN

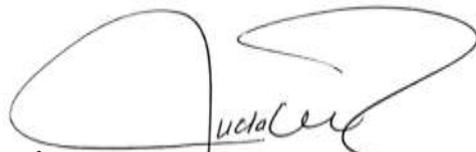
En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, EN SALA DUAL CIVIL**

RESUELVE:

Primero. DECLARAR improcedente el recurso de súplica interpuesto por el extremo demandante, contra el auto del 25 de agosto de 2021, proferido por la Honorable Magistrada Adriana Saavedra Lozada en el presente proceso.

Segundo. ORDENAR devolver el expediente digitalizado al Despacho de la mencionada funcionaria judicial, para lo de su competencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



AÍDA VICTORIA LOZANO RICO
Magistrada



CLARA INÉS MARQUEZ BULLA
Magistrada

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sentencia STC12151-2021 del 16 de septiembre de 2021.

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



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

Bogotá D.C., veintiséis (26) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Radicado: 11001 31 03 002 2016 00543 02.
Proceso: Verbal [Responsabilidad Médica].
Recurso: Apelación de sentencia.
Demandantes: Myriam Patricia Bermúdez Lozano y otros.
Demandados: Corporación Universitaria Juan Ciudad y otros.

Magistrada Sustanciadora: **ADRIANA AYALA PULGARÍN**

[Discutido y aprobado en Sala Civil de Decisión de 13 de octubre de 2021 según acta de la misma fecha]

La Sala Segunda Civil de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial resuelve el recurso de apelación formulado por los demandantes, contra la sentencia de 10 de diciembre de 2020, proferida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

1. José Yecid Lozano, Myriam Patricia, Silvia Margarita y Wilmer Alfonso Bermúdez Lozano, promovieron demanda verbal en contra de la Corporación Universitaria Juan Ciudad y la Entidad Promotora de Salud Sanitas S.A. - E.P.S. Sanitas S.A.-, con el fin de que se les declarara civil, extracontractual y patrimonialmente responsables de los perjuicios morales y los daños a la vida de relación irrogados sobre los mismos, con ocasión de las fallas que se presentaron en la atención médica de su familiar, la señora Ana Clovis Lozano Ortiz.

Consecuencialmente, se les condenara a pagar, solidariamente, la suma equivalente a doscientos salarios mínimos legales mensuales [200 SMLMV] por concepto de daños morales, y la misma cifra, por menoscabos a la vida de relación, a favor de cada uno de los pretensores.

2. Para sustentar sus pedimentos argumentaron, en síntesis, que, el 14 de julio de 2014, su progenitora, la señora Lozano Ortiz, de 71 años de edad, sufrió una caída desde su propia altura, por lo que fue trasladada al Hospital Universitario Mayor MÉDERI, en donde le practicaron una radiografía que reveló una *“fractura transcervical de cadera derecha”*; asimismo, el especialista en ortopedia determinó la necesidad de una cirugía y solicitó los análisis pre quirúrgicos y la valoración pre anestésica; en el curso de la respectiva intervención, la paciente entró en paro cardíaco y falleció.

Añadieron que, en el informe de necropsia, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, dictaminó como mecanismo de la muerte un choque hipovolémico, por lo que los médicos incurrieron en un error de diagnóstico al no advertir que la paciente *“presentaba una severa hemorragia interna que luego de seis días le causó la muerte, siendo esa patología la que debieron identificar primeramente y someter al tratamiento correspondiente tendiente a prolongar las probabilidades de sobrevivencia”*.¹

3. La Entidad Promotora de Salud Sanitas S.A. -E.P.S. Sanitas S.A.- se opuso a la prosperidad de las pretensiones y alegó las excepciones de mérito que denominó: (i) *“Inexistencia de la relación causa efecto entre los servicios médicos asistenciales autorizados por E.P.S. Sanitas a la paciente Ana Clovis Lozano y el desenlace de la atención médica”*; (ii) *“Cumplimiento de las obligaciones por parte de E.P.S. Sanitas S.A. establecidas en la normativa vigente”*; (iii) *“Ausencia de carga probatoria de la parte demandante”*; (iv) *“Tasación excesiva del perjuicio”* y, (v) *“Inexistencia de solidaridad”*.²

3.1. Además, llamó en garantía a Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. - Mapfre Seguros-; última esta que repelió el llamado mediante la proposición de los siguientes mecanismos defensivos: 1. *“Inexistencia de responsabilidad frente a los actores por parte de E.P.S. Sanitas S.A.”*; 2. *“Inexistencia de solidaridad entre los demandados, legal y*

¹ Cfr. C. digital, Archivo “07CuadernoPrincipalA”, folios 204 y s.s.

² Cfr. C. digital, Archivo “07CuadernoPrincipalA”, folios 280 y s.s.

contractual”; 3. “Inexistencia de los elementos estructurales de la responsabilidad civil en cabeza de E.P.S. Sanitas”; 4. “Inexistencia de responsabilidad por concreción de un riesgo informado”; 5. “Los actos médicos son de medio y no de resultado” y, 6. “Extralimitación en la tasación del perjuicio inmaterial”. En subsidio, invocó: a. “Inexistencia de cobertura en la póliza No. 2201307000321”; b. “Límite en la obligación de indemnizar”; c. “Prescripción de las acciones” y, d. “Excepción Genérica”.³

3.2. En similares términos llamó a la Corporación Universitaria Juan Ciudad, la cual guardó silencio respecto del llamamiento.⁴

4. No obstante, esta última contestó la demanda y formuló las siguientes excepciones: -“La actividad médica constituye una obligación de medio y no de resultado”; -“Inexistencia de culpa”; -“Inexistencia de daño”; -“Inexistencia de nexo de causalidad”; -“Inexistencia de responsabilidad de Corporación Universitaria Juan Ciudad, dada la autonomía del acto médico” y, - la “genérica”.⁵

4.1. A su vez, llamó en garantía a Allianz Seguros S.A., compañía que expresó su adherencia a las excepciones de mérito que invocó su llamante; y, en torno al respectivo llamamiento, esgrimió las exceptivas que a la letra siguen: i) “Deducible”; ii) “Límite asegurado”; iii) “Reducción del límite asegurado” y, iv) “Genérica”.⁶

5. Decretadas y practicadas las pruebas, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bogotá, dictó sentencia y denegó las pretensiones; determinación que fue apelada por la parte actora. Empero, con posterioridad se declaró la nulidad de lo actuado por el vencimiento de los términos de que trata el artículo 121 del Código General del Proceso.

6. Asumida la competencia por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de la misma capital, el 10 de diciembre de 2020, se adelantó la audiencia de instrucción y juzgamiento, en la que se procuró -sin éxito- una conciliación entre las partes; se fijó el litigio; se escucharon los alegatos de conclusión y se decidió nuevamente la instancia.

³ Cfr. Archivo “04CuadernollamamientogarantíaMapfre”, folios 112 y s.s.

⁴ Cfr. Archivo “02CuadernollamamientoGarantíaCorporaciónJuan”.

⁵ Cfr. C. digital, Archivo “07CuadernoPrincipalA”, folios 494 y s.s.

⁶ Cfr. Archivo “03CuadernollamamientoGarantíaAllianz”.

LA SENTENCIA APELADA

La autoridad de primer grado declaró probadas las excepciones de *“Inexistencia del daño”*, *“Ausencia del daño inadmisibile”*, *“Inexistencia de culpa”* e *“Inexistencia de responsabilidad”* y, en consecuencia, denegó las pretensiones de la demanda, terminó el proceso y condenó en costas a la parte actora.

En las motivaciones de su fallo, la Jueza de conocimiento comenzó por referirse a los presupuestos axiológicos de la acción de responsabilidad civil, para luego destacar que el compromiso médico es de medio y no de resultado. Preciso que el informe del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses no resultaba suficiente para probar la causa del deceso de la señora Ana Clovis Lozano Ortiz, pues *“si bien allí se consignó como causa de muerte el choque hipovolémico, del mismo informe referido no se estableció origen, causa, ni momento en que ello ocurrió”* [minuto 20:05 de la grabación de la audiencia].

Consideró que del aludido informe tampoco se coligió que se hubiesen presentado fallas en la atención de la paciente, ni en la medicación, y menos en la administración de anticoagulantes. Analizó los testimonios rendidos por los médicos que la atendieron, y concluyó que no hubo impericia ni negligencia en la prestación del servicio, siendo manifiesto que los demandantes descuidaron la carga probatoria para demostrar el daño y la culpa.⁷

EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, los querellantes alegaron que se incurrió en un error y una deficiencia en la valoración probatoria, al otorgarle *“a lo dicho por los testigos, el carácter de peritos, incluso subestimando el informe médico legal, frente a las apreciaciones de estos”* en relación con la causa de la muerte de la señora Ana Clovis Lozano, sin parar mientes en que no son expertos en patología, ya que es la autoridad experta en ciencias forenses la que determina, no solo la causa, sino también el mecanismo de la muerte.

Frente a la pérdida de sangre de la paciente, recordaron que el médico anesthesiólogo relató en su declaración, que se produjo con posterioridad al

⁷ Cfr. Archivo digital “06AudienciaArt373CGPParte3”.

fallecimiento, por “*lo que resulta inverosímil e ilógico, un cadáver perdiendo sangre al punto de un choque hipovolémico*”.

Precisaron que en el informe del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses se dictaminó que la causa básica de la muerte consistió en un paro cardiaco no especificado, desencadenado por múltiples eventos tales como un gran hematoma retroperitoneal, asociado al reemplazo de la cabeza del fémur derecho, es decir, a la intervención quirúrgica, y se conceptuó, además, que el mecanismo de fallecimiento fue un choque hipovolémico, es decir, que la causa desencadenante de los eventos que originaron el deceso, fue la pérdida masiva del volumen sanguíneo.

En consecuencia, hubo falla médica, negligencia e impericia porque: (i) no se consideró que la paciente se encontraba medicada de tiempo atrás con *aspirineta* de 100 mg, que es un inhibidor de la coagulación, amén que cinco días antes de la cirugía le prescribieron *heparina* -medicamento anticoagulante-; (ii) El 19 de julio, a las 12:53, la doctora Yohana Carolina Suárez Useche impartió la orden de continuar el suministro de *heparina* y, sin embargo, una hora después, otro médico, ordenó suspender su uso. Por otra parte, la enfermera jefe le administró ese anticoagulante a las 22:03, esto es, menos de 12 horas anteriores a la cirugía, situación contradictoria que habla por sí misma (*res ipsa loquitur*); (iii) En la “*lista de verificación seguridad en la Sala de Cirugía*” la auxiliar de enfermería advirtió que la paciente no consumía medicamentos que interfirieran con la coagulación; (iv) Se registró una tardanza en conseguir las unidades de sangre para la transfusión de la paciente; (v) quien era de alto riesgo por razón de las comorbilidades que la aquejaban; situación que exigía mayor precaución en su atención, más aún cuando uno de los testigos declaró que el fémur es el hueso que más sangre irriga.

Destacaron, que la jurisprudencia ha precisado que el consentimiento informado debe ser claro, veraz, de buena calidad y de lenguaje comprensible, atendiendo lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 23 de 1981, en armonía con lo que estatuye el numeral 2° del artículo 1° de la Resolución 13437, expedida por el entonces Ministerio de Salud, y que en el presente caso, el médico ortopedista expresó en su declaración que su acercamiento con la paciente se dio en la sala de cirugía, lo que muestra que el

consentimiento informado suscrito el 19 de julio de 2014 “no fue recogido por el médico cirujano” y, por lo mismo, que este no le informó los riesgos de la intervención.

En lo que atañe al procedimiento anestésico, señalaron que el consentimiento fue firmado por la hija de la paciente, cuando aquella ya se encontraba en el quirófano; además, no se diligenció en su integridad, como quiera que brilla por su ausencia el cuestionario de evaluación preanestésico [edad, enfermedades que padecía y medicamentos que consumía].

Finalizaron diciendo que los testigos manifestaron que “ocurrieron hechos que no están transcritos en la historia clínica, ni en la que fue suministrada por los demandantes ni en la suministrada por los demandados, que, pese a ser de la misma paciente y que fue solicitada meses después del hecho, la una no coincide con el número de folios con la otra, siendo mayor la arrimada por la institución médica”.⁸

CONSIDERACIONES

1. Se encuentran reunidos a cabalidad los presupuestos procesales, y no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado.

2. La responsabilidad médica -conforme lo ha precisado la doctrina- “es una responsabilidad profesional que estructura un comportamiento antijurídico como consecuencia del incumplimiento de deberes jurídicos a cargo de los médicos, relacionados con la práctica o ejercicio de su actividad”. Por regla general, es de “medio”, lo que implica que los galenos se obligan a realizar su actividad de manera diligente, esto es, “a poner todos sus conocimientos, habilidades y destrezas profesionales, así como todo su empeño, en el propósito de obtener la curación del paciente”¹⁰, sin garantizar, por regla general, un resultado específico.

3. En casos como el que se estudia, son requisitos para la prosperidad de la acción que se acredite -idóneamente- el daño, la culpa galénica y el nexo causal, esto es, que el daño sufrido hubiese tenido como causa eficiente la negligencia o impericia del acto médico.

⁸ Cfr. C. digital, Archivo “08CuadernoPrincipalB”, folios 141 y s.s.

⁹ SANTOS BALLESTEROS, Jorge. Instituciones de responsabilidad civil. Tomo II, Universidad Javeriana, pág. 252.

¹⁰ C.S.J. 5 de noviembre de 2013, exp. 2005-25.

4. Al analizar la eventual configuración de los antedichos elementos axiológicos, de entrada, se observa que el hecho dañoso se encuentra acreditado con el deceso de la señora Ana Clovis Lozano Ortiz, como resultado de la atención medica recibida en la IPS Corporación Universitaria Juan Ciudad [MÉREDI] el día 14 de julio de 2014.

5. En cuanto al segundo componente que debía acreditarse, esto es, la culpa, véase bien que, en tratándose de la responsabilidad en comento, ésta asume diversas tipologías como lo son: La impericia, la imprudencia, la negligencia, la violación de reglamentos y las faltas de coordinación.

6. Al respecto, en la demanda se invocó como fuente de la responsabilidad que los médicos tratantes de la plurimencionada paciente, incurrieron en un error de diagnóstico al no advertir que *“presentaba una severa hemorragia interna que luego de seis días le causó la muerte, siendo esa patología la que debieron identificar primeramente y someter al tratamiento correspondiente tendiente a prolongar las probabilidades de sobrevivencia”*.

7. El “diagnóstico”, por su parte, ha sido definido por la doctrina *“como la etapa encaminada a establecer el cuadro clínico del enfermo, en particular la naturaleza y tipología de la enfermedad o la razón de la problemática que lo aqueja”*¹¹; asimismo, como *“la averiguación que hace el médico, valiéndose del examen de los síntomas de los síntomas o signos que presenta el paciente, para tratar de establecer la índole y caracteres de la enfermedad que lo aqueja y sus causas determinantes. El mismo, salvo los casos de conclusión muy evidente, se inicia como diagnóstico diferencial y se va formando o completando de a poco”*¹².

8. Descendiendo al estudio sobre la presencia de los eventuales medios demostrativos que acreditaran que los galenos tratantes omitieron advertir la existencia de la hemorragia interna antedicha, de la prueba documental logra colegirse que ésta fue atendida inicialmente por la Fundación Salud Bosque¹³ en la que se le diagnosticó con *“fx de cadera”*; dicha entidad, al carecer de convenio con la E.P.S. Sanitas, dispuso su

¹¹ JARAMILLO, Carlos Ignacio. *La culpa y la carga de la prueba en el campo de la responsabilidad médica*, pág. 64.

¹² LOPEZ MESA; TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad civil de los profesionales*, p. 477, citado en JARAMILLO, Carlos Ignacio. *La culpa y la carga de la prueba en el campo de la responsabilidad médica*.

¹³ Fl. 391 C.1.

traslado a la Clínica MÉDERI en la que, posteriormente, se le determinó una *“fractura del cuello del fémur”*¹⁴.

8.1. Aseveraron los recurrentes que la historia clínica allegada no correspondía con lo sucedido, y que la versión entregada a ellos difería de la afirmada por la demandada en el proceso; sobre el particular, aunque se aceptase que el documento sufrió alteraciones -de lo que no existe prueba- ello podría constituir indicio grave, pero no resultaría ser prueba suficiente de la culpabilidad endilgada, temática sobre la cual, la jurisprudencia ha precisado que *“Es deseable, pero en sí mismo no es constitutivo de culpa, que en la elaboración de una historia clínica en un establecimiento de salud, sobre todo en las circunstancias actuales por las que atraviesa el colapsado sistema en Colombia, los más mínimos detalles queden registrados. A más detalles más información para la eventual y futura reconstrucción de los hechos”*¹⁵. [Énfasis no original]

Ahora bien, es cierto que en los antecedentes de la historia clínica aparece que la paciente sufrió un ACV [Accidente Cerebro Vascular] dos (2) meses antes de dicho evento, razón por la que, en el examen físico se advirtió un *“déficit sensitivo en miembros inferiores secundarios a ACV”*. El mismo día de ingreso al hospital, le tomaron una radiografía para corroborar la fractura transcervical de su cadera derecha, sin que se indicara que existía un hematoma que pudiera evidenciar una hemorragia interna; por ese motivo, se solicitó valoración con ortopedia, se ordenaron varios exámenes médicos [electrocardiograma, laboratorio] y se le suministraron diversos medicamentos para el dolor.

Sin embargo, no existe evidencia que permita inferir, razonablemente, que se hubiese omitido atender la sintomatología atinente a la aludida hemorragia interna, dado que la parte actora no allegó ningún elemento de prueba que acreditara cuáles eran los síntomas de dicho padecimiento, y que la paciente los presentaba. Tampoco se allegó experticia que acercará al juzgador a una explicación técnica de la historia clínica y que indicará que el diagnóstico fuere desacertado y/o incompleto; sobre ese tópico en especial, la jurisprudencia ha tenido la oportunidad de reseñar, lo siguiente:

¹⁴ FI. 19 C.1.

¹⁵ C.S.J., SC 5641 de 2018, contenido en pie de página.

“Las historias clínicas y fórmulas médicas, por lo tanto, en línea de principio, por sí, se insiste, no serían bastantes para dejar sentado con certeza los elementos de la responsabilidad de que se trata, porque sin la ayuda de otros medios de convicción que las interpretara, andaría el juez a tientas en orden de determinar, según se explicó en el mismo antecedente anteriormente citado ‘si lo que se estaba haciendo en la clínica era o no un tratamiento adecuado y pertinente según las reglas del arte’”¹⁶

Y en sentencia posterior, preciso que:

“Existen serias diferencias entre el derecho y la ciencia. Las condiciones particulares de aquél no solo hacen que las reglas adjetivas limiten la búsqueda de la verdad en el tiempo y de los hechos en el juicio, sino que una vez establecida la tornan definitiva. Planteado un conflicto en la jurisdicción y requerido el apoyo del conocimiento experto, el proceso debe procurar la intangibilidad de los principios y métodos del área científica, técnica o artística respectiva, vigentes para la época”¹⁷.

Memórese, en todo caso, que corresponde a cada uno de los extremos de la litis aportar los medios probatorios idóneos que sean necesarios y suficientes para sacar adelante su respectiva posición [pretensión y/o excepción]. Así, en torno a la “carga de la prueba” -como de antaño se ha conocido- los artículos 1757 del Código Civil y 167 del Código General del Proceso, establecen que incumbe probar a las partes el supuesto de hecho en que fundamentan tanto las pretensiones como sus excepciones, vale decir, cada extremo soporta individualmente la carga probatoria de dar respaldo a sus aseveraciones, por lo que les es imperioso acudir a cualquiera de los medios autorizados por el legislador.

Ello en virtud del principio de la carga de la prueba y de la autorresponsabilidad de las partes por su eventual inactividad, sobre la cual la doctrina tiene dicho, que:

*“La igualdad de oportunidades en materia de pruebas no se opone a que resulte a cargo de una de las partes la necesidad de suministrar la prueba de ciertos hechos, sea porque los invoca a su favor o porque de ellos se deduce lo que pide, o porque el opuesto goza de presunción o de notoriedad o es una negación indefinida. De esto resulta el principio de la carga de la prueba, que contiene una regla de conducta para el juzgador, **en virtud de la cual, cuando falta la prueba del hecho que sirve de presupuesto a la norma jurídica que una parte invoca a su favor, debe fallar de fondo y en contra de esa parte.** Por otro aspecto, implica este principio la autorresponsabilidad de las partes por su conducta en el proceso, al disponer que, si no aparece en éste la prueba de los hechos que las benefician y la contraprueba de los que, comprobados a su vez, por el contrario, pueden perjudicarlas, recibirán una decisión desfavorable; puede decirse que a las partes les es posible colocarse en una total o parcial inactividad probatoria, por su cuenta y riesgo (véase Cap. XVI).”¹⁸*

¹⁶ C.S.J. SC03 DE 2018

¹⁷ C.S.J. SC5186-2020.

¹⁸ Echandía Davis, Compendio de la Prueba Judicial anotado y concordado por Adolfo Alvarado Beloso Tomo I Rubinzal – Culzoni Editores. https://www.salapenaltribunalmedellin.com/images/doctrina/libros01/compendio_de_la_prueba_judicial_i.pdf

9. De allí que no se hubiese acreditado el referido nexo causal y que las aspiraciones de los actores hubiesen fracasado, en la medida en que, como en la demanda se expresó que en el informe de necropsia, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses dictaminó, como mecanismo de la muerte de la señora Ana Clovis Lozano, un choque hipovolémico, lo cierto es que al revisar el precitado documento¹⁹ se advirtió que el perito forense indicó que había encontrado en el cadáver *“signos de varias comorbilidades, como obesidad, hipertensión arterial, enfermedad tiroidea y reemplazo con prótesis de la cabeza del fémur derecho reciente, asociado a un gran hematoma retroperineal y signos de choque hipovolémico, refractario alveolar difuso, por pérdida de sangre y falla cardíaca descompensada **que en conjunto le ocasionaron la muerte**”*. [sublínea fuera del texto original] por lo que mal podría atribuirse el deceso aludido a una única causa específica.

Precisó el informe, además, que *“los hallazgos de necropsia, teniendo en cuenta la información aportada por la policía judicial, son consistentes con una probable manera de muerte violenta en el contexto de un accidente, sin embargo, en este caso en particular, la causa de la caída puede estar relacionada con sus comorbilidades”*. Seguidamente, en un acápite denominado *“CONCLUSIÓN PERICIAL”* se conceptuó como posible causa básica de muerte: *“caída de su altura”*, y como mecanismo de muerte: *“choque hipovolémico”* [página 2 del informe].

10. Lo anterior, muestra con meridiana claridad que, en el informe de necropsia varias veces señalado, no se consignó como causa del fallecimiento de la señora Ana Clovis Lozano, la severa hemorragia aludida en la demanda; por el contrario, la médico forense expresó que el deceso se produjo por el conjunto de varios factores, a saber: las comorbilidades que la aquejaban, el gran hematoma retroperineal, *“los signos de choque hipovolémico, refractario alveolar difuso, por pérdida de sangre”* y la falla cardíaca descompensada.

11. En ese orden de ideas, se itera, no le asiste razón a la censura cuando señala que en el informe de necropsia se concluyó que el hematoma retroperitoneal estuviera asociado a la intervención quirúrgica. *Contrario sensu*, la experta en comentario señaló, puntualmente, que la causa del deceso obedeció al conjunto de varios factores, como se dijo en párrafos anteriores.

¹⁹ Informe Pericial de Necropsia No. 2014010111001002316.

12. Así las cosas, el Tribunal no se pronunciará en punto de los demás argumentos esgrimidos en el escrito de apelación, relacionados con los medicamentos suministrados a la paciente durante las horas previas a la cirugía, el diligenciamiento de varios documentos que hacen parte de la historia clínica, como la lista de verificación de seguridad en la sala de cirugía y los consentimientos informados, toda vez que, se insiste, la acción de responsabilidad planteada se hizo consistir, única y exclusivamente, en lo que la parte actora consideró un error de diagnóstico al no advertirse que la paciente *“presentaba una severa hemorragia interna que luego de seis días le causó la muerte, siendo esa patología la que debieron identificar primeramente y someter al tratamiento correspondiente tendiente a prolongar las probabilidades de sobrevivencia”*.

Obsérvese que, en los hechos inaugurales que, por demás, constituyen el sustento de las pretensiones, no se hizo alusión alguna a los medicamentos suministrados a la señora Ana Clovis Lozano Ortiz durante las horas previas a la cirugía, ni tampoco se insinuó el tema del diligenciamiento de aquellos documentos, pues, se reitera, solo se hizo referencia a un error en el diagnóstico de la paciente. Tampoco se reformó la demanda, en aras de que variara la situación fáctica descrita en el libelo genitor.

Desde esa perspectiva, admitir que a estas alturas del proceso se inicie un debate como el que pretende el apelante, vulneraría, sin lugar a dudas, el debido proceso y el derecho de defensa de la parte demandada, habida cuenta que esta no contó con la posibilidad de debatir tales aspectos.

Por ello, el legislador previó que *“la sentencia deberá estar en consonancia **con los hechos** y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley”* [inciso primero, artículo 281 del C. G. del P.].

13. Corolario de lo expuesto es que se confirmará el fallo apelado, aunque por las motivaciones vertidas en esta providencia. Asimismo, se condenará en costas a los apelantes.

DECISIÓN

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, D.C. en Sala Segunda Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de diciembre de 2020 por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de esta ciudad.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia al extremo apelante. Por concepto de agencias en derecho se fija la suma de **\$1'000.000,00**.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Adriana Ayala Pulgarín.

ADRIANA AYALA PULGARÍN

Magistrada


MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA
Magistrada


JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, D.C.
SALA CIVIL

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

MAGISTRADO PONENTE: **JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO**
RADICACIÓN : **110013103038202100298 01**
PROCESO : **VERBAL**
DEMANDANTE : **FERNANDO ARTURO CANTOR Y OTROS**
DEMANDADO : **EL ARROZAL Y CÍA S.C.A.**
ASUNTO : **APELACIÓN AUTO**

Procede el Tribunal a dirimir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el proveído de 24 de agosto de 2021, mediante el cual el Juzgado Treinta y Ocho Civil del Circuito de esta ciudad, rechazó la demanda.

ANTECEDENTES

1. Mediante proveído calendado del 6 de agosto de 2021, el Juez *a quo* dispuso la inadmisión de la demanda, a fin de que, en el lapso de cinco días, contado a partir de la notificación de la mentada decisión, se procediera a su subsanación.

2. Vencido el término, en el proveído cuestionado, se rechazó el escrito introductorio, pues la parte interesadas "*no dio cumplimiento a lo ordenado en auto inadmisorio (...)*".

3. Inconforme con la última decisión, el interesado interpuso recurso de apelación, señalando, básicamente, que atendió los requerimientos de la funcionaria.

3. En providencia del pasado 13 de septiembre, la falladora de primer grado concedió el recurso vertical. En consecuencia, se precede a resolver la alzada, previas las siguientes.

CONSIDERACIONES

1. El legislador, como mecanismo de control de la demanda, enlistó un catálogo de requisitos que toda petición de esa estirpe debe contener para acceder a la administración de justicia, no por razones meramente formales, sino para superar, desde un principio, cualquier error que pueda afectar el líbello, toda vez que se trata del "*acto de quien necesitado de tutela jurídica pide una sentencia a su favor*"¹. No obstante, si el líbello presentado por el gestor de la contienda adoleciera de algunas de las exigencias consagradas en el artículo 90 del C. G. del P., el ordenamiento adjetivo le impone al juez conceder al interesado el término de cinco (5) a fin de que lo subsane, so pena de que sea rechazado, determinación que no es susceptible de recurso alguno.

2. Bajo esos derroteros, desciende la Colegiatura al estudio de los motivos de inconformidad propuestos por el actor contra el proveído objeto de impugnación. Así las cosas, de forma liminar, debe traerse a colación el contenido de las causales de inadmisión invocadas, esto es, **i).** Aportar poder, "*de la forma en que señala el último inciso del artículo 5 del Decreto Legislativo 806 de 2020, esto es, desde la dirección de correo electrónico de cada una de las personas que pretenden demandar, o con las formalidades previstas en el inciso segundo del artículo 74 del Código General del Proceso*"; **ii).** Dar cumplimiento a lo dispuesto en el Decreto 806 de 2020, a fin de que indique cuál de los correos electrónicos citados por el apoderado, es el que coincide con el que tiene inscrito en el Registro

¹ Morales Molina, Hernando. *Curso de Derecho Procesal Civil. Parte General*. Undécima Edición. Editorial ABC, 1991. Pág. 326.

Nacional de Abogados; **iii**). Aportar el certificado especial del registrador de instrumentos públicos, en donde consten las personas que figuran como titulares de derechos reales principales sujetos a registro; **iv**). Dirigir el poder y la demanda contra las personas que figuren en el certificado especial del inmueble que se pretende (Art. 375 No. 5); **v**). Allegar certificado catastral del año 2021 del inmueble que se pretende en usucapión; **vi**). Allegar certificado de existencia y representación legal de la sociedad El Arrozal y Cía S.C.A.; **vii**). Alinderar el inmueble, expresando *"si corresponde a norte, sur, oriente u occidente junto con la extensión de cada uno de esos puntos corresponde. Lo anterior en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 83 del Código General del Proceso"*; **viii**). Adecuar o excluir la pretensión "2", *"por cuanto el proceso de declaración de pertenencia no está concebido para cancelar registro de propiedades. Lo anterior de conformidad con lo señalado en el artículo 375 del Código General del Proceso y el numeral 4 del artículo 82 del Código General del Proceso"*; **ix**). Dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 6° del Decreto 806 de 2020, indicando la dirección electrónica de las personas que pretenden citar como testigos; **x**). Dar cumplimiento a lo ordenado en el numeral 10 del artículo 86 del Código General del Proceso y canon 6° del citado decreto, *"informando la dirección electrónica donde las personas que pretenden demandar, recibirán notificaciones personales"*; **xi**). Cumplir con lo dispuesto en el numeral 9° del artículo 86 del estatuto procesal civil, indicando la cuantía del proceso, *"de conformidad con el certificado del avalúo catastral del año 2021 que se allegue con la subsanación de la demanda y lo señalado en el artículo 25 del referido Código"*; **xii**). Informar el canal digital elegido para los fines del proceso conforme lo disponen los artículos 3, 6 y 7 del decreto en cuestión; **xiii**). Adosar en escrito integrado, la subsanación de la demanda, junto con anexos, como mensaje de datos. *"Lo anterior de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 89 del Código General del Proceso y el artículo 6° del Decreto Legislativo 806 de 2020"*.

3. Asimismo, comporta relieves que, al tenor de lo establecido en los cánones 117 y 118 del estatuto procedimental vigente, los términos señalados en el código son *"perentorios e improrrogables"*, correrán a partir del día siguiente al de la notificación de la providencia que lo concedió; y,

en el inciso quinto de la última norma cita, dispone que si en el transcurso de algún plazo el expediente ingresara al despacho "**el término se suspenderá y se reanudará a partir del día siguiente al de la notificación de la providencia que se profiera**" (negritas fuera del texto legal glosado).

4. Partiendo de lo dilucidado en precedencia, en el asunto bajo escrutinio se aprecia que el auto inadmisorio fue publicitado por estado del lunes 9 de agosto de 2021², lo que significa que la contabilización de los cinco días para subsanar comenzaron el 10 de agosto, y culminarían el 17 del mismo mes y año, teniendo en cuenta que los días 14, 15 y 16, correspondieron a sábado, domingo y lunes festivo.

Sin embargo, tras examinar el expediente, se advierte que se remitió el memorial subsanatorio el 26 de agosto con el escrito de apelación, y, con posterioridad, el 13 de septiembre³, por lo que, no hay incertidumbre alguna sobre la asertividad de la decisión adoptada por la jueza de instancia, pues tampoco se acreditó, que fuera enviado con antelación a las fechas señaladas y la oportunidad respectiva.

Puestas las cosas de esta manera, se ratificará el auto apelado, sin que haya lugar a imponer costas a la parte apelante ante su falta de causación (regla 1ª y 8ª del artículo 365 del C.G.P.).

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el auto calendado del 24 de agosto del año en curso, proferido dentro del presente asunto de la referencia.

² 2021 - Rama Judicial

³ Expediente electrónico Nos. 08 y 10 del Cuaderno Principal.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: En su oportunidad, retornen las presentes diligencias, al Despacho judicial de origen.

NOTIFÍQUESE,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'JP. S. O.', is centered on the page. The signature is fluid and cursive.

JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO
Magistrado

**República de Colombia
Rama Judicial**



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

Bogotá D.C., veintiséis (26) de octubre de dos mil veintiuno (2021),

MAGISTRADO PONENTE : **JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO**
RADICACIÓN : **11001 31 03 040 2019 00164 01**
PROCESO : **VERBAL**
DEMANDANTE : **NATASHA IVONNE BLOCH MOREL**
DEMANDADO : **INVERSIONES HARI S.A.S.**
ASUNTO : **IMPUGNACIÓN SENTENCIA**

De conformidad con el artículo 14 del Decreto Legislativo No. 806 de 4 de junio de 2020, decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por ambas partes contra la sentencia proferida el diecinueve (19) de abril de 2021, por el Juzgado Cuarenta (40) Civil del Circuito de Bogotá, en el asunto del epígrafe.

I. ANTECEDENTES

1. Natasha Ivonne Bloch Morel, en calidad de promitente vendedora, acudió a la jurisdicción para solicitar la resolución del contrato de promesa celebrado con Inversiones Hari S.A.S., en calidad de promitente compradora, el 23 de octubre de 2014, sobre un inmueble rural denominado Santa Sofía, que forma parte de la parcelación Granjas Familiares de Cota, ubicada en este municipio, identificado con matrícula inmobiliaria 050-0102799, debido al incumplimiento del pago del saldo del precio e impuesto predial por los años 2017 y 2018. En consecuencia, solicitó se ordene restituir el bien raíz con la casa modelo construida, que se declare que causó, en favor

de la demandante, la sanción penal de \$1.300'000.000,00 y se disponga que la suma que deba restituir la actora se haga sin indexar.

Como sustento de las reclamaciones imploradas, se indicó en el informativo que la demandante estuvo en disposición de cumplir sus obligaciones, manteniendo la titularidad plena del derecho de dominio y la posesión sobre el terreno objeto del contrato prometido; que sufragó el impuesto predial de los años 2015 y 2016; que el proceso de restitución de la tenencia del bien entregado a título precario habrá de adelantarse ante el Juzgado Civil del Circuito de Funza, según el numeral 7 del artículo 28 del C.G.P.

Asimismo, se historió que la demandada, el 15 de diciembre de 2016, fue admitida a proceso de reorganización por la Superintendencia de Sociedades; trámite en el que presentó dicho predio como activo social, generando distorsión en los estados financieros y confusión en los acreedores; y, pese a su incumplimiento, Inversiones Hari S.A.S. ha continuado vendiendo casas lotes destinadas a vivienda en el proyecto que pretendía desarrollar de propiedad de la convocante, con el inminente riesgo para el ahorro del público y los intereses de Natasha Ivonne Bloch Morel.

2. Frente a tales aspiraciones, el mandatario judicial de la intimada formuló la excepción rotulada "*EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO*", porque la demandante se comprometió a constituir un fideicomiso para los fines específicos de la promesa, en el que fungiría como fideicomitente y beneficiaria y la demandada como futura beneficiaria.

3. De igual forma, la llamada a juicio presentó demanda de reconvencción, con la que petitionó que se declare que Natasha Ivonne Bloch Morel incumplió el contrato de promesa de compraventa suscrito entre las partes. Por consiguiente, solicitó que se le ordene cumplir sus obligaciones, especialmente constituir un fideicomiso de parqueo, quedando la reconvenida como fideicomitente y beneficiaria e

Inversiones Hari S.A.S. como futura beneficiaria; además, instó que se le ordene transferir el inmueble y pagar la cláusula penal pactada en el acuerdo preliminar.

Básicamente, sustentó sus pretensiones en que los aquí enfrentados, el 23 de octubre de 2014, celebraron un contrato de promesa de compraventa sobre el lote Santa Sofía, localizado en la parcelación Granja Familiares de Cota, pero la demandada no cumplió con su obligación de constituir un fideicomiso de parqueo con la sociedad acción Fiduciaria, en un plazo de 15 días hábiles a partir del 14 de agosto de 2017, ni tampoco transfirió el inmueble el 30 de agosto del mismo año.

4. El apoderado de la contrademandada se opuso a tales súplicas, formulando las exceptivas que denominó *"inexistencia de obligaciones pendientes de cumplimiento a cargo de la señora Natasha Ivonne Bloch Morel"*, *"excepción de contrato no cumplido -Artículo 1609 del Código civil- por parte de la sociedad Hari S.A.S."*, y *"ejercicio del derecho a dar por terminado el contrato de promesa conforme con lo dispuesto en la Cláusula Sexta del mismo"*, fundamentadas, basilarmente, en que la obligación de constituir un fideicomiso no era un compromiso exclusivo de la promitente vendedora, pues también fue asumido por la demandante en reconvención, quien no negoció con la fiduciaria su remuneración ni el texto del contrato de fiducia. Además, la reconvencida entregó a Inversiones Hari S.A.S. el terreno en comodato precario, para que adelantara el proyecto inmobiliario.

II. LA SENTENCIA APELADA

Agotado el trámite de rigor, la funcionaria *a quo* accedió a las pretensiones resolutorias presentadas en la demanda principal y las súplicas de la reconvención, por las siguientes razones:

Precisó que, sin lugar a duda, *"(...) las partes efectivamente establecieron de modo especial y concluyente un orden de preferencia para la*

ejecución de las obligaciones adquiridas, a fin de perfeccionar el negocio que al fin de cuentas se comprometieron a celebrar.

Ha de tenerse en cuenta que la titularidad del inmueble ha sido conservada por la demandante, honrando su palabra, incluso dispuso la entrega material del inmueble a favor de la sociedad demandada a principios del año 2017 y a título de comodato precario (cláusula décima segunda del otro sí no. 4), tenencia que en la actualidad ostenta la sociedad Inversiones Hari S.A.S., al punto que ha realizado obras de demolición, adecuación y construcción, como bien lo aceptó su representante legal en su declaración.

Cumplida la anterior obligación de común acuerdo por las partes, la obligación que seguía en turno y que debía consumarse para perfeccionar el contrato era la constitución del fideicomiso de parqueo.

Así, concluyó que "(...) ambas partes se comprometieron a elevar a escritura pública la constitución del fideicomiso, porque estas ostentarían las calidades de fideicomitente y beneficiaria, y futura beneficiaria respectivamente, luego su presencia en el acto era inevitable."

Sin embargo, Inversiones Hari S.A.S. incumplió tres obligaciones a su cargo, puesto que, según las declaraciones de las partes y el testimonio de Emilio Ruiz -intermediario de los contratantes para realizar la negociación-, dicha sociedad no había cancelado el impuesto predial del año 2017, conforme se comprometió a hacerlo, siendo esto necesario para otorgar el instrumento público. Además, el representante legal de la demandada aceptó que no acudió a la notaría para constituir el fideicomiso, y pese a que la demandante no asistió a la oficina del fedatario, con su comparecencia el acto tampoco se habría perfeccionado, porque la demandada nunca adelantó con Acción Fiduciaria S.A., la gestión de "fijar el pago de lo que cobraría la fiduciaria por estructuración y administración y por la liquidación del mismo", sin que medie prueba en contrario.

Destacó que, acorde con su certificado de existencia y representación legal, Inversiones Hari S.A.S. es una sociedad dedicada a las actividades de ingeniería y arquitectura, "[l]uego debía conocer, por

razón de su oficio, que para la constitución del fideicomiso debía aportar, por ser de su cargo, el paz y salvo del impuesto predial, llegar previamente a un acuerdo con Acción Fiduciaria S.A., a efectos de regular la relación comercial a que se contraería la fiducia mercantil, y a asistir ineludiblemente a la suscripción de tal acto, puesto que, no solo fungiría como parte de dicho negocio- futura beneficiaria-, sino que era de su exclusivo interés, dado que la demandante lo único que le importaba era vender el inmueble y recibir el valor precio a cambio pactado, ya que no haría parte de la fiducia ni del proyecto inmobiliario, además de que no dedica su tiempo ni sus labores a participar en negocios jurídicos de esta estirpe, lo que si se predica de la demandada.

De ahí en adelante ya era incierto el cumplimiento de las demás obligaciones, si en cuenta se tiene que los incumplimientos referidos y atribuidos a la demandada influyeron tajantemente en los demás compromisos de la demandante, como realizar la tradición del inmueble y ceder los derechos fiduciarios a la demandada, pues antes de ello debía verificarle la constitución del fideicomiso, lo que, al no haber sucedido, liberó o exoneró a la demandante de tales compromisos."

En ese estado de cosas, ordenó, como consecuencia de la resolución contractual, restituir el inmueble a la demandante, y que ésta devuelva a la demandada la suma de \$1.947'954.735,00, recibida como parte del precio. También dispuso que Inversiones Hari S.A.S. pague a Natasha Ivonne Bloch Morel el monto de \$665'051.495,00, por concepto de cláusula penal, al aplicar el artículo 1596 del Código Civil; pero, tras efectuar la correspondiente compensación, ordenó a la actora entregar a la convocada el valor de \$1.282'903.240,00.

III. LA APELACIÓN

1. Inconforme con dicha decisión, en los términos del artículo 322, numeral 3, del C.G.P., ambas partes interpusieron recurso de apelación.

2. El apoderado de Natasha Ivonne Bloch Morel pidió reformar la sentencia "(...) específicamente en lo que tiene que ver con la disposición contenida en el numeral **OCTAVO** de su parte resolutive, de

*manera tal que la condena impuesta a la sociedad Inversiones Hari S.A.S. consista en el pago de **(a)** el total de la suma de dinero que las partes estipularon contractualmente como sanción penal, esto es, la cantidad de un mil trescientos millones de pesos (\$1.300'000.000,00), como consecuencia de la imposibilidad de aplicar al caso que nos ocupa la disposición contenida en el artículo 1596 del Código Civil, o **(b)** en subsidio y si no lográsemos demostrar nuestra tesis en relación con la inaplicabilidad de la norma en cita al caso sub lite, la proporción correcta habida cuenta de la modificación de que fue objeto la sanción penal pecuniaria en el Otrosí N° 2 suscrito el día diez (10) de marzo de dos mil dieciséis (2016), momento para el que el saldo del precio pendiente de pago ascendía a la cantidad de un mil setecientos millones (...)."*

2.1. En la oportunidad de que trata artículo 14 de Decreto 806 de 2021, en esta instancia, manifestó:

"3.3. La suma de dinero a la que se incrementó el monto de la cláusula penal era equivalente a la parte del precio que para ese momento había recibido la demandante de manos de la sociedad demandada.- 3.4. El saldo del precio pendiente de pago ascendía a la cantidad de un mil setecientos millones de pesos (\$1.700'000.000,00) más el incremento causado sobre el mismo mediante la aplicación de los índices allí pactados por las partes del contrato.- 3.5. El precio final acordado por las partes, tal como se indica en la sentencia recurrida, ascendió a la suma de tres mil doscientos cuarenta y cuatro millones setecientos mil pesos (\$3.244'700.000,00), razón por la que el saldo del precio pendiente de pago para el momento en que se modificó el monto de la cláusula penal ascendía a la suma de un mil novecientos cuarenta y cuatro millones setecientos mil pesos (\$1.944'700.000,00).- 3.6. De este saldo del precio sólo fueron pagados cuatrocientos cuarenta y cuatro millones setecientos mil pesos (\$444'700.000,00) con posterioridad al incremento de la cuantía de la cláusula penal al que se ha hecho referencia en el primer numeral del presente acápite. (...) 3.14. La correcta interpretación del acuerdo celebrado entre las partes, la declaración de resolución del contrato de promesa de compraventa y los efectos derivados de la misma y la indivisibilidad de la obligación de pagar el precio del bien inmueble objeto del contrato generan como consecuencia la imposibilidad de aplicar la rebaja de la pena de la que trata el artículo 1596 del Código Civil."

3. A su turno, el procurador de la sociedad Inversiones Hari S.A.S. señaló:

De conformidad con el Otrosí No. 4, las partes pactaron **“una promesa de compraventa de unos derechos fiduciarios”** que, en calidad de fideicomitente y beneficiaria, LA PROMITENTE VENDEDORA tendría en un patrimonio autónomo. Es decir, para poder dar cumplimiento al contrato de promesa de compraventa de los derechos fiduciarios debía darse la condición de que LA PROMITENTE VENDEDORA tuviera en su patrimonio dichos derechos fiduciarios, en otras palabras, ser la titular de los mismos.” Entonces, “(...) la cesión o compraventa de derechos fiduciarios, a título de venta no requiere de escritura pública, pues la misma se hace mediante documento privado y, por ende, no requiere de los comprobantes fiscales a que se refiere el a quo en la sentencia impugnada, como si se requería en caso de que el contrato prometido fuera una compraventa de inmueble. Así lo reconocieron las partes en el OTROSI No. 4, numeral 9.4. (...).”

La juzgadora de primera instancia erró “(...) al enmarcar el cumplimiento de la condición en el artículo 794 del Código Civil, toda vez que los patrimonios autónomos surgen es en virtud del contrato de fiducia mercantil regulados en el artículo 1226 y siguientes del Código de Comercio. (...).”

“(...)

Ahora es claro, como se confesó en el proceso, que LA PROMITENTE VENDEDORA nunca ha tenido en su haber los derechos fiduciarios objeto de la promesa de compraventa, de manera que no estaba cumplida la condición para dar cumplimiento a la promesa de compraventa, es decir, para transferir los derechos fiduciarios a LA PROMITENTE COMPRADORA, y, por ende, LA PROMITENTE VENDEDORA no se había allanado a cumplir la obligación como lo infiere el juzgador de primera instancia al declarar la prosperidad de la acción resolutoria en aplicación del artículo 1546 del Código Civil, equivocando nuevamente el marco jurídico aplicable, pues tratándose de un contrato regido por la ley mercantil dada la naturaleza comercial de LA PROMITENTE COMPRADORA y el objeto de la promesa de compraventa que era el de unos derechos fiduciarios que están regulados en el Código de Comercio, como ya se dijo. En efecto, acaso debió invocarse el artículo 870 del

Código de Comercio que gobierna la resolución de los contratos bilaterales de naturaleza mercantil.

(...)

(...) LA PROMITENTE VENDEDORA debía constituir dicho patrimonio autónomo con la sociedad fiduciaria ACCIÓN FIDUCIARIA S.A. en un plazo de 15 días hábiles a partir de del 14 de agosto de 2017, fecha en la que se celebró el OTROSI No. 4. En ninguna parte del expediente, ni en el transcurso de las audiencias se demostró que la demandante principal, hubiera hecho gestiones para constituir el fideicomiso.

(...)

(...) no estando en mora la demandada, no puede el juez invocar el artículo 1546 del Código Civil, como efectivamente lo invocó, para declarar resuelto el contrato de compraventa de derechos fiduciarios celebrado entre la demandante y la demandada, el cual está sujeto a condición y no a plazo.

Derívese de lo anterior, que no hay sustento para condenar a INVERSIONES HARI S.A.S. EN REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL a pagar la cláusula penal por incumplimiento de una promesa de compraventa de unos derechos fiduciarios cuyo cumplimiento depende de una condición que no se ha cumplido y no de un plazo. (...).

Remató puntualizando que la Promitente Compradora ha pagado \$1.744'700.000,00, suma superior al 50% del precio pactado por los derechos fiduciarios, siendo irrelevante el pago del impuesto predial para resolver el contrato, pues, no cualquier incumplimiento da lugar ello, como lo ha dicho la jurisprudencia, para lo que anotó que, en la fecha de firmeza del fallo de primera instancia, esas obligaciones tributarias ya habían sido cubiertas.

3.1. En la etapa de sustentación contemplada en el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, agotada en esta instancia, repitió los argumentos contenidos en su escrito inicial presentado ante la jugadora de primer orden.

IV. CONSIDERACIONES

1. Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y no avizorándose vicio que invalide lo rituado, se hace necesario anotar, de manera preliminar, que esta Sala se circunscribirá a examinar, exclusivamente, los motivos de desacuerdo demarcados por los apelantes, acatando los lineamientos de los cánones 320 y 328 del Código General del Proceso.

2. Definida la competencia del Tribunal para zanjar la alzada, viene bien recordar que la funcionaria de primera instancia abrió paso a las súplicas resolutorias propuestas en el libelo introductor, porque ambas partes se comprometieron a elevar la escritura constitutiva del fideicomiso, pero la demandada no pagó el impuesto predial del año 2017, necesario para otorgar dicho instrumento público; tampoco asistió a la notaría, sin que la incomparecencia de la demandante sea relevante, pues el negocio jurídico tampoco se habría materializado, ya que la sociedad convocada no gestionó con la fiduciaria la administración del fideicomiso.

Esa decisión fue rebatida, de un lado, por Natasha Ivonne Bloch Morel, para que se reforme la condena impuesta en su numeral octavo y se imponga el monto total pactado como sanción penal, por ser inaplicable el artículo 1596 del Código Civil. En subsidio, pidió considerar lo acordado en el Otrosí N° 2 suscrito el 10 de marzo de 2016.

Del otro, Inversiones Hari S.A.S. fincó su censura en que las partes pactaron una promesa de compraventa de unos derechos fiduciarios, cuya actualización no requiere de escritura pública, no siendo necesario los comprobantes tributarios echados de menos por la falladora *a quo*, quien erró al aplicar el artículo 794 del Código Civil y no el artículo 1226 y siguientes del Código de Comercio; aunado a que la promitente vendedora nunca tuvo en su patrimonio los derechos objeto del contrato preliminar, de manera que no estaba cumplida la condición

para acatar ese acuerdo, porque se exigía crear un patrimonio autónomo, pero la demandante no adelantó actuaciones para estructurar el fideicomiso, por lo que la demandada no estaba en mora, siendo improcedente invocar el artículo 1546 del Código Civil para ordenar la resolución contractual con el pago de la cláusula penal; sumando que la Promitente Compradora ya había cancelado el 50% del precio, situación que hacía irrelevante el no pago del impuesto predial como detonador del incumplimiento denunciado.

3. Alinderada la controversia en esta instancia, comporta recordar que la acción resolutoria está prevista en los artículos 1546 y 870 de las codificaciones civil y mercantil, respectivamente, que habilitan a la parte cumplida a pedir, junto al resarcimiento de perjuicios, que se deje sin efectos el contrato bilateral concertado, o requerir la ejecución del mismo, ante la inobservancia prestacional de su cocontratante; tópico sobre el que el Máximo Tribunal de Casación ha reiterado que *"(...) la parte que cumple '(...) tanto las obligaciones anteriores o simultáneas que tenía a su cargo o que se allanó a cumplirlas (...)', está facultada para solicitar judicialmente a la contraparte inobservante, según lo estime pertinente, la ejecución de la prestación que se encuentra a su cargo, o la resolución del convenio si a ello hubiere lugar, en cualquiera de los casos, con indemnización de perjuicios"*.¹ De ahí que *"(...) la facultad de resolver los contratos por incumplimiento requier[a] la presencia de varios presupuestos o requisitos que, aunque no generan unanimidad en la doctrina, se han concretado tradicionalmente en la existencia de un contrato bilateral válido, el incumplimiento de uno de los contratantes y el cumplimiento o la disposición a cumplir del otro (...)"*.²

4. Efectuadas las anteriores acotaciones, esta Sala de Decisión abordará delantadamente la apelación planteada por Inversiones Hari S.A.S, ya que se encamina a revocar la sentencia de primera instancia, y luego examinará el desacuerdo centrado en la cláusula penal, exteriorizado por Natasha Ivonne Bloch Morel.

¹ CSJ SC 5569 de 2.019, criterio también adoptado en sentencia SC 1662 de 2.019.

² C.S.J., Cas. Civil. 18 dic. 2009. Exp. 09616.

5. En ese orden confutatorio, cabe recalcar que, de las pruebas recaudadas en la actuación, se evidencia, sin dificultad, que el 23 de octubre de 2014, las partes involucradas en este proceso, suscribieron el "CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA DE LA PARCELA SANTA SOFIA - COTA", en el que la Promitente Vendedora se comprometió a constituir un fideicomiso para transferir el inmueble prometido, en el que ostentaría la calidad de única fideicomitente y beneficiaria y la Promitente Compradora la calidad de futura beneficiaria; quienes, luego de pagarse el saldo del precio, suscribirían el documento privado de cesión de la totalidad de los derechos fiduciarios en favor de ésta. Sin embargo, mediante otrosí No. 1, firmado el 9 de febrero de 2015, se pactó que las obligaciones del contrato preliminar se cumplirían en forma directa, sin la constitución del fideicomiso; modificación que se mantuvo en el otrosí No. 2 de 10 de marzo de 2016, en el que se reformó el precio del inmueble, la forma de pago y el valor de la sanción penal pecuniaria, modificándose los dos primeros conceptos en el otrosí No. 3, concertado el 8 de marzo de 2017. Finalmente, con el otrosí No. 4, celebrado el 15 de agosto de 2017, los contratantes, además de tener por pagado parte del precio, indexar el monto pendiente, decidieron, para transferir la heredad, retomar la constitución de un fideicomiso, a cargo de la Promitente Vendedora, como única fideicomitente y beneficiario, y la Promitente Compradora con el carácter de futura beneficiaria, debiendo aquélla ceder su posición contractual en favor de ésta, al satisfacerse la parte insoluta del precio.

No obstante ese andamiaje convencional, el aludido fideicomiso jamás se constituyó, como lo aceptaron las partes en sus interrogatorios, porque, en palabras del testigo Luis Emilio Ruiz Ruiz, *"pasaron los meses [e inversiones Hari] nunca pagó el impuesto predial, por lo tanto, no se podía hacer la transferencia del inmueble. Pero tampoco se podía hacer la transferencia del inmueble a un fideicomiso cuyos términos comerciales no habían sido acordados por Inversiones Hari con la fiduciaria. (...). Inversiones Hari solo participó en ese fideicomiso porque tenía que asumir la obligación de pagar las comisiones fiduciarias durante el desarrollo del fideicomiso. Era la misma estructura del fideicomiso previsto en la promesa de*

compraventa. (...). Pero al no tener impuesto predial pagado y no haber concretado Hari con la fiduciaria los términos económicos de ese fideicomiso, pues Natasha no podía constituir ese fideicomiso. (...) La única persona que podía concretar los términos económicos de ese fideicomiso era Inversiones Hari, que era la doliente del fideicomiso, que tenía que pagar lo que cobra la fiduciaria. Primero, honorarios de estructuración. Luego, una suma mensual por cada mes que transcurra durante la vigencia del fideicomiso, hasta la liquidación del mismo. Eso era un costo, de pronto no tan representativo, pero era a cargo de Inversiones Hari. Mal podría Natasha entrar a negociar, que es una desconocida en el mundo fiduciario, porque no hace negocios de desarrollos inmobiliarios, obtener unas buenas condiciones de comisión fiduciaria, de remuneración a la fiduciaria. Le correspondía a Inversiones Hari que iba a hacer la doliente, la que tenía que pagar a la fiduciaria. Y para eso hicimos la reunión [Pablo Trujillo, accionista mayoritario de Acción Fiduciaria, Leonel Fierro y yo], y quedaron las puertas abiertas para que Leonel concertara con la fiduciaria cuánto le iba a cobrar de estructuración, (...), la comisión mensual, y si el fideicomiso lo transformarían luego de un fideicomiso de parqueo a inmobiliario. Cuáles serían las condiciones, para eso era absolutamente autónomo inversiones Hari."

Declaración rendida por un tercero que, según Leonel Fierro Ávila, representante legal de la demandada, "era intermediario de ambos", (...) él fue la persona encargada de elaborar y hacer todos los documentos legales de toda la negociación. Hizo la primera promesa, hizo el uno, dos, tres y el cuarto otrosí, y él tiene todo el manejo y experticia y experiencia en el tema fiduciario. Él es una persona muy capaz y sabe del tema y me ha asesorado a mi durante muchos años en constitución y manejo de documentos fiduciarios. Y lo que él hace lo hace muy bien". Posición imparcial de tal testigo que, al haber participado activamente en la negociación materia de este litigio y dar razón clara de los hechos aquí averiguados, de manera responsiva y coherente, trae firme convencimiento al Tribunal no solo en lo atinente a la abstención de la enjuiciada en gestionar las condiciones comerciales del fideicomiso con Acción Fiduciaria SA, pese a ser un asunto de su personal interés y relevante para materializar la relación contractual, sino en el descuido de sus cargas impositivas, asumidas en la promesa de compraventa y su otrosí No 1, al orquestarse que el pago del impuesto predial corría por cuenta de la Promitente Compradora,

obligación tributaria que, como lo atestó Luis Emilio Ruiz, siempre se mantuvo incólume en el entramado contractual, y respecto de la cual Fierro Ávila aseveró que “*el negocio se hizo expresando que nosotros, a partir de la fecha en que teníamos el recibo del inmueble, para poder desarrollar el proyecto y adelantar las casas modelos, nos hacíamos cargos de los pagos de los prediales de la propiedad. (...). Después, nosotros tuvimos dentro de nuestras dificultades económicas de liquidez, nosotros dejamos de pagar, no solamente ese predial, sino las de otras propiedades y no se cancelaron*”; sobre lo que afirmó que el impuesto predial después de 2016 está sin cancelar por parte de Inversiones Hari SAS. Omisión que ciertamente obstruía la constitución del exigido fideicomiso, puesto que, para su creación, era necesario transferir el predio en cuestión mediante la escritura pública correspondiente, instrumento notarial que, sin duda, requería, para ser autorizado y protocolizado por el fedatario, la presentación de los comprobantes fiscales, a tono con lo previsto en los artículos 40, 43 (modificado por el artículo 37 del Decreto 2163 de 1970) y 44 del Decreto 960 de 1970, artículo 27 de la Ley 14 de 1983, artículos 26 y 27 del Decreto Reglamentario 2148 de 1983 y el artículo 46 del Decreto Reglamentario 3496 de 1983.

Así las cosas, al margen del sincretismo normativo llevado por la juzgadora *a quo*, cuando hilvanó disposiciones civiles sobre propiedad fiduciaria con disposiciones mercantiles propias de la fiducia mercantil, y que debió acudir a las previsiones resolutorias comerciales, en consideración a los artículos 1, 1225 a 1244 de la codificación de los mercaderes, así como al artículo 3 de la Ley 1258 de 2008, lo verídico es que esa mixtura preceptiva no logra socavar el propósito cardinal perseguido en la demanda principal, cual es dejar sin efecto el contrato de promesa celebrado entre las partes enfrentadas en esta causa judicial, ante el incumplimiento de Inversiones Hari S.A.S. de sus obligaciones, cuya observancia se erigía como *conditio sine qua non* para que Natasha Ivonne Bloch Morel pudiera constituir el acordado fideicomiso de parqueo, que, a no dudarlo, era de mayor interés para aquélla, como lo puso de presente su representante legal, al manifestar que “*el negocio inicialmente se estipuló mediante una figura fiduciaria (...),*

que se constituye un patrimonio autónomo y cuando se cumplen todas las condiciones de la negociación, lo que se hace, usualmente, es la cesión de esos derechos fiduciarios. Eso es usual en construcción y tiene unos beneficios tributarios importantes en los costos de transferencia a la fiducia y también tiene unos beneficios para el constructor en cuanto a estos costos"; asunto sobre el que Luis Emilio Ruiz testificó que "la razón por la cual Hari tenía que intervenir como futuro beneficiario, en razón que tenía que asumir el costo que demandaba la constitución, funcionamiento y liquidación del fideicomiso. Era un tema comercial del resorte de Inversiones Hari"; intermediario cuyas manifestaciones se revisten de credibilidad, puesto que, a voces de Leonel Fierro Ávila, "(...) era el abogado de las dos partes. Entonces, era una persona que tenía el conocimiento de Natasha. Era la persona que me presentó el negocio. Él me llevaba otros procesos. Y me pareció sensato que él nos estructura el negocio a las dos partes. O sea, era el único abogado dentro de las dos partes. No había más abogados."

Nótese además el comportamiento cumplidor de Bloch Morel, quien, pese a las constantes modificaciones hechas al convenio preliminar, *"a solicitud de Inversiones Hari"*, como lo aseveró Luis Emilio Ruiz, respaldado en la redacción antecedente incorporada en todos los otrosíes, entregó el inmueble litigado a su contraparte, a título de comodato precario, *"para que esta destine el inmueble a la prospección del Proyecto Inmobiliario del interés de LA PROMITENTE COMPRADORA"*, como se estipuló en la cláusula décima segunda del otrosí No. 4; realidad aceptada por Leonel Fierro Ávila, en su interrogatorio, quien a la pregunta de si actualmente la sociedad que usted representa tiene materialmente el inmueble, respondió que sí, agregando que *"en estos momentos están las casas vacías, pero de esas casas se hizo acta de entrega en el año 2016 a los inversionistas que compraron esas dos casas. El esquema que se hizo fue que construimos esas dos casas, las vendimos, las entregamos en comodato a ellos, y ellos nos las arrendaron para desarrollar la actividad comercial, y están en posesión de los dos compradores. Y el lote, en este momento, tenemos a una persona viviendo allá, que cuida de la parcelación. Una persona empleada nuestra"*; sin que se desarrolle explotación económica o se genera algún tipo de ingreso para la sociedad demandada.

El escenario factual previamente descrito, claramente, da al traste con los reparos formulados por Inversiones Hari S.A.S. contra la sentencia de primer orden, en la medida en que deja al descubierto su condición de acordante infractora de sus obligaciones y la calidad de contratante observadora de la promesa de marras, predicable de Bloch Morel, situación que, por supuesto, conducía, como lo determinó la funcionaria *a quo*, a acceder a las pretensiones resolutorias propuestas en el libelo principal, y a denegar el cumplimiento deprecado en la demanda de reconvencción.

6. Esclarecido lo anterior, se adentra esta Corporación en el análisis del reproche elevado por la demandante, relativo al monto de la condena impuesta a la demandada por concepto de cláusula penal.

Con esa finalidad, viene bien recordar que el artículo 1596 del Código Civil establece que “[s]i el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se **rebaje proporcionalmente** la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal”.³ Disposición concordante con que acompasa el contenido del canon 867, inciso tercero, del Código de Comercio, preceptúa que, “[c]uando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, **podrá el juez reducir equitativamente la pena**, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. **Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte.**”⁴ Previsión cuya aplicación al caso de autos no remite a duda, por cuanto se constató la satisfacción parcial del precio acordado, pero, para verificar la operación aritmética efectuada por la falladora de primera instancia, se exige corroborar el valor pecuniario convenido por el inmueble materia del debate, la cantidad de ese importe que sufragó la sociedad interpelada y el saldo pendiente por pagar.

³ Negrilla fuera de texto.

⁴ Negrilla fuera de texto.

Al efecto, téngase en mente que, en virtud del otrosí No. 4, entre otro clausulado, se pactó:

"QUINTA.- PRECIO Y FORMA DE PAGO. El precio del inmueble prometido en compraventa será el valor que resulte al sumar a las siguientes cantidades: **a)** La suma de TRES MIL MILLONES DE PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$3.000.000.000.00), y, **b)** El valor de la indexación de la suma fija indicada en el literal anterior, conforme con lo estipulado en el Parágrafo Tres de la presente cláusula, todo lo cual será pagado por LA PROMITENTE COMPRADORA a LA PROMITENTE VENDEDORA, en la ciudad de Bogotá de la siguiente forma:

5.1.- La Suma de MIL TRESCIENTOS MILLONES DE PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$1300.000.000.00), que LA PROMITENTE VENDEDORA declara haber recibido.

5.2.- La Suma de CUATROCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MILLONES SETECIENTOS PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$444.700.000.00), que se paga en la fecha del presente documento, mediante cheques de gerencia números: 975571 y 975572 librados por Bancolombia, cuyas copias se adjuntan al presente documento, y la provisión de SEIS MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE (\$6.859.000) para pago 50% derechos notariales que corresponden a la escritura indicada en el numeral 9.2., en concordancia con lo estipulado en el numeral 14.1.

5.3.- El saldo o sea la cantidad que resulte al restar el valor del precio del inmueble, liquidado conforme con lo establecido en el Parágrafo Tres de la presente cláusula, las sumas indicadas en los numerales: 5.1 y 5.2 anteriores, saldo este que será pagada (sic) el día treinta y uno (31) de agosto del año de dos mil diez y ocho (2018), simultáneamente con el otorgamiento de la cesión de derechos fiduciarios a que se refiere el numeral 9.4 de la cláusula Novena.

PARÁGRAFO UNO: La mora causará el interés más alto permitido por la Superintendencia Financiera, sin perjuicio de poder dar por terminado el contrato y exigir el pago de la sanción penal pecuniaria prevista en la cláusula séptima. [modificada por el numeral 3 del otrosí No. 2 así: "La cláusula Séptima queda del siguiente tenor: **SÉPTIMA.- SANCIÓN PENAL PECUNIARIA.-** El incumplimiento de las obligaciones contraídas por las partes en el presente contrato causará una sanción penal de pecuniaria de MIL TRESCIENTOS MILLONES DE PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$1.300.000.000,00). Este valor incluye el daño emergente, el lucro cesante y demás perjuicios de todo orden que el incumplimiento de la parte incumplida pudiera ocasionar a la parte cumplida."}]

PARÁGRAFO TRES: La indexación a que se refiere el literal b) de la cláusula Quinta, liquidada hasta el 31 de mayo de 2017 ascendió a la suma de DOSCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MILLONES SETECIENTOS MIL PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$244.700.000.00), la cual está comprendida en el pago de la cuita (sic) prevista en el numeral 5.2, de forma tal que el saldo del precio del inmueble a 1 de junio de 2017 es de MIL QUINIENTOS MILLONES PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$1500.000.000.00), sobre la cual se calculará la indexación del precio de la siguiente forma: **a)** A partir de 1 de junio de 2017 y hasta el 30 de noviembre de 2017, el precio tendrá un incremento liquidado a la tasa del trece por ciento efectivo anual (13 E.A). **b)** A partir del día 1 de diciembre de dos mil diez y siete (2017) hasta el día 28 de febrero de 2018, el precio tendrá un incremento, acumulado al incremento previsto en el literal anterior, liquidado a la misma tasa del catorce por ciento efectivo anual (14% E.A.). **c)** A partir del día uno (1) de marzo de dos mil diez y ocho (2018), el precio tendrá un

incremento acumulado al incremento previsto en los literales anteriores, liquidado a la tasa del diez y seis por ciento efectivo anual (16% E.A.), y d) Finalmente, a partir del día uno (1) de junio de dos mil diez y ocho (2018) y hasta el 31 de agosto de dos mil diez y ocho (2018), el precio tendrá un incremento, acumulado al incremento previsto en los literales anteriores, liquidado a la tasa del diez y ocho por ciento efectivo anual (18% E.A.).

Así, se obtuvo la liquidación correspondiente,⁵ con fundamento en las transcritas estipulaciones, partiendo de la "sanción penal pecuniaria" pactada en un monto de **\$1.300'000.000.00**, así como del pago parcial del precio por **\$1.300'000.000.00** y del reconocido saldo a 1 de junio de 2017, esto es, **\$1.500'000.000.00**, suma que indexada en la forma acordada, corresponde a **\$1.775'393.650.38**, según se muestra en la siguiente tabla:

Tabla Indexación desde el 01/06/2017 hasta el 30/11/2017						
Fecha inicial	Fecha final	Número de días	Tasa Efectiva Anual	Tasa Diaria	Capital	Subtotal
01/06/17	30/06/17	30	13,00%	0,0340%	\$ 1.500.000.000,00	\$ 15.279.797,64
01/07/17	31/07/17	30	13,00%	0,0340%	\$ 1.500.000.000,00	\$ 15.279.797,64
01/08/17	31/08/17	30	13,00%	0,0340%	\$ 1.500.000.000,00	\$ 15.279.797,64
01/09/17	30/09/17	30	13,00%	0,0340%	\$ 1.500.000.000,00	\$ 15.279.797,64
01/10/17	31/10/17	30	13,00%	0,0340%	\$ 1.500.000.000,00	\$ 15.279.797,64
01/11/17	30/11/17	30	13,00%	0,0340%	\$ 1.500.000.000,00	\$ 15.279.797,64
Indexación desde el 01/06/2017 hasta el 30/11/2017						\$ 91.678.785,84
Valor del Inmueble Indexado al día 30/11/2017						\$ 1.591.678.785,84
Tabla Indexación desde el 01/12/2017 hasta el 28/02/2018						
Fecha inicial	Fecha final	Número de días	Tasa Efectiva Anual	Tasa Diaria	Capital	Subtotal
01/12/17	31/12/17	30	14,00%	0,0364%	\$ 1.591.678.785,84	\$ 17.382.738,65
01/01/18	31/01/18	30	14,00%	0,0364%	\$ 1.591.678.785,84	\$ 17.382.738,65
01/02/18	28/02/18	30	14,00%	0,0364%	\$ 1.591.678.785,84	\$ 17.382.738,65
Indexación desde el 01/12/2017 hasta el 28/02/2018						\$ 52.148.215,95
Valor del Inmueble Indexado al día 28/02/2018						\$ 1.643.827.001,79
Tabla Indexación desde el 01/03/2018 hasta el 31/05/2018						
Fecha inicial	Fecha final	Número de días	Tasa Efectiva Anual	Tasa Diaria	Capital	Subtotal
01/03/18	31/03/18	30	16,00%	0,0412%	\$ 1.643.827.001,79	\$ 20.335.592,67
01/04/18	30/04/18	30	16,00%	0,0412%	\$ 1.643.827.001,79	\$ 20.335.592,67
01/05/18	31/05/18	30	16,00%	0,0412%	\$ 1.643.827.001,79	\$ 20.335.592,67
Indexación desde el 01/03/2018 hasta el 31/05/2018						\$ 61.006.778,01
Valor del Inmueble Indexado al día 31/05/2018						\$ 1.704.833.779,80
Tabla Indexación desde el 01/06/2018 hasta el 31/08/2018						
Fecha inicial	Fecha final	Número de días	Tasa Efectiva Anual	Tasa Diaria	Capital	Subtotal
01/06/18	30/06/18	30	18,00%	0,0460%	\$ 1.704.833.779,80	\$ 23.519.956,86
01/07/18	31/07/18	30	18,00%	0,0460%	\$ 1.704.833.779,80	\$ 23.519.956,86
01/08/18	31/08/18	30	18,00%	0,0460%	\$ 1.704.833.779,80	\$ 23.519.956,86
Indexación desde el 01/06/2018 hasta el 31/08/2018						\$ 70.559.870,58
Valor del Inmueble Indexado al día 31/08/2018						\$ 1.775.393.650,38
Total Precio Inmueble						
Valor pagado					\$ 1.300.000.000,00	
Valor Inmueble Indexado a 31/08/2018					\$ 1.775.393.650,38	
Valor Total del Inmueble a 31/08/2018					\$ 3.075.393.650,38	
100% del valor del Inmueble a 31/08/2018					\$ 3.075.393.650,38	
Valor Pagado a 31/08/2018					\$ 1.300.000.000,00	
% Valor pagado respecto a valor del Inmueble a 2018					42%	

⁵ Cálculo elaborado el 25/10/2021, con el apoyo del profesional de la Secretaría del Tribunal de Bogotá, según Acuerdo PSAA 15-10402 de 2015.

Entonces, al tenerse que la sociedad conminada solo canceló el 42% de su obligación, se reduciría equitativamente la pena proporcionalmente a la satisfacción de la prestación, esto es, **\$546'000.000.00**, del total de sanción, que se estableció en un monto de **\$1.300'000.000.00**; ⁶ operación que arroja como resultado **\$754'000.000.00**, a 31 de agosto de 2018, día límite para pagar el saldo del precio, suma que asciende a **\$835'550.453.00** por actualizarse a la fecha de la sentencia, en los términos del artículo 283 del C.G.P., recurriendo a la fórmula utilizada por la Sala de Casación Civil en el fallo SC4703-2021, así:

$$VP = \frac{VA \times IPC \text{ final}}{IPC \text{ inicial}}$$

Donde:

VP = valor presente

VA = valor actualizado

IPC final: Último Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE a la fecha (septiembre de 2021).

IPC inicial: Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE para el mes en que debió pagarse el saldo del precio (agosto de 2018).

Aplicada al caso, se obtiene:

$$VP = \$754'000.000 \times 110,04 / 99,30$$

$$VP = \mathbf{\$835'550.453}$$

De esa forma, sobre el derrotero trazado por la juzgadora *a quo*, se compensará la suma de **\$1.947'945.735.00** que debe restituir Natasha Ivonne Bloch Morel a Inversiones Hari S.A.S. -fijada en la sentencia de primer orden sin ser materia de discusión-, con el valor que ésta debe pagar por concepto de cláusula penal, esto es, **\$835'550.453.00**, obteniéndose como resultado **\$1.112'395.282.00**, valor que, en últimas, la demandante debe reintegrar a la demandada.

⁶ Al respecto, el tratadista Luis Claro Solar sostiene que "(...) si el acreedor acepta recibir la parte que el deudor le ofrece, el deudor tendrá el derecho que la ley le reconoce para que, si el acreedor le exige la pena, se rebaje esta proporcionalmente a la parte que el deudor ha pagado de la obligación primitiva." (Derecho Civil – Obligaciones. Tomo I. Imprenta Universal de Chile. Santiago de Chile, 1968. Págs. 520 y 521)

7. En esas condiciones, se modificará el ordinal octavo de la sentencia impugnada, quedando indemnes las restantes disposiciones. Ante las resultas de las apelaciones interpuestas, se impondrá condena en costas en esta instancia a Inversiones Hari S.A.S. En Reorganización Empresarial (regla 1ª del artículo 365 del C. G. del P.).

V. DECISION:

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

RESUELVE:

PRIMERO. MODIFICAR el ordinal octavo de la sentencia proferida el diecinueve (19) de abril de 2021, por el Juzgado Cuarenta (40) Civil del Circuito de Bogotá, el cual quedará así:

OCTAVO: CONDENAR a INVERSIONES HARI S.A.S. EN REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL al pago de la suma de **\$835'550.453.00**, monto debidamente actualizado, a **NATASHA IVONNE BLOCH MOREL**, por concepto de cláusula penal parcial a la que se hizo merecedora con ocasión de su incumplimiento respecto de las obligaciones que adquirió por el contrato de promesa y sus otrosíes, objeto de este asunto.

Por virtud de la **COMPENSACIÓN** que presupone la existencia de dos deudas recíprocas, tal como se expusiera en la parte motiva de este fallo, **NATASHA IVONNE BLOCH MOREL** deberá restituir a **INVERSIONES HARI S.A.S. EN REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL**, la suma de **\$1.112.395.282.00**, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta decisión.

Las demás disposiciones del fallo impugnado se mantienen incólumes.

SEGUNDO. CONDENAR EN COSTAS en esta instancia a **INVERSIONES HARI S.A.S. EN REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL**. El Magistrado Sustanciador fija como agencias en derecho la suma de

Un Millón Quinientos Mil Pesos (\$1.500.000.00) Mcte. Tásense de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.

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

NOTIFÍQUESE



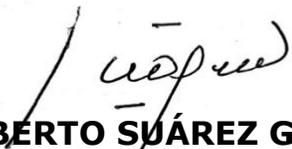
JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO

Magistrado
(040 2019 00164 01)



GERMÁN VALENZUELA VALBUENA

Magistrado
(040 2019 00164 01)



LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

Magistrado
(040 2019 00164 01)

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

*Bogotá D.C., veintiséis (26) de octubre de dos mil
veintiuno (2021).*

**REF: VERBAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL
EXTRACONTRACTUAL de HUMAN SYSTEM S.A.S contra COMWARE S.A.
y otros. Exp. 2017-00762-03**

Estando el expediente al despacho para resolver el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra el auto del 2 de marzo de 2021, por medio del cual se aprobó la liquidación de costas, fundamentalmente, por cuenta del valor asignado al rubro de agencias en derecho, se advierte que no es posible despachar el remedio vertical por las razones que brevemente pasarán a explicarse.

En efecto, de acuerdo con la consulta de procesos visible a folio 681 del cuaderno uno, el promotor de la demanda interpuso recurso extraordinario de casación contra la sentencia proveída el 12 de marzo de 2020, momento para el cual el expediente ya había sido devuelto al juzgado de origen por parte de la Secretaría de este Tribunal.

Asimismo, el juzgado a-quo aludió al comentado instrumento excepcional en auto del 2 de marzo de 2021, en el cual solicitó a este Tribunal que le informara si era necesario remitir el expediente para efectos de darle el trámite correspondiente (fls. 692 y 693 ib.).

Y de igual manera, el apoderado de la parte actora, al ampliar los argumentos de la apelación contra el auto que aprobó las costas, insistió en el tema al señalar que “es prematura la liquidación de costas”, dado que “en este asunto es evidente que la sentencia del superior aún no está en firme, por cuanto no se ha pronunciado sobre la concesión del recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra tal proveído el 2 de julio de 2020, pese a que hemos insistido ante el juzgado en la devolución del expediente al ad-quem para tal efecto”.

Pues bien, es claro que en estas condiciones no es posible resolver la alzada con motivo de la cual ingresó el expediente a este despacho, habida cuenta que la decisión de segunda instancia otrora dictada por esta Corporación fue censurada en casación y, por tanto, en principio, no alcanzó firmeza en los términos del artículo 302 del CGP.

*De allí que resulte imperioso **ORDENAR** a la Secretaría que allegue un informe detallado acerca del trámite impartido al prenotado memorial contentivo del recurso extraordinario de casación*

formulado por la demandante en este asunto, contra el fallo del 12 de marzo 2020, réplica que, no sobra anotar, no aparece incorporada en el expediente remitido por el juez a-quo para los efectos narrados en líneas iniciales de esta providencia.

Dado el caso, de manera inmediata deberá ingresar el correspondiente escrito al despacho para resolver sobre la concesión del recurso extraordinario en cita.

CÚMPLASE


JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

*Bogotá D.C., veintiséis (26) de octubre de dos mil
veintiuno (2021).*

*REF: VERBAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL
CONTRACTUAL de FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE
DE LAS ZONAS DEL PÁRAMO Y SU ÁREA DE INFLUENCIA
“FUNDEPÁRAMOS” contra PATRIMONIO NATURAL FONDO PARA LA
BIODIVERSIDAD Y ÁREAS PROTEGIDAS. Exp. 042-2018-00550-01.*

*MAGISTRADO PONENTE: JORGE EDUARDO
FERREIRA VARGAS.*

*Discutido y aprobado en Sala de Decisión de 13 de
octubre de 2021.*

*Decide el Tribunal el recurso de apelación
interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada el 29 de junio
de 2021, en el Juzgado Cuarenta y Dos Civil del Circuito de la ciudad, por la
cual se negaron las pretensiones de la demanda.*

I. ANTECEDENTES

*1.- El 18 de septiembre de 2018, la FUNDACIÓN
PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE DE LAS ZONAS DEL PÁRAMO Y SU
ÁREA DE INFLUENCIA (en adelante FUNDEPARAMOS), por intermedio de
mandatario judicial, convocó en demanda ordinaria al PATRIMONIO
NATURAL FONDO PARA LA BIODIVERSIDAD Y ÁREAS PROTEGIDAS (en
lo que sigue PATRIMONIO) pretendiendo principalmente que (i) se declare que
entre las partes se llegó a un acuerdo de liquidación del contrato de asistencia
técnica Ecopetrol Estoraques CAT No. 001 de 2014; (ii) que PATRIMONIO
arbitrariamente y violando la buena fe se negó a formalizar y cumplir el
convenio al que se hizo mención; (iii) que la demandada abusó del derecho a
terminar y liquidar unilateralmente el negocio jurídico objeto de esta causa.*

*Con base en lo anterior, pretende se reconozcan por
concepto de perjuicios la suma de \$96.000.000,00 más los intereses desde el 28
de julio de 2016 sobre las sumas de \$24.195.421,00 y \$72.586.264,00 a la tasa
máxima permitida por la Superintendencia Financiera y hasta que se realice su
pago; así mismo se disponga el pago por concepto de gastos que asciende al
monto de \$80.181.950,00. (fls. 211 a 212, derivado 1 expediente digital).*

2. Las súplicas se apoyan en los hechos que a continuación se sintetizan (fls. 212 a 218 *ibid.*).

2.1.- Aduce que el día 23 de mayo de 2014 la convocada publicó en su página web una policitud denominada “Invitación abierta”, con el fin que los interesados presentaran sus propuestas destinadas a la prestación de servicios encaminadas para desarrollar el proyecto “Restauración Ecológica en Área Natural Única Los Estoraques”, razón por la cual la convocante presentó dicha oferta, y en virtud de ello se produjo que el 10 de septiembre de 2014 se celebrara el negocio jurídico reseñado identificado CAT No. 001 de 2014, el cual se pactó con un término de duración de 23 meses, siendo redactado por la contratante.

2.2.- Luego de hacer reseña a las cláusulas del contrato, afirma que el mismo se ejecutó con normalidad al punto que el primer pago correspondiente al 50% del valor de ese negocio, esto es, la suma de \$323.327.911,00 se llevó a cabo sin inconvenientes y durante los primeros 10 meses de ejecución el contratista remitió al supervisor del contrato seis informes de gestión respecto de los cuales no hubo manifestación de ninguna índole por parte de ese agente interventor, menos aún, por la contratante, razón por la cual el 11 de septiembre de 2015, se solicitó la expedición de constancia de cumplimiento con miras a tramitar el segundo desembolso, la cual fue negada hasta tanto no se terminara la evaluación de campo.

2.3.- Indica que el día 1º de octubre de esa misma anualidad la convocada exigió a la demandante la aducción de un informe financiero con fecha de corte a 30 de septiembre 2015 con los soportes contables correspondientes, no obstante, en el convenio suscrito entre las partes no existe una sola estipulación que la obligue a presentar el mismo.

2.4.- Adiciona que a pesar de no estar compelido a aducir ese estudio, procedió a realizarlo y enviarlo, siendo objeto de críticas por Patrimonio quien exigió que el mismo fuera modificado, aspectos que motivaron a que FUNDEPARAMOS suspendiera la ejecución del contrato, determinación que fue comunicada al contratante en dicha oportunidad.

2.5.- Aduce que la convocada citó a comité los días 7 y 8 de diciembre de ese mismo año a la contratista e invitó a participar a PARQUES NACIONALES NATURALES y ECOPETROL, a pesar de que no existe dentro del negocio jurídico suscrito una estipulación que establezca que la inspección, vigilancia y control iba ser ejercida por esos dos entes, no obstante, como resultado de dichas reuniones se fijaron una serie de compromisos en cabeza de la demandante, condicionados al desembolso del segundo pago.

2.5.- Agrega que pese a lo anterior y debido a que surgieron nuevos desacuerdos, el día 13 de enero de 2016 FUNDEPARAMOS envió una comunicación a PATRIMONIO solicitando la liquidación anticipada

del contrato, a fin de que con base a la gestión realizada se le cancele el dinero que se le adeudaba, motivo por el cual las partes se reunieron y realizaron un acta de terminación anticipada por mutuo acuerdo y liquidación acordando en que se le pagaría a la convocante lo correspondiente a un 15% para alcanzar un total de 65%, siendo el valor de ese 15% la suma de \$96.000.000,00.

2.6.- No obstante lo anterior, PATRIMONIO remitió a FUNDEPARAMOS el 12 de octubre de 2016 una comunicación enunciando que dicha acta de liquidación debía ser aprobado por el Jefe del Área Natural Única Los Estoraques como supervisor para su aval, sin embargo, de forma arbitraria y en contravía de lo acordado el 31 de ese mismo mes y año la demandada comunicó a la actora la determinación de efectuar dicha liquidación, empero de forma unilateral y sin reconocerle el saldo adeudado.

3.- La entidad demandada en réplica se opuso a las pretensiones y propuso los medios exceptivos que denominó: “MALA FE EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO POR PARTE DE FUNDEPARAMOS”, “INAPLICABILIDAD DE LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS”, “PATRIMONIO NATURAL NO ABUSÓ DE SU DERECHO A TERMINAR EL CONTRATO UNILATERALMENTE”, no obstante, la misma no fue tenida en cuenta en razón a que fue presentada de forma extemporánea (fls.499 a 502, ibidem).

4.- En la audiencia prevista en el artículo 322 del C.G.P., se declaró fracasada la conciliación por falta de ánimo conciliatorio, se declaró saneado el proceso, se interrogó a las partes, se fijó el litigio y se decretaron las pruebas, posteriormente en la diligencia prevista en el canon 373 ídem, se agotó la etapa probatoria, se escucharon los alegatos de conclusión y se dictó sentencia en la que se negó la totalidad de las pretensiones, declarando terminado el proceso, y condenando en costas a la parte accionante, determinación que no compartió la parte actora por lo que interpuso la alzada que ahora se revisa (fls. 1 a 3, derivado 70 expediente digital).

II. EL FALLO CENSURADO

5.- La juez a quo inicia su fallo encontrado presentes los presupuesto procesales necesarios para la regular formación de la relación jurídico procesal, luego abordó el estudio de la acción a la luz de la responsabilidad civil contractual, así recordó que los requisitos axiológicos para pedir la indemnización de perjuicios de un contrato son la existencia y validez del mismo, el cumplimiento de la parte demandante o que por lo menos demuestre que se allanó a cumplirlo y el incumplimiento o renuencia injustificada de la demandada, siendo el convenio celebrado entre los aquí contendientes distinguido como CAT No. 001 del 2014.

Continúo afirmando que el documento denominado “acta de terminación anticipada por mutuo acuerdo y liquidación del contrato de asistencia técnica No. Ecopetrol Estoraque CAT 001 del 2014” no fue suscrito por ninguna de las partes del proceso, de ahí que no nació a la vida jurídica, además, que FUNDEPARAMOS conocía previamente que cualquier arreglo debía ser aprobado por la supervisión de PARQUES NACIONALES pues así lo demuestra la documental de: “ayuda de memoria de las mesas de trabajo para la terminación y liquidación anticipada del contrato CAT 001 del 2004”.

Más adelante concluyó que de conformidad con la evaluación realizada por la CONTRALORÍA DELEGADA PARA EL MEDIO AMBIENTE se consideró que a la fecha no se daban los elementos necesarios para el inicio de la actuación de carácter fiscal, como quiera que el aportante de los recursos es Ecopetrol, empero, recordó que dicha autoridad dejó en claro que ello no significaba validar el proyecto de acta de terminación bilateral, como quiera que ese no era el objeto de la queja antes esa entidad, en todo caso, aclaró que según el hallazgo 5, es evidente el incumplimiento de FUNDEPARAMOS al contrato matriz, de ahí que resultaba imperioso se revisaran las diferencias entre el proyecto de acta de terminación unilateral y el bilateral.

Luego analizó de forma pormenorizada cada uno de los testimonios recaudados al interior de la causa, así como las demás probanzas adosadas, concluyendo la demandante solo cumplió el 56% del total del contrato, razón por la cual PARQUES NATURALES no suscribió el acuerdo definitivo como le correspondía, en la medida que allí se hacía referencia a una ejecución del 65%, aspecto que a todas luces no correspondía con la realidad, al tiempo, adujo que FUNDEPARAMOS no consiguió probar que entre esta y PATRIMONIO en la reunión celebrada el 15 de julio de 2016 se haya llegado a un acuerdo bilateral de terminación anticipada del contrato CAT 001 de 2014, ni menos aun, que convenio haya sido aprobado por la primera de las entidades citadas en precedencia ni por el supervisor del contrato.

Finalizó argumentando que por no haberse probado los supuestos axiológicos de la acción de responsabilidad civil contractual, específicamente en lo tocante la existencia del convenio de terminación bilateral, habrán de negarse las pretensiones de la demanda, de ahí que no resulta apropiado adentrarse en el estudio de los perjuicios planteados por ser estos improcedentes.

III. ARGUMENTOS DE LA ALZADA

6.- Inconforme con dicha determinación la parte demandante interpuso recurso de apelación en esa misma audiencia y dentro del término previsto en el artículo 322 del C.G.P. presentó escrito ampliando los reparos, los cuales se contraen a: (i) se interpretó indebidamente el acervo

probatorio para demostrar la existencia del acuerdo entre las partes, a través del cual se terminó y liquidó el contrato objeto de litis; (ii) adiciona que a partir de esa errónea argumentación el despacho concluyó que para que el convenio fuera válido debía estar firmado por las partes, desconociendo el consentimiento y las convenciones verbales previstas en el artículo 824 del C. de Co. en punto del principio de consensualidad que rigen los actos mercantiles; (iii) argumenta que el supervisor no es parte del contrato de ahí que ninguna incidencia tiene si éste aprobó o no aprobó el acuerdo al que llegaron la partes, además se pasó inadvertido que ese interventor es un tercero que solo verifica condiciones técnicas; (iv) expresa que se incurrió en error por falta de aplicación de los artículos 1536, 1538, 1543, 1602, 1603, 1609, 1618, 1622, 1624 y 1625 del Código de Civil; sumado a que se desconoció el precedente jurisprudencial de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en punto del deber del juez de valorar sistemáticamente el escrito de demanda; la comisión de yerros en la valoración probatoria e inaplicación del artículo 176 del C.G.P al no practicarse un análisis de las contradicciones existentes entre los documentos y las versiones testimoniales; aunado a que se impuso una tarifa legal para la existencia de actos o negocios jurídicos.

(iv).- Se incurrió en error por falta de aplicación del artículo 831 del C. de Co. el cual establece la prohibición de enriquecerse sin justa causa a expensas de otro, puesto que está demostrado que el nivel de ejecución del contrato fue entre el 56%-65% de ahí que al solo haberse dado un anticipo correspondiente al 50% la demandada está obligada responder por el excedente.

(v).- Indica que la acción fue analizada a la luz de una responsabilidad desconociendo las pretensiones de la demanda y la fijación del litigio, sumado a que se dejó de aplicar el artículo 863 de C. de Co. (fls. 1 a 3, derivado 71 ampliación recurso).

6.1.- Así mismo, por auto adiado 27 de septiembre de la presente anualidad se ordenó correr el traslado previsto en el inciso 3° del artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

6.2. A través de escritos enviados por correo electrónico a la Secretaría de este Tribunal la demandante -apelante- sustentó en debida forma su recurso de alzada, en tanto que, la convocada descorrió el traslado en su debida oportunidad.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORPORACION

1.- Los presupuestos procesales, requisitos indispensables para la regular formación y desarrollo de la relación jurídico procesal, como son demanda en forma, capacidad para ser parte, capacidad para comparecer y competencia concurren en la litis, además como no se observa causal de invalidez que anule la actuación se impone una decisión de

mérito, con la consideración adicional referida a que en el evento de ser interpuesta la alzada por ambas partes, la Sala está revestida de la competencia para resolver sin limitaciones, empero, no es el caso de autos.

2.- Con miras a desatar la apelación formulada por la parte demandante, debe decirse que este recurso se endereza a que el Superior revise la actuación del juzgador de primera instancia, pero inmerso siempre dentro del criterio dispositivo, por lo que es al apelante a quien le corresponde determinar el ámbito dentro del cual ha de moverse el ad-quem al momento de tomar la decisión.

3.- En este sentido, el problema jurídico a resolver se contrae a determinar: (i) si en verdad incurrió la Juez a quo en incongruencia pues lo solicitado en las pretensiones de la demanda tiene que ver con el abuso del derecho y no con una responsabilidad civil contractual, (ii) si están demostrados los elementos esenciales para la prosperidad de la acción y, finalmente (iii) si existió un error en la valoración probatoria, pues en tales aspectos gira la controversia de la parte convocante.

4.- Previo el análisis de la acción incoada y del material probatorio aportado al proceso y atendiendo al argumento del recurso de alzada en punto de una inadecuada interpretación del libelo introductor, resulta necesario y conveniente precisar aspectos acerca de la importancia de las pretensiones y del modo como deben formularse para que el juzgador esté en la obligación de referirse a todas y, de paso, si fuere del caso, hacer uso de la hermenéutica jurídica para desentrañar **la acción que quiso invocar la parte actora.**

4.1.- La pretensión consiste en el reclamo que la actora hace de un derecho que considera vulnerado frente a otra y, debe estar contenida en un escrito llamado demanda, para que a través de ella se resuelva el interés jurídico invocado mediante una sentencia; o sea, que entre la demanda y el fallo debe existir estrecha conexidad, de lo contrario se estaría violando el principio de la congruencia consagrado en el artículo 281 del C. G. del Proceso, que necesariamente ha de presentarse entre estas dos piezas procesales.

Uno de los requisitos para que la demanda sea admisible es que se determine en forma clara y precisa “...**lo que se pretende**...”, esto es, indicar en forma concreta y nítida la súplica que implora o las varias pretensiones que haya acumulado, de ser el caso.

Sobre este tema nuestro máximo órgano de cierre de la especialidad civil ha sostenido: “[c]omo la pretensión, es la esfera del Derecho Procesal, implica generalmente la exigencia frente a una persona de determinada declaración judicial, tiene que deducirse mediante una demanda, o sea el escrito por el cual se pide tutela para un interés jurídico, a través de una sentencia. Es tan íntima la relación existente entre la demanda y la sentencia, que la doctrina ve en dichos dos actos los límites dentro de los cuales se desenvuelve ordinariamente todo el procedimiento. En verdad que cuando una persona quiere hacer valer un derecho

suyo, en el escrito inicial **debe solicitarle al juez la declaración que pretende, con invocación de una concreta situación de hecho**, es decir, expresando tanto el petitum como la causa petendi de la pretensión. Dada la trascendencia que la demanda tiene en la constitución, desarrollo y culminación del proceso, dicho libelo debe ajustarse en su forma a ciertos requisitos, que en el ordenamiento procesal colombiano están determinados por los artículos 75, 76, 77, 78, 79 y 82 de la respectiva codificación. Según tal preceptiva, para que la demanda sea admisible debe determinar en forma precisa y clara “**lo que se pretenda**” por el demandante, o sea la nítida indicación de la pretensión incoada, o de las varias pretensiones que acumuladamente instaure; y, además, el señalamiento de los hechos que sirven de fundamento a las súplicas, “debidamente determinados, clasificados y numerados”, o sea formando grupos según la materia, con la lógica separación que la relación material exige... **Cuando se trata de súplicas que atañen a una dualidad de relaciones jurídicas que no pueden coexistir por ser antitéticas, la ley posibilita su acumulación pero solamente en forma eventual o subsidiaria, pues en tal hipótesis el demandante subordina la estimación de una de ellas a la desestimación de la otra. En este acontecer nada impide, y antes bien la naturaleza de las cosas así lo requiere, que el demandante determine en su demanda hechos o fundamentos generalmente contradictorios o excluyentes...**” (G.J., t. CLXXII (172), pág.234, 235).

4.2.- En el sub-lite, se formularon varias pretensiones así: a) que se declare que PATRIMONIO y FUNDEPARAMOS, luego de un procedimiento de negociación llegaron a un acuerdo sobre la forma como liquidarían el contrato de asistencia técnica Ecopetrol Estoraques CAT-001 de 2014; b) que se declare que de manera arbitraria y violando la buena fe Patrimonio se negó a formalizar y cumplir el mismo; c) que se declare que la convocada abusó del derecho al terminar y liquidar de forma unilateral el precitado negocio jurídico; d) que en razón de lo anterior la demandada causó perjuicios a la demandante, el que debe ser resarcido conforme a la pretensiones de índole pecuniario (pag 275, derivado 1, expediente digital).

4.3.- Desde esta perspectiva, aun cuando en las pretensiones no se indicó con claridad que tipo de acción se intentaba, la verdad es que para adentrarse en el estudio de tales pedimentos es indispensable analizar el contrato y la forma de terminación pactada por las partes, así como si está demostrado que consensualmente y de forma bilateral los aquí contendientes acordaron liquidar ese negocio jurídico de forma anticipada y si dicho acuerdo fue incumplido por el demandado causándole perjuicios materiales a la convocante, lo que en últimas necesariamente deriva en una responsabilidad civil contractual.

De tal modo que no resulta acertado y tampoco conveniente apartarse del negocio jurídico acordado entre las partes, pues es allí donde tiene su génesis este litigio, de tal modo que no equivocó su decisión la Juez de primer grado al analizar las pretensiones a la luz de la responsabilidad civil contractual, máxime si todos los hechos que soportan los pedimentos hacen alusión al mismo y al incumplimiento de ese convenio por parte del demandado.

Ahora bien, no se desconoce que en la pretensión cuarta se pide que se declare que la convocada abusó del derecho, empero, si

se miran bien las cosas no existe ni un solo argumento jurídico en el cual se sustente la misma, todo lo contrario, todos los fundamentos fácticos tienen relación justamente con el negocio jurídico, y es que nótese que la acción por abuso del derecho gravita en una responsabilidad de índole extracontractual, tal y como lo ha expresado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, al analizar un asunto que trató la acción del abuso del derecho, así:

“El ordenamiento legal dispensa a los coasociados diversas herramientas jurídicas para defender sus derechos subjetivos en sede jurisdiccional cuandoquiera que sean amenazados o desconocidos; sin embargo, tal poder de acción no es absoluto, irrestricto ni ilimitado, pues debe ejercerse, en cada caso, acorde con su finalidad y sin la intención de hacer daño a los demás. De ahí que ese poder de acción encuentra sus límites en el respeto de los atributos de los demás sujetos o, mejor dicho, en la prohibición genérica impuesta a cada persona de abusar de sus derechos, so pena de tener que indemnizar los daños irrogados a terceros.

(...)

En el ámbito nacional, tal figura hizo su entrada en la jurisprudencia del siglo pasado que desarrolló el principio romano de GAYO, conocido como male enim nostro jure uti non debemus (no debemos usar mal de nuestro derecho) y ha sido reiterada en múltiples decisiones¹; empero, solo se reguló en el Código de Comercio de 1971, cuyo artículo 830 dispuso que «[e]l que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause» y, posteriormente, se constitucionalizó en la Carta Política de 1991 (art. 95).

(...)

Por consiguiente, no es que el sistema jurídico le restrinja al sujeto iuris el legítimo ejercicio de sus prerrogativas porque se lo garantiza a plenitud, solo que impide abusar o exceder, de cualquier forma, del marco de legalidad que las rige. Es así como el artículo 95 de la Constitución Política contempla, en su numeral primero, la obligación que tienen los habitantes de «[r]espetar los derechos ajenos y no abusar de los propios», lo cual evidencia que los derechos subjetivos no son absolutos, sino relativos y su ejercicio debe hacerse con miramiento al fin social para el cual fueron creados por el sistema jurídico y dentro del ámbito y límites que él consagra. Queda claro, entonces, que, a la luz del ordenamiento positivo, los derechos subjetivos tienen restricciones, por lo que deben ser utilizados por su titular de acuerdo con su finalidad y sin la intención de dañar a los demás, pues de hacerlo con este último propósito el responsable debe resarcir los daños que ocasione a terceros.

(...)

En compendio, cuando una persona acude al aparato judicial de mala fe, con negligencia, temeridad o animus nocendi, a reclamar un derecho a sabiendas que no le corresponde, con ello afecta, correlativamente, a quien

¹ CSJ. 30 oct. 1935. G.J. t XLIII No. 1907-1908, pág. 310 a 316; 5 ago. 1937, G.J. XLV No. 1927, pág. 418 a 422; 21 feb. 1938, G.J. t. XLVI. No. 1933, pág. 56 a 63; 24 ago. 1938. t. XLVII. No. 1940, pág. 54 a 60; 24 mar. 1939. G.J. t. XLVII. No. 1940, pág. 742 a 748; 28 sept. 1953. G.J. t. LXXVI. No. 2134, pág. 407 a 416; 30 jun. 1955 G.J. t. LXXX. No. 2154, pág. 485 a 491; 5 abr. 1962 G.J. t. XCVIII. No. 2251 a 2252, pág. 341 a 344; 27 may. 1964. G.J. t. CVII. No. 2272, pág. 231 a 237; 21 nov. 1969. G.J. t. 2318, 2319 y 2320, pág. 157 a 180; 11 oct. 1973. G.J. t. CXLVII. No. 2372-2377, pág. 79 a 86; 13 oct. 1988. G.J. t. CXCII. No. 2341, pág. 203 a 209; 12 jul. 1993 (S-101); 2 dic. 1993, rad. 4159; 2 ago. 1995, rad. 4159; 13 ago. 1996, rad. 4570; 8 oct. 1997, rad. 4818; 6 feb. 1998, rad. 5007; 17 sept. 1998, rad. 5096; 27 nov. 1998, rad. 4909; 23 jun. 2000, rad. 5464; 9 ago. 2000, rad. 5372; 14 feb. 2001, rad. 5976; 1 abr. 2003, rad. 6499; 22 oct. 2003, rad. 7451; 30 jun. 2004, rad. 7130; 24 ene. 2005, rad. 2131; 27 ene. 2005, rad. 7653; 2 feb. 2005, rad. 0464; 30 jun. 2005, rad. 0040; 14 mar. 2006, rad. 1996-13977-01; 16 sep. 2010, rad. 2005-00590-01; 1 nov. 2013, rad. 1994-26630; SC11770-2016; SC3840-2020 y SC3930-2020, entre otras.

tiene que resistir la pretensión, lo que ha forjado la teoría del abuso del derecho a litigar.

En tal evento, el afectado, si aspira a ser desagraviado a través de la condigna indemnización de perjuicios, debe canalizar su reclamo a través de una acción de responsabilidad civil extracontractual y probar los siguientes elementos: **a).** La existencia de una conducta antijurídica (dolo, culpa, temeridad o mala fe) del sujeto respecto de quien se dirige la acción; **b).** El perjuicio sufrido y, desde luego, **c).** La relación o nexo de causalidad entre el actuar de aquél a quien se imputa el daño sufrido por éste.

Con todo, es el juez, en cada caso, el llamado a constatar si las pruebas regular y oportunamente recaudadas demuestran la concurrencia de los axiomas constitutivos del abuso del derecho a litigar, porque si no logran tal cometido, la acción naufragará por incumplirse la regla del onus probandi prevista en el artículo 167 del Código General del Proceso, que fija en cada contendor el deber de demostrar el sustento de sus aspiraciones, porque de ello depende el resultado del litigio.”²

4.4.- De ahí que, haciendo una interpretación sistemática de la demanda y las propias pretensiones, es palmario inferir que la mejor forma de abordar el presunto incumplimiento, así como, la violación de la buena fe exenta de culpa, es a la luz de las normas que regentan el acuerdo mismo, tópico frente al cual la Corporación en cita ha indicado que:

“En fechas más cercanas, y tras llamar la atención en las dificultades que apareja una demanda ambivalente o indescifrable, la Sala insistió en que:

«(...) “cuando el lenguaje de la demanda, sin ser indescifrable por completo, no se ajusta a la claridad y precisión indispensables en tan delicada materia’ (CLXXXVIII, 139), para ‘no sacrificar el derecho material en aras de un culto vano al formalismo procesal’ (CCXXXIV, 234), **‘el juzgador está obligado a interpretarla en busca de su sentido genuino sin alterarlo ni sustituirlo, consultando la prevalencia del derecho sustancial, el acceso a la administración de justicia y la solución real de los conflictos’**, realizando ‘un análisis serio, fundado y razonable de todos sus segmentos’, **‘mediante su interpretación racional, lógica, sistemática e integral’** (cas. civ. sentencia de 27 de agosto de 2008, [SC-084-2008], expediente 11001-3103-022-1997-14171-01, énfasis de la Sala), ‘siempre en conjunto, porque la intención del actor está muchas veces contenida no sólo en la parte petitoria, sino también en los fundamentos de hecho y de derecho’, bastando ‘que ella aparezca claramente en el libelo, ya de una manera directa o expresa, ya por una interpretación lógica basada en todo el conjunto de la demanda’ (XLIV, p. 527; XIV, 488 y 833; LXI, 460; CXXXII, 241; CLXXVI, 182 y CCXXV, 2ª parte, 185)” (cas. civ. sentencias de 6 de mayo de 2009, Exp. N° 11001-3103-032-2002-00083-01; 3 de noviembre de 2010, exp. 20001-3103-003-2007-00100-01), “de manera que en procura de evitar el sacrificio del derecho sustantivo, pueda enmendar con su actividad dialéctica la confusa presentación de los hechos, de las pretensiones o de las excepciones que hayan efectuado las partes intervinientes en el proceso” (cas. civ.

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia SC1066 de 5 de abril de 2021, M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque, exp.. 23001-31-03-002-2016-00219-01

Exp. 042-2018-00550-01. Verbal declarativo de Fundación para el Desarrollo Sostenible de las Zonas 10 del Páramo y su Área de Influencia contra Patrimonio Natural Fondo para la Biodiversidad y Áreas Protegidas.

sentencia de 11 de julio de 2000, exp. 6015)» (CSJ SC, 17 nov. 2011, rad. 1999-00533-01; reiterada en CSJ SC7024-2014, 5 jun.).

2.5. A partir de los precedentes citados, puede construirse la siguiente subregla: el juez tiene el deber de interpretar los hechos y pretensiones esgrimidos por el convocante en su demanda, dotándolos del sentido que interfiera en menor medida con la procedencia de sus verdaderos reclamos, siempre y cuando esa hermenéutica no sea abiertamente incompatible con las manifestaciones del propio convocante en su escrito inaugural, o sus modificaciones.

Esto se traduce en que el fallador está obligado a desentrañar el auténtico y adecuado sentido de la demanda, especialmente en aquellos eventos en los que la descripción fáctica incluida en esa pieza procesal sea ininteligible, o refleje una contradicción insalvable entre los hechos relatados y las pretensiones; pero si lo que ocurre es que el convocante eligió de manera diáfana una acción equivocada, esa mediación excepcional del funcionario se tornaría injustificada, pues el deber de interpretación no puede conducir a que la jurisdicción recomponga la estrategia procesal de los litigantes, o la sustituya por otra más adecuada para la gestión de sus intereses.”³

4.5.- De ahí que la reparo frente a este tópico no se encuentra llamado a prosperar, en la medida que en punto a la forma como se analizaron las pretensiones de la demanda no se incurrió en vicio de ninguna índole, es decir, el yerro endilgado a la primera instancia no aparece configurado, por ende, resulta procedente adentrarse en el estudio de la acción impetrada con el propósito de determinar si está demostrado el segundo de los problemas jurídicos planteados.

De la acción de responsabilidad

5.- Ubicado así el ámbito del debate, como se advirtiera en precedencia, se tiene que el asunto gravita en torno a una responsabilidad civil contractual endilgada a la demandada, la cual se rige por normas de regentan dicha materia.

5.1.- La responsabilidad civil contractual se encuentra regulada en el Libro IV, Título XII, artículos 1602 a 1617 del Código Civil, por lo que resulta indispensable decir al unísono con la jurisprudencia y la doctrina, que ésta se presenta cuando cualquiera de los contratantes incurre por su culpa en inejecución de alguna de las obligaciones que contrajo y que, como consecuencia de ello se haya causado un daño.

El ejercicio de la acción de responsabilidad civil contractual requiere la demostración concurrente de los siguientes presupuestos: **a) la preexistencia de un vínculo convencional; b) una conducta culposa en el obligado dentro de los varios grados de culpa legalmente establecidos; c) el incumplimiento o inejecución del contrato y, d) una relación de causalidad entre la culpa y el perjuicio causado.**

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia SC3724 de 8 de septiembre de 2021, M.P. Luis Alfonso Rico Puerta, exp. No. 20001-31-03-004-2015-00204-01.

Entremos ahora en el estudio de los elementos de la acción:

Preexistencia del vínculo contractual

6.- Tiene como propósito determinar las cláusulas a que se obligaron los contratantes cumplir en la ejecución del negocio jurídico. Constando el contrato por escrito debiendo adosarse el documento que lo contiene, pero si la convención se acordó verbalmente es carga probatoria de quien demanda acreditar su clase y cada una de las estipulaciones convenidas.

6.1.- En tal sentido, se tiene que la parte actora con su demanda aportó el negocio jurídico denominado: “CONTRATO DE ASISTENCIA TÉCNICA No. ECOPETROL ESTORAQUES CAT-001 de 2014”, suscrito entre las partes de este proceso el cual tuvo por objeto el desarrollo del proyecto de restauración ecológica en el área natural única “Los Estoraques”, el cual contiene de manera detallada los compromisos de cada una de las partes en litigio y del cual se deriva el presunto incumplimiento, habida cuenta que para el segundo desembolso se exigió un informe financiero que no fue acordado, el cual no fue aprobado por el agente interventor, lo que en últimas derivó que se solicitará por parte de la convocante la terminación anticipada de ese contrato de común acuerdo entre las partes.

Entonces, probado como se encuentra la convención suscrita por los contratantes es procedente analizar si se cumplen los restantes elementos de la presente acción.

Incumplimiento del contrato o cumplimiento defectuoso y conducta culposa de la demandada

7.- En materia de interpretación de los contratos ha pregonado la jurisprudencia que en esta labor crítica debe el fallador tener en cuenta primeramente la regla contenida en el artículo 1618 del Código Civil, según la cual, conocida claramente la intención de los contratantes debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras, de suerte que sólo puede acudir a las demás pautas de hermenéutica cuando no surja con toda nitidez la necesaria coincidencia entre el escrito y el pensamiento de las partes.

Ello también significa que, como igualmente lo prevé el artículo 1602 ibídem, en el derecho positivo colombiano se otorga prevalencia al postulado de la autonomía de la voluntad en esta materia, pues las normas que regulan los contratos y convenciones en general deben mirarse como supletorias del querer de las partes, desde luego, siempre y cuando el convenio respete el orden público y las buenas costumbres y, además se ajuste estrictamente a las formas propias que respecto de algunos acuerdos expresamente exija la ley.

Al punto devienen procedentes las siguientes citas de

la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil:

*“En el derecho positivo colombiano impera el principio según el cual las leyes que regulan los contratos son normas supletorias de la voluntad de los contratantes, cuando éstos, al celebrarlos, acatan las prescripciones legales y respetan el orden público y las buenas costumbres. El **postulado de la normatividad de los actos jurídicos** (artículo 1602 del C.C.) se traduce esencialmente, entonces, en que legalmente ajustado un contrato se convierte en ley para las partes, quienes por consiguiente quedan obligados a cumplir las prestaciones acordadas en él... ”⁴.*

“...la intención de las partes al celebrar los contratos puede desentrañarse tomando en consideración la naturaleza del contrato y las cláusulas claras y admitidas del mismo que sirvan para explicar las dudosas; las circunstancias que influyeron en su celebración determinando la voluntad de las partes para consentir en él; los hechos posteriores de las mismas, que tienen relación con lo que se disputa; las costumbres de los contratantes y los usos del lugar en que han pactado; la aplicación práctica que del contrato hayan hecho ambas partes o una de ellas con aprobación de la otra, y otras convenciones o escritos emanados de los contratantes. En una palabra, el juez tiene amplia libertad para buscar la intención de las partes y no está obligado a encerrarse en el examen exclusivo del texto del contrato para apreciar su sentido ”⁵.

De ahí que atendiendo esta exigencia, la que indudablemente constituye una verdadera limitación a la autonomía de la voluntad, toda vez que les está vedado a los contratantes en cada caso particular, preterir, derogar o alterar motu proprio las formas previamente impuestas en esta especie de contratos, haya expuesto la jurisprudencia que la: “...naturaleza jurídica de un acto no es la que las partes que lo realizan quieran arbitrariamente darle, sino la que a él le corresponda legalmente según sus elementos propios, sus calidades intrínsecas y las finalidades perseguidas”, a lo que agregó que: “...ese consentimiento no puede depender de las palabras empleadas para manifestarlo, sobre todo cuando omiten formalidades que leyes imperativas reclaman para moldear en ellas dicho consentimiento...” (G.J. t. CLXXII –(172), 1ª, pág. 112).

8.- *En este contexto, se adentrará la Sala en el estudio en conjunto de los medios de prueba adosados al plenario, a fin de determinar cuáles fueron las razones que llevaron a la demandante a pretender la liquidación del contrato y si en verdad entre las partes se perfeccionó el acuerdo de voluntades en ese sentido, y que presuntamente fue desconocido posteriormente por la convocada causándole perjuicios de índole material, ya que en lo medular en dicho aspecto gravita la controversia con el propósito de determinar.*

Desde esta perspectiva, delantadamente se advierte que cursó pacífico en la contienda que el proyecto se ejecutó con normalidad durante los primeros meses de vigencia, siendo el punto de quiebre entre las partes el segundo desembolso que debía darse por valor \$129'331.164,00, a los

⁴ G.J. t. CLXXII (172), pág. 177, Casación 8 febrero de 1983

⁵ G. J. t. LX (60), pág. 656 C. S. J. 3 de junio de 1946

diez meses de iniciada la ejecución del contrato, en la medida que el supervisor no expidió la constancia de cumplimiento, razón por la cual después de muchas desavenencias la parte aquí demandante tomó la decisión de suspender las obras en el proyecto y en enero de 2016 pidió la liquidación anticipada del contrato, instalándose las mesas de negociaciones en las cuales participaron colaboradores de ambas partes y en algunas de ellas el supervisor de ese negocio jurídico.

Ahora bien, de las declaraciones rendidas al interior de la causa se desprende que el testigo Luis Hernando Meneses Moreno -funcionario de Parques Naturales en el cargo de jefe de área protegida del parque Los Estoraques y designado como supervisor del contrato-, expresó que al plan de trabajo y al cronograma se le hicieron varios ajustes sugeridos por él, que la convocada no cumplió el contrato en los términos y tiempos pactados porque en sus informes dejó claramente establecido cuales fueron los avances del proyecto de restauración, ya que algunos trabajos fueron cumplidos y otros no conforme reza su informe final, así como los parciales que rindió en punto de esa convención, adiciona que no calificaría que se cumplió un 65% ya que en su criterio no se alcanzó a desarrollo ni el 50%, adiciona que como quiera que él hace parte de Parques Nacionales estaba facultado para solicitar apoyo en el área técnica para que conceptuaran sobre temas sobre los cuales tenía dudas o para que ratificaran su informe, de ahí que la supervisión a su cargo no fue amañada sino acompañada de todo un servicio técnico, que nunca conceptuó sobre una liquidación bilateral del contrato ya que existían incumplimiento por parte del demandante, de ahí que su criterio siempre fue terminarlo de forma unilateral, como efectivamente aconteció, no obstante, es consciente que la última palabra la tenía el contratante y el contratista.

Más adelante afirma que dado que no se cumplía el precitado cronograma no se autorizó los demás desembolsos, agrega que él si asistió a algunas reuniones que tuvieron por objeto buscar un acuerdo en punto de la liquidación en comento, pero su presencia solamente tenía como propósito brindar asesoría técnica, ya que, la facultad de convenir sobre dicho aspecto solo la tenían las partes del contrato, luego adujo que no se pronunció frente a el acta de terminación bilateral porque ello no estaba dentro de sus funciones, pero en todo caso, no se encontraba conforme con la liquidación del precitado negocio jurídico de común acuerdo, posteriormente adujo que dentro de los incumplimientos verificados se resaltan los siguientes: que no se atendieron las observaciones del supervisor en punto al cronograma de actividades, tampoco se hizo el encerramiento del área protegida, ahora, en lo referente al tema del diagnóstico se tiene que el informe presentado se hizo copiando otro rendido por el Jardín Botánico realizado por Bibiana Pérez quien fue la que dio el aviso de que ese legajo había sido plagiado, tampoco se atendió el efectuar el análisis de suelos, sumado a que no realizó la totalidad de talleres con la comunidad para socializar el proyecto.

Continúa indicando que a las personas contratadas por Fundepáramos tampoco se le pagó la seguridad social y además el personal

contratado no contaba con curso de altura a pesar que están trabajando en la construcción del vivero, la bodega y la oficina.

Ahora bien, el deponente William Giovanni Laguado Cervantes -empleado de Patrimonio Natural- afirmó que tiene conocimiento del contrato desde el mismo momento en que se firmó porque sí bien para esa época no laboraba con la demandada si lo hacía para Ecopetrol, quien tiene interés en dicho contrato en razón del acuerdo de colaboración y en la medida que dicha entidad es una de las aportantes de los recursos para ejecutar dicho convenio, en este sentido, documento los retrasos que se presentaron de acuerdo con el cronograma de actividades, adiciona que la manifestación en punto a de que el contrato se había ejecutado en un 65% corresponde a la posición de Fundepáramos, que el acta de terminación bilateral fue remitida a Parques Naturales porque en últimas ella era la supervisora del contrato con el propósito que se verificará si ese porcentaje de ejecución se acompasa con la realidad a no y como quiera que la conclusión era que el porcentaje ejecutado era inferior no se suscribió el acta, y en tal sentido, se decide terminar el precitado convenio de forma unilateral porque el informe de diagnóstico fue copiado en un 95% de otro realizado por otra entidad y en el marco de otro negocio jurídico diferente, los incumplimientos se reducen a dos específicamente: uno en el área de campo consistente en construcción de infraestructura y acciones de restauración con algunas acciones de reforestación en áreas identificadas y, otro aspecto de incumplimiento tiene que ver con las consultorías, de tal modo que no se podían dar por atendidas las obligaciones de la demandante.

Continúo exponiendo que el supervisor en diferentes comunicados requirió a Fundepáramos para el cumplimiento de dichas obligaciones, así como las deficiencias o falencias de algunos de los productos entregados, adiciona que no recuerda si el supervisor con anterioridad requirió a la contratista para el cumplimiento, pero lo que si tiene claro es que se hicieron varias visitas de campo en las cuales se dejó claro que habían muchos elementos que debían ser mejorados y obras faltantes por desarrollar, igualmente, aduce que las memorias de las mesas de negociación tenían por objeto obtener los insumos necesarios para presentárselo a la supervisión y que éste determinará si el avance del proyecto se sujetaba a la realidad o no ya que eso era de su resorte y no de Patrimonio Natural, agregó que recuerda que la bodega no contaba con servicios públicos y también se llamó la atención del ejecutor del proyecto ya que se verificaban retrasos en punto del material vegetal.

Igualmente, expresó que en las reuniones del 7 y 8 de noviembre de 2015, se hizo una visita de campo y el informe de la misma se encuentra plasmado en un documento, pero allí no se verificó con exactitud si en verdad el porcentaje de avance correspondía al 65 % solo se dio un estimativo que debía ser confrontado por el supervisor del contrato, a tal punto que con posterioridad el Ingeniero Meneses efectivamente certifica que ese porcentaje no se acompasaba con la realidad, sin que por ello se puede afirmar que hay una inconsistencia, ya que en últimas no eran ese comité el encargado

de determinar los avances de la obra, pues eso era una función propia del interventor del contrato.

Refiere que Ecopetrol aparece en el contrato porque fue quien hizo la invitación a todos los interesados de beneficiarse de los recursos que dicha entidad ponía en actividades tendientes a proteger el medio ambiente y el cambio climático, siendo Patrimonio Natural uno de los beneficiarios de esos proyectos, en tanto que Parques Nacionales aparece porque el proyecto se iba desarrollar en un área protegida por dicha entidad, de ahí que el supervisor del contrato precisamente fuera un funcionario de la misma, en tanto que, los recursos con que se desarrolló el proyecto objeto del contrato son dineros que efectivamente entregó Ecopetrol para ese propósito, la Contraloría y Procuraduría pedían informes precisamente en razón que si bien las empresas firmantes del convenio son de carácter privado los dineros del proyecto eran públicos.

Por su parte, Carolina Giraldo Duque adujo que conoció de esa convención en la etapa contractual, se enteró que Fundepáramos venía incumpliendo el mismo, sin embargo, conceptuar sobre dicho aspecto era una función del supervisor de contrato que estaba a cargo de Parques Nacionales a través del Jefe de Área Protegida del Parque Los Estoraques, afirma que si se estaba elaborando un acta de terminación bilateral del contrato, el cual tuvo varias versiones por parte de las dos partes y finalmente no se pudo llegar a un acuerdo, razón por la cual Patrimonio Natural decide liquidarlo unilateralmente, agrega que la demandada no suscribió el acta en razón de la auditoria adelantada por la Contraloría donde se encontraron varios hallazgos de incumplimiento, oportunidad en la conceptuó que no se podía proceder al pago porque las obras no habían sido ejecutadas en las oportunidades debidas, de ahí que en aras de no incurrir en un detrimento patrimonial de los dineros de Ecopetrol, se decidió no darle viabilidad esa liquidación de mutuo acuerdo.

Así mismo, indica que el supervisor asistió a algunas reuniones y en las mesas de trabajo instaladas no recuerda que alguno de los participantes tenía poder para representar al Patrimonio, ya que las conclusiones de la reunión debían ser avaladas por el representante legal de la demandada.

En ese mismo sentido, María Cristina Mejía Ayala - Coordinadora del Área Jurídica de Patrimonio Natural- afirmó que la labor de cumplimiento le correspondía a Parques Nacionales ya que el terreno donde se desarrollaban las obras era en el Parque los Estoraques el cual era administrado por dicha entidad y la beneficiaria del proyecto, aduce que participó en algunas de las reuniones adelantadas con Fundepáramos, es coincidente con la anterior testigo en punto a que la liquidación bilateral no se pudo dar por el informe de la Contraloría y porque el supervisor tampoco dio su aval, razón por la cual decidieron darlo por terminado de forma unilateral, efectivamente el segundo desembolso no se realizó porque no se contaba con el

informe financiero del anticipo como correspondía y tampoco existía la constancia de avance de la obra en la forma convenida en el contrato.

La testigo Doris Fajardo -Coordinadora Financiera de la demandada para la época de los hechos referidos en el libelo introductor-, fue la encargada de revisar los informes financieros, aduce que debían pedir los mismos a Fundepáramos porque en razón del acuerdo de colaboración que Patrimonio Natural suscribió con Ecopetrol, estaban en la obligación de rendir a este último cuentas de la inversión del anticipo y avance del proyecto técnicamente hablando cada dos meses, dado que los dineros para desarrollar el proyecto de restauración en Los Estoraques correspondía a esa entidad, fue allí donde se empezó a evidenciar que no habían grandes avances en la ejecución del contrato, agregó que el contrato se liquidó unilateralmente en razón de las inconsistencias evidenciadas por la Contraloría

Así mismo, se tiene que en los interrogatorios de parte efectuados a los representantes legales de cada uno de los extremos de la litis, dieron la versión del tiempo modo lugar como acontecieron los hechos objeto de esta causa, sin que de sus declaraciones efectivamente se advierta prueba de confesión que conlleve a tenerla en cuenta para resolver este litigio, tal y como de forma acertada lo concluyó la primera instancia.

Entonces, de las declaraciones reseñadas en precedencia, así como de las pruebas documentales obrantes en el proceso es evidente que, antes de la solicitud de terminación anticipada realizada por la contratista- se instalaron unas mesas de trabajo, en las cuales se hicieron visitas de campo con el fin de tener cierto grado de certeza de cuáles eran los avances de la obra, y así llegar a un acuerdo en punto del segundo desembolso y, es que más exactamente, en la celebrada el 15 de julio de 2015, se plasmó que:

- 41) Interviene el Ingeniero William y dice que de acuerdo al informe de Interventoría no se ejecutó el 80%, que siendo consientes es más o menos un 65%, la Dra. Sonia interviene diciendo que ese porcentaje no está lejano del 80%, entonces que sería conveniente calcular en dinero a que corresponde el porcentaje del 65% y que sea ese valor el que PATRIMONIO NATURAL le reconozca a FUNDEPÁRAMOS, realizan el cálculo y da como resultado NOVENTA Y SEIS MILLONES DE PESOS M/CTE. (\$96.000.000.00M/CTE.), el Ingeniero William después de pedir autorización al Director Ejecutivo de PATRIMONIO NATURAL por este monto, le informa al Sr. Hugo que es necesario que los documentos junto con el acta de esta reunión en donde se llega a este nuevo acuerdo (Acta de conciliación que será elaborada por las abogadas de las partes, la Dra. Sonia por parte de FUNDEPÁRAMOS y la Dra. Carolina por parte de PATRIMONIO NATURAL), sean entregados para que PATRIMONIO NATURAL proceda al desembolso respectivo a favor de FUNDEPÁRAMOS.

En este orden de ideas, es de colegir que todas las mesas celebradas en el año 2015 no tuvieron como propósito llegar a un acuerdo en punto de la terminación bilateral del contrato, sino esas visitas de campo tenían como fin documentarse en punto del avance de las obras y así

concluir si se podría efectuar o no el segundo desembolso, pues es evidente, que la liquidación anticipada se dio en la anualidad siguiente.

Ahora, las partes son coincidentes en afirmar que durante el primer semestre del 2016, se llevaron a cabo varias reuniones entre colaboradores de Fundepáramos y Patrimonio Natural, en las cuales incluso participó Ecopetrol, en la medida que era el aportante de los recursos con los cuales se desarrollaba el proyecto, ellas concluyeron con un principio de acuerdo, sin embargo, al revisar con detenimiento esa documental (pag, 119 a 123, pdf, 1), es de anotar que a las mismas no asistió el representantes legal de la demandada y no existe ningún documento que permita inferir de manera razonada que aquel había otorgado poder en alguno de sus trabajadores con la facultad de obligar al Patrimonio Natural, al tiempo, es menester recordar que cuando se realizó el interrogatorio de parte al mismo fue enfático en afirmar que, los principios de acuerdo, debían ser avalados por él, lo que no ocurrió en punto de la terminación ya que no estuvo de acuerdo con ese proyecto de acta de liquidación bilateral, pues no podía pasar desapercibido lo conceptuado por la Contraloría, sin embargo, la remitió a Parques Naturales para que el Supervisor del contrato emitirá su pronunciamiento, de lo cual resulta claro que mientras las acuerdos no fueran aprobados por la persona debidamente autorizada para ese propósito de modo alguno puede afirmarse categóricamente que entre las partes nació el acuerdo consensual para liquidar de forma bilateral el contrato objeto de la litis.

Mediando el anterior estrado de cosas, es claro para la Sala que de las mesas de negociaciones efectuadas, en principio, se habló de un posible acuerdo y sobre el cual se proyectó un documento “ACTA DE TERMINACIÓN ANTICIPADA POR MUTUO ACUERDO Y LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DE ASISTENCIA TÉCNICA No. ECOPETROL ESTORAQUES -CAT-001 DE 2014 CELEBRADO ENTRE PATRIMONIO NATURAL FONDO PARA LA BIODIVERSIDAD Y ÁREAS PROTEGIDAS Y LA FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE DE LAS ZONAS DE PÁRAMO Y SU ÁREA DE INFLUENCIA FUNDEPÁRAMOS”, empero, es evidente por las razones que vienen de anotarse que el consentimiento de la demandada no se dio, no porque no haya firmado, sino porque se insiste, el representante legal de Patrimonio Natural no estuvo presente es esas reuniones y tampoco aprobó ese documento, a tal punto que todos los testigos fueron coincidentes en señalar que dicho acuerdo estaba sujeto a aprobación de Patrimonio Natural y siempre y cuando el supervisor del contrato diera el visto bueno, ya que era él la persona encargada de determinar si efectivamente los avances del proyecto llegaron a un 65%, quien en últimas emitió concepto técnico en el cual deja entrever todos los incumplimiento presentados, y es que según su dicho la sugerencia de él era terminar el contrato de forma unilateral porque en su criterio los avances no alcanzaban ni el 50%.

Ahora, es menester hacer hincapié que dentro de la causa también quedó debidamente probado que el supervisor del contrato era el jefe del área protegida del Parque Los Estoraques, es decir, funcionario de Parques Naturales y quien a la postre fuera la administradora y la beneficiaria

del proyecto, de allí la relevancia jurídica no solo de su labor, sino de la solicitud en algunas ocasiones de concepto más técnicos de los cuales no tiene conocimiento tal y como lo expuso de forma por demás amplia en su declaración, lo que conlleva a colegir que era está y no ninguna otra la razón por la cual dicha entidad participó en algunas reuniones, pues haciendo una interpretación del contrato, es evidente que en últimas quien ostentaba dicha supervisión era Parques Naturales.

Ahora bien, también obra el informe definitivo del Agente interventor adiado 22 de febrero de 2016, en el cual se pone en evidencia todos y cada uno de los incumplimientos en que incurrió la parte convocante en el proyecto Los Estoraques, oportunidad en la que además, en punto del anticipo indicó que:

9. Un aparte especial merece el tema de manejo del anticipo frente al avance de los productos y actividades. Solo hasta cuando cada informe financiero con soportes, sea presentado y se concilie el desarrollo de las actividades financieras por el proyecto, se podrá establecer el porqué de la incoherencia entre lo ejecutado presupuestalmente y las actividades cubiertas. Anexo 6 donde se presenta apartes de la información financiera.

Y finalizó exponiendo que:

En conclusión, se puede colegir que por todo lo anterior el PNNC – ANU Los Estoraques se ha visto afectado tanto en la parte ambiental, como en lo presupuestal referido a su contrapartida porcentualmente aportada al proyecto.

Por último sugiero, que independiente de la decisión que se tome por las actuaciones del contratista frente a su responsabilidad en la ejecución del proyecto, se tenga en cuenta y de ser necesario, la extensión o ampliación de las garantías vigentes, la provisión y entrega de equipos, materiales e insumos contemplados en la implementación, el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones a que hubiese lugar y que debiese cumplirse con posterioridad a la extinción del contrato, igual las demás obligaciones contempladas en la cláusula TRIGESIMA. Garantías.

Así mismo, nótese que con ocasión a la queja presentada por la parte actora la Contraloría procedió hacer una auditoria del negocio jurídico acordado entre las partes, en la que se concluyó que:

HALLAZGO 5: D3. CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO:

Respecto al cumplimiento del Contrato de Asistencia Técnica No. Ecopetrol Estoraques-CAT-001 de 2014, la CGR evidenció que:

1. FUNDEPÁRAMOS no realizó actividades prioritarias del proyecto tales como el aislamiento.
2. La construcción del espacio destinado para la administración y la bodega aún se encuentra inconclusa.
3. FUNDEPÁRAMOS presentó informes que se determinó son copias de documentos producidos por el Jardín Botánico de Bogotá José Celestino Mutis, con lo cual no se llevó a cabo la recolección de información propia del área protegida donde se desarrolla el proyecto.
4. No se realizaron la totalidad de talleres programados.
5. No se ha presentado por parte del contratista el balance de inversión del anticipo, ni se han revisado las facturas presentadas por el contratista.
6. FUNDEPÁRAMOS cobra gastos por personal no incluido en la propuesta.
7. No se realizó entrega oficial de los postes por parte del contratista.
8. No se conoce a la fecha el estado de mantenimiento de las plántulas entregadas por FUNDEPÁRAMOS.
9. No se ha liquidado el contrato a pesar de los incumplimientos reportados.

Se considera que no se ha cumplido adecuadamente con el desarrollo del contrato y la administración de los recursos asignados al mismo, evidenciando debilidades de Patrimonio Natural ejerciendo el encargo como administrador. En consecuencia, concierne al cumplimiento del Convenio de colaboración DHS No. 5212082 y al Convenio 003 de 2012, afectando a ECOPETROL como aportante de recursos y a UAE-PNNC como receptor final de los bienes y servicios contratados para la restauración ecológica del Área Natural Única Los Estoraques.

Por lo anterior se configura una observación con presunto alcance disciplinario.

Desde esta perspectiva, resulta evidente que la negativa para el segundo desembolso se dio con ocasión de los incumplimientos que ampliamente expusieron es sus versiones los testigos, los cuales se acompañan con las pruebas documentales que obran al interior del proceso, entre los que se encuentran hasta un presunto plagio que de un informe técnico que según el decir del ente de control en cita, así como los testigos, corresponde en un 95% a otro elaborado por Bibiana Perez para el Jardín Botánico y que en la actualidad está siendo investigado por la Fiscalía General de la Nación.

Y es que resulta ilógico pensar que el simple transcurso de tiempo era suficiente para hacerse acreedor de la segunda suma pactada en el negocio jurídico tantas veces reseñado, pues olvidó que para ello era indispensable la constancia de cumplimiento expedida por el supervisor, en tanto que, si para expedir la misma era necesario el informe financiero solicitado por el mismo nada impedía que así lo hiciera, sin que por ello se pueda afirmar categóricamente que dicho ente de control procuró torpedear la ejecución del proyecto, pues es apenas razonable que antes de efectuar otro desembolso se acredite que el 50% del valor del anticipo fue debidamente invertido, ello porque se insiste, que a pesar de tratarse de un contrato privado es evidente que los dineros objeto del mismo fueron entregados por un acuerdo de colaboración suscrito por el demandado con Ecopetrol, debiendo el primero rendirle cuentas al segundo sobre dicho anticipo, tal como se evidencia del acta de comité que con ese propósito se realizó y en el cual participó dicha entidad pública, lo cual encuentra sentido, pues de no obrar con ese deber de diligencia fácilmente se incurriría en un detrimento patrimonial del Estado.

9.- Todo lo anterior permite colegir sin asomo de duda que los reparos formulados por el censor no pueden abrirse paso, en la medida que como ampliamente se expuso en precedencia no existió una indebida valoración de las pruebas que analizadas en su conjunto derivan en la conclusión que el acuerdo de determinación bilateral no se dio, no porque no haya sido firmado, sino porque este no fue aprobado por el representante legal de Patrimonio Natural, ya que era él el facultado para obligar a dicha entidad y no alguno de sus colaboradores, de ahí que es lógico afirmar que no existió consensualidad para ese propósito.

Ahora bien, es menester precisar que esta demanda no fue planteada como un enriquecimiento sin justa causa de ahí que dicho alegato resulta ser un punto nuevo sobre el cual no tuvo la oportunidad de pronunciarse la parte demandada, de tal modo, que dicho aspecto no puede ser analizado en esta instancia pues de hacerlo se vulneraría el derecho del debido proceso del convocado.

Finalmente, no se avizora la vulneración de los artículos 1536, 1538, 1543, 1602, 1603, 1609, 1618, 1622, 1624 y 1625 del Código de Civil, pues fue justamente haciendo una interpretación en conjunto de las cláusulas del contrato, así como de todos los medios de convicción adosados a la causa que se llegó a la conclusión que no están demostrados los elementos esenciales de la acción de responsabilidad, sin que se pudiera analizar este litigio haciendo abstracción del contrato puesto que como se advirtió desde el inicio resultaba indispensable enmarcarlo dentro de este ámbito y no por la acción del abuso del derecho, ya que ésta es eminentemente extracontractual, sumado a la circunstancia que aquí tampoco se logró demostrar la supuesta mala fe endilgada a la convocada, todo lo contrario, es evidente que su actuación se ajustó al postulado de la buena fe contractual.

Y es que causa perplejidad a la Sala que el actor pretenda darle efectos jurídicos al proyecto de acta de terminación bilateral haciendo abstracción de todos los móviles que rodearon esa negociación, los cuales fueron ampliamente expuestos por las personas que participaron en esas mesas de trabajo.

10.- Las anteriores razones y argumentaciones conllevan necesariamente a la confirmación de la sentencia objeto de impugnación, con la consecuente condena en costas a la parte recurrente.

V. DECISION

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., Sala Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1.- CONFIRMAR el 29 de junio de 2021, en el Juzgado Cuarenta y Dos Civil del Circuito de la ciudad, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

2.- CONDENAR en costas de esta instancia a la parte recurrente. Tásense.

2.1.- De conformidad con lo previsto en el numeral 3° del artículo 366 del Código General del Proceso, en concordancia con el artículo 5° del AcuerdoPSAA16-10554 de 2016, en la liquidación de costas causadas en segunda instancia, inclúyase como Agencias en Derecho el monto correspondiente a dos (2) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes de la anualidad que avanza. Para la elaboración de la misma síganse las reglas previstas en dicha norma.

NOTIFÍQUESE


JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO


ADRIANA AYALA PULGARÍN

Magistrada


MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA
Magistrada

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

Bogotá, D. C., veintiséis de octubre de dos mil veintiuno

11001 3103 051 2020 00080 01

Ref. proceso verbal de Wellness Center MDI Marino S.A.S. – en Reorganización
frente a Ludgy Amparo Bayona Arévalo.

Se admite el recurso de apelación que interpuso la parte demandada contra la sentencia que, el 2 de marzo de 2021 profirió el Juzgado 51 Civil del Circuito de Bogotá, en el proceso de la referencia.

En su momento, **la secretaría controlará el surtimiento de los traslados de que trata el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020.**

Las partes tendrán en cuenta que los memoriales con destino a este proceso serán remitidos al correo electrónico secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co.

Cumplido lo anterior, el expediente reingresará al despacho del suscrito Magistrado, para lo que haya lugar.

Notifíquese

OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA
Magistrado

Firmado Por:

Oscar Fernando Yaya Peña

Magistrado

Sala 011 Civil

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación:

**a9f6c52059a5c8b83e54b07fea781208339162e89ef6ffd489c72e79385
1fe08**

Documento generado en 26/10/2021 02:34:33 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

*Bogotá D.C., veintiséis (26) de octubre de dos mil
veintiuno (2021).*

*Ref: PROCESO VERBAL de PROTECCIÓN AL
CONSUMIDOR de CONJUNTO CERRADO LOMBARDIA contra ANCLA
CONSTRUCTORES S.A.S. Exp. No. 001-2020-76890-01.*

*MAGISTRADO PONENTE: JORGE EDUARDO
FERREIRA VARGAS.*

*Discutido y aprobado en Sala de Decisión de 29 de
septiembre de 2021.*

*Decide el Tribunal el recurso de apelación
interpuesto por el extremo activo contra la sentencia dictada en audiencia
pública celebrada el veintiuno (21) de julio de dos mil veintiuno (2021), en la
Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria
y Comercio, por la cual se declaró la falta de legitimación por pasiva parcial y
se negó las pretensiones de la demanda.*

I. ANTECEDENTES

*1.- La persona jurídica CONJUNTO CERRADO
LOMBARDÍA, actuando por conducto de apoderado judicial, instauró
demanda verbal de protección al consumidor financiera contra la persona
jurídica ANCLA CONSTRUCTORES LTDA. pretendiendo que: (i) se ordene a
la convocada cumplir con la totalidad de la construcción ofrecida en el proceso
de preventa, directamente a cada uno de los copropietarios del precitado
conjunto; (ii) que se condene a la pasiva a pagar el daño causado a título de
detrimento patrimonial a cada unidad que integra el EDIFICIO LOMBARDÍA;
(iii) que se reconozca a título de indemnización la suma de \$387'155.061,78.
(pág. 21, derivado 3. Subsanación, exp. digital).*

*2.- Las pretensiones se apoyan, en resumen, en los
hechos que seguidamente se citan (págs. 3 a 5, 1. demanda):*

*2.1.- Los copropietarios de manera individual
realizaron la compraventa de las unidades residenciales que conforman la
copropiedad atraídos por una publicidad e información escrita y personalizada*

Exp. no. 001-2020-76890-01. proceso verbal de protección al consumidor de conjunto cerrado 2
Lombardía contra ancla constructores S.A.S.

sobre el proyecto, la cual generó grandes expectativas de índole personal, familiar y, en general, sobre las características arquitectónicas del inmueble.

2.2.- Refiere que, la convocante incumplió sus obligaciones pues en las zonas comunes no se han desarrollado las obras de urbanismo necesarias para el normal funcionamiento del conjunto, verbigracia, no se han construido las canchas de tenis, 12 parqueaderos que corresponden a la etapa L, andenes, redes eclécticas, hidráulicas, sanitarias, entre otros, es decir, la constructora se ha sustraído de cumplir los compromisos post venta a pesar de las diferentes reclamaciones realizadas.

2.3.- Adiciona que, en vista de los reiterados incumplimientos de atender a las especificaciones del conjunto, los copropietarios se vieron obligados a contratar a un grupo de ingenieros para realizar levantamientos topográficos que permitieran, principalmente, determinar las obras faltantes y las estructuras de costos de cada una de ellas.

2.4.- Aduce que, los días 13, 26 de junio y 6 de junio de 2019, se citó a la convocada a audiencia de conciliación ante la Cámara de Comercio de Tunja (Boyacá), sin embargo no fue posible llegar a ningún acuerdo.

3.- La persona jurídica ANCLA CONSTRUCTORES S.A.S se notificó en la forma prevista en el numeral 7° del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011, oportunidad en la que se opuso a las pretensiones y planteó las excepciones que tituló: “FALTA DE LEGITIMIDAD POR PASIVA”, “PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DE LA ACCIÓN INCOADA” (págs. 17 a 21, derivado 7. Contestación demanda, ejusdem).

4.- En audiencia pública concentrada de que trata el artículo 372 y 373 del C.G.P. celebrada el día 21 de julio de 2021, se declaró fracasada la etapa de la conciliación por la ausencia del representante legal de la convocada, se interrogó a la parte convocante, se fijó el litigio, se agotó la etapa probatoria, se escucharon alegatos de conclusión y, finalmente, se dictó sentencia por medio de la cual se declaró la falta de legitimación en la causa por pasiva, parcial y, en consecuencia, se negaron las pretensiones de la demandada en punto del Edificio Barlovento que hace parte del Conjunto Lombardía por falta de acreditación del daño, inconforme con dicha determinación la parte actora interpuso la alzada que ahora se analiza.

II. EL FALLO DEL A-QUO

5.- El funcionario a quo revestido de funciones jurisdiccionales en su fallo, inicia su decisión encontrando cumplidos los presupuestos necesarios para la regular formación de la relación jurídico procesal, no obstante, anunció que existe una falta de legitimación en la causa por pasiva de forma parcial en la medida que no aparece plenamente demostrada una relación de consumo.

Agregó que, frente a este tópico es menester recabar que una vez analizados los medios de prueba adosados al plenario surge evidente que no está demostrada la relación de consumo entre el Conjunto Cerrado Lombardía y la Constructora demandada, en la medida que el administrador de la convocada claramente confesó que dicha copropiedad fue construida por etapas y por diferentes constructores, en tanto, que de los demás medios de convicción es claro que la convocada tan solo edificó el edificio Barlovento, de ahí que existe una falta de legitimación en la causa para las restantes edificaciones compuestas por el edificio Lombardía, la manzana L y el proyecto de casas, de ahí que el análisis se centrará única y exclusivamente en las obras que realizó la pasiva.

Adicionó que, la acción por garantía legal y publicidad engañosa no pueden salir avantes en la medida que al interior de la causa no se arrió ni un solo elemento de juicio que permitan colegir el daño endilgado a la construcción, pues no hay fotografías, estudios o vídeos que sirvan para determinar y comprobar efectivamente las falencias que presuntamente sufre la construcción, sumado a la circunstancia, que tampoco se cumplió con lo dispuesto en el numeral 5° del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011, dado que no se anexó la prueba de la publicidad engañosa.

Finaliza argumentado que, la Delegatura para asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio carece de competencia para emitir pronunciamiento en punto de los perjuicios solicitados en la demanda, dado que tal asunto está atribuida a la jurisdicción ordinaria.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

6.- Inconforme con dicha determinación, la parte convocante interpuso recurso de apelación en audiencia oportunidad en la que de forma somera enunció su reparo, no obstante, dentro de la oportunidad prevista en el canon 322 del C.G.P., en farragoso escrito amplió sus argumentos a los siguientes:

(i) Refiere que el juez de primer grado incurrió en un defecto fáctico, pues no valoró el único testimonio rendido al interior del plenario en el cual quedó en evidencia que ANCLA CONSTRUCTORES S.A.S. tan sólo había construido el Edificio Barlovento, empero que el urbanizador del Conjunto Cerrado Lombardía, lo fue la sociedad Construcciones y Equipos S en C, de ahí que debió hacer uso de las facultades que como juez director del proceso tiene y acudir al artículo 61 del Código General del Proceso, a efectos que ordenar la integración del litisconsorcio necesario por pasiva, sumado a la circunstancia que los socios de la primera también lo son de la segunda, en tanto que, al parecer es una práctica de dicha personas constituir entes societarios para eludir su responsabilidad ante reclamaciones por defectos en la construcción como ocurre en el caso que nos ocupa.

(ii) *Agrega que también se incurrió en un error sustantivo, pues se dejó de lado que posiblemente existe un enriquecimiento sin justa causa, de ahí que al haberse aplicado erróneamente la teoría de la falta de legitimación en la causa por pasiva, sin efectuarse una investigación de si se configura o no dicho empobrecimiento de la parte demandante con un correlativo enriquecimiento de la convocada vulnera los derechos de la actora, máxime cuando no existe correspondencia entre la parte motiva y la resolutive, es decir, se incurrió en una incongruencia al emitir la decisión de fondo pues se pasó inadvertido que la demandada esta vulnerado los derechos de más de 200 familias que están afectadas por las obras inconclusa relacionadas en el libelo introductor.*

6.1.- *Así mismo, por auto adiado 17 de septiembre de la presente anualidad se ordenó correr el traslado previsto en el inciso 3° del artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020.*

6.2. *A través de escritos enviados por correo electrónico a la Secretaría de este Tribunal la demandante -apelante- sustentó en debida forma su recurso de alzada, en tanto que, la convocada descorrió el traslado en forma extemporánea.*

IV. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1.- *Los presupuestos procesales, requisitos indispensables para la regular formación y desarrollo de la relación jurídico procesal, como son demanda en forma, capacidad para ser parte, capacidad para comparecer y competencia concurren en la litis, además como no se observa causal de invalidez que anule la actuación se impone una decisión de mérito, con la consideración adicional referida a que en el evento de ser interpuesta la alzada por ambas partes, la Sala está revestida de la competencia para resolver sin limitaciones, empero, no es el caso de autos.*

2.- *Con miras a desatar la apelación formulada por el extremo demandante, debe decirse que este recurso se endereza a que el Superior revise la actuación del juzgador de primera instancia, pero inmerso siempre dentro del criterio dispositivo, por lo que es al apelante a quien le corresponde determinar el ámbito dentro del cual ha de moverse el ad-quem al momento de tomar la decisión.*

3.- *En tal sentido, el problema jurídico a dilucidar se contrae a determinar: (i) si en verdad se configura una falta de legitimación en la causa por pasiva, (ii) si están demostrados los elementos esenciales que constituyen la acción de protección al consumidor para la garantía legal y la publicidad engañosa y, finalmente, (iii) si el fallador de instancia incurrió en una indebida valoración probatoria o, por el contrario, la ponderación efectuada se encuentra acorde con las reglas de la experiencia y la sana crítica.*

3.1.- Antes de abordar los problemas jurídicos precisados con anterioridad, es menester recabar que la demanda se planteó por dos aspectos principales, el primero por una garantía legal en punto de la construcción de los inmuebles que conforman el Conjunto Cerrado Lombardía y, el segundo, por una publicidad engañosa al no haberse entregado las zonas comunes con las especificaciones ofrecidas en la etapa de preventa de las unidades residenciales que conforman la Copropiedad.

3.2.- En tal sentido, es claro que de acuerdo con lo establecido en los artículos 24 del C.G.P. y 56 de la Ley 1480 de 2011, la competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, está restringida a temas de, efectividad de la garantía, publicidad engañosa, en tanto que el numeral 9º del canon 58 de la ley en cita dispone que: “Al adoptar la decisión definitiva, el Juez de conocimiento o la Superintendencia de Industria y Comercio **resolverá sobre las pretensiones de la forma que considere más justa para las partes según lo probado en el proceso, con plenas facultades para fallar infra, extra y ultrapetita**, y emitirá las órdenes a que haya lugar con indicación de la forma y términos en que se deberán cumplir”.

No obstante, es pertinente aclarar que el entendimiento que se le debe dar a dicho precepto será siempre dentro del marco de sus facultades, *verbi gratia*, si lo pretendido por la demandante fue la efectividad de la garantía, pero se evidencia que existieron cláusulas abusivas en razón de esas especiales facultades puede pronunciarse, empero, sin perder de vista que en todo caso la carga de probar los supuestos de hecho en que su fundamenta sus pretensiones le corresponde a la parte convocante, pues si descuida su obligación la consecuencia lógica será que la decisión que se adopte resulte adversa a sus intereses, en la medida que las facultades para fallar ultra y extra petita solo comprende asuntos que son de su resorte y competencia.

En este contexto, es claro entonces que las acciones de protección al consumidor escapan del principio de congruencia previsto en el artículo 281 del C.G.P., en la medida que el fallador se encuentra facultado para emitir pronunciamiento por fuera de las pretensiones planteadas en libelo introductor, pero eso sí, atendiendo los límites de competencia a él adscritos, de tal modo que no existe ninguna razón jurídica válida que permita colegir de forma inequívoca que en la primera instancia se violentó la figura en comento, como de manera desenfocada lo esgrime el censor.

Protección al consumidor

4.- Al respecto se tiene que la Constitución Colombiana, específicamente en su artículo 78º estableció la expresa protección de los derechos del Consumidor, como un derecho colectivo, según el cual será la ley la encargada de regular el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización tarea desarrollada principalmente por el Decreto 3466 de 1982 y actualmente por la Ley 1480 de 2011, aplicable siempre que no vulnere el contenido esencial del derecho del

consumidor, conformado por aspectos sustanciales, procesales y participativos frente a la administración pública y a los órganos reguladores.

Al punto, oportuno es memorar que la calidad de los bienes y servicios fue definida en el literal f) del decreto 3466 de 1982, así: “El conjunto total de las propiedades, ingredientes o componentes que lo constituyen, determinan, distinguen o individualizan. La calidad incluye la determinación de su nivel o índice de contaminación y de los efectos conocidos que ese nivel de contaminación puede producir”.

Así mismo, el artículo 11 ejusdem contemplaba, en tratándose de la garantía mínima presunta, que: “Se entiende pactada en todos los contratos de compraventa y de prestación de servicios la obligación **a cargo del productor de garantizar plenamente las condiciones de calidad e idoneidad señaladas en el registro o en la licencia correspondiente**...Ante los consumidores, la responsabilidad por la garantía mínima presunta de que trata este artículo, recae directamente en los proveedores o expendedores, sin perjuicio de que éstos puedan, a su turno, exigir el cumplimiento de dicha garantía mínima a sus proveedores o expendedores, sean o no productores” y, en la actualidad la ley 1480 de 2011 en su numeral 5° del artículo 5° definió la garantía como una: “**Obligación temporal, solidaria a cargo del productor y el proveedor, de responder por el buen estado del producto y la conformidad del mismo con las condiciones de idoneidad, calidad y seguridad legalmente exigibles o las ofrecidas. La garantía legal no tendrá contraprestación adicional al precio del producto.**”. (Negrillas fuera del texto)

Posteriormente, el artículo 7° de la ley en comento preceptúa que la: “**Garantía legal. Es la obligación, en los términos de esta ley, a cargo de todo productor y/o proveedor de responder por la calidad, idoneidad, seguridad y el buen estado y funcionamiento de los productos.**” (Negrillas fuera del texto).

Y, en el 11 se puntualizó que: “...**Corresponden a la garantía legal las siguientes obligaciones:**”, entre otras: “1...**reparación totalmente gratuita de los defectos del bien**, así como su transporte, de ser necesario, y el suministro oportuno de los repuestos. **Si el bien no admite reparación, se procederá a su reposición o a la devolución del dinero.** (...) ...5. **Disponer de asistencia técnica para la instalación, mantenimiento de los productos y su utilización, de acuerdo con la naturaleza de estos. La asistencia técnica podrá tener un costo adicional al precio....**”

Se agrega, de una lectura de los artículos 5, 7 y 11 de la norma en cita -Ley1480 de 2011- se colige que la garantía legal no sólo implica la reparación del bien adquirido por el consumidor sino, en caso de que ésta no sea satisfactoria, el cambio del bien por otro o, incluso, la resolución del contrato si por ello se opta dentro del plazo de la garantía.

4.1.- Desde esta perspectiva, se acomete el estudio de la falta de legitimación en la causa por pasiva, con el propósito de

determinar si el juez de primer grado anduvo acertado, o si por el contrario, su pronunciamiento fue desacertado.

4.2.- *La legitimación en la causa es una cuestión propia del derecho sustancial y no del procesal, que atañe a la acción, entendida como pretensión y no a las condiciones para la integración y el desarrollo regular de la litis, cuya ausencia, ya sea en el demandante o en el demandado, conduce forzosamente a un fallo adverso a las pretensiones formuladas en el libelo, porque, como también lo ha sostenido esa alta Corporación es apenas lógico: “...que si se reclama un derecho por quien no es su titular o frente a quien no es llamado a responder, debe denegarse la pretensión del demandante en sentencia que tenga fuerza de cosa juzgada material, a fin de terminar definitivamente ese litigio, en lugar de dejar las puertas abiertas, mediante un fallo inhibitorio para que quien no es titular del derecho insista en reclamarlo indefinidamente, o para que siéndolo lo reclame nuevamente de quien no es persona obligada, haciéndose en esa forma nugatoria la función jurisdiccional cuya característica más destacada es la de ser definitiva...”¹.*

Pertinente es mencionar que frente al pronunciamiento de fondo cuando en el proceso se advierte la ausencia de legitimación en la causa, ha pregonado la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil que:

“Preciso es notar cómo la legitimación en la causa, ha dicho insistentemente la Corte, es cuestión propia del derecho sustancial y no del procesal, por cuanto alude a la pretensión debatida en el litigio y no a los requisitos indispensables para la integración y desarrollo válido de éste. Por eso, su ausencia no constituye impedimento para resolver de fondo la litis, sino motivo para decidirla adversamente, pues ello es lo que se aviene cuando quien reclama un derecho no es titular o cuando lo aduce ante quien no es llamado a contradecirlo, pronunciamiento ese que, por ende, no sólo tiene que ser desestimatorio sino con fuerza de cosa juzgada material para que ponga punto final al debate, distinto de un fallo inhibitorio carente de sentido lógico por cuanto tras apartarse de la validez del proceso siendo éste formalmente puro, conduce a la inconveniente práctica de que quien no es titular del derecho insista en reclamarlo o para que siéndolo en la realidad lo aduzca nuevamente frente a quien no es el llamado a responder.”².

*Concretando su criterio sobre el punto, dicha Corporación hizo la siguiente exposición: “Según concepto de Chiovenda, acogido por la Corte, la legitimatio ad causam consiste en la identidad de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción (**legitimación activa**) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (**legitimación pasiva**). Conviene desde luego advertir, para no caer en el error en que incurrió el Tribunal que cuando el tratadista italiano y la Corte hablan de “acción” no están empleando ese vocablo en el sentido técnico procesal, esto es como el derecho subjetivo público que asiste a toda persona para obtener la aplicación justa de la ley a un caso concreto, y que tiene como sujeto pasivo al Estado, sino como sinónimo de “pretensión”, que se ejercita frente al demandado. Para que esa pretensión*

¹ (G.J. T.CXXXVIII, pág.364-365)

² (Sentencia de agosto 14 de 1995. Expediente 4628. M.P. Nicolás Bechara Simancas)

sea acogida en la sentencia es menester, entre otros requisitos, que se haga valer por la persona en cuyo favor establece la ley sustancial el derecho que se reclama en la demanda, y frente a la persona respecto de la cual ese derecho puede ser reclamado. De donde se sigue que lo concerniente a la legitimación en la causa es cuestión propia del derecho sustancial y no del derecho procesal, razón por la cual su ausencia no constituye impedimento para desatar en el fondo del litigio sino motivo para decidirlo en forma adversa al actor. Si el demandante no es titular del derecho que reclama o el demandado no es persona obligada, el fallo ha de ser adverso a la pretensión de aquél, como acontece cuando reivindica quien no es el dueño o cuando éste demanda a quien no es poseedor.”.

*Ahora bien, de la lectura de los artículos 57 y siguientes de la ley 1480 de 2011, se colige que para reclamar la protección de los derechos del consumidor relacionados con la garantía de bienes y servicios, es necesario, de un lado, acreditar la existencia de una venta referida a ellos, en la que intervengan como partes de ese negocio **un proveedor o expendedor, sea o no el productor** y un consumidor final; y de otro, que se verifique el incumplimiento total o parcial de la garantía legal o de las demás garantías del bien o servicio.*

*El mismo estatuto explica quien se reputa **productor**: “Quien de manera habitual, directa o indirectamente, diseñe, produzca, fabrique, ensamble o importe productos. También se reputa productor, quien diseñe, produzca, fabrique, ensamble, o importe productos sujetos a reglamento técnico o medida sanitaria o fitosanitaria.”, y que por **proveedor o expendedor** se entenderá: “Quien de manera habitual, directa o indirectamente, ofrezca, suministre, distribuya o comercialice productos con o sin ánimo de lucro.”. (Artículo 5º, numerales 9 y 11).*

4.3.- Desde esta perspectiva, al analizar en conjunto las pruebas recaudas al interior de la causa -documentales, interrogatorios y testimonios- es claro para la Sala que existe prueba de confesión proveniente de la parte convocante en el sentido que el Conjunto Cerrado Lombardía fue construido en cuatro etapas, siendo la primera de ellas el conjunto de casas, segundo el edificio Lombardía, el tercero el edificio Barlovento y la cuarta la etapa L que ésta destinada a la venta de lotes.

Así mismo, nótese que el único testimonio que se escuchó fue claro, preciso y contundente al afirmar que la Constructora Ancla S.A.S. tan solo construyó la precitada edificación, en tanto que el urbanizador del dicho proyecto fue la sociedad Equipos y Construcciones S. en C., aspecto este último que coincide con lo expuesto en la contestación de la demanda, en la medida que solamente se aceptó una relación de consumo entre los propietarios que conforman el edificio Barlovento y la sociedad convocada, de ahí que tal como lo concluyó la primer instancia respecto de la construcción de la cancha de tenis, la entrada al conjunto cerrado Lombardía, los taludes, andenes y 12 parqueaderos de la etapa L, no cuenta con legitimación en la causa por pasiva en el entendido que no fue la que se comprometió a efectuar dichas obras, es decir, que la demandada no tiene la condición de proveedor o

fabricante, de tal modo que frente a tales bienes no resulta admisible peticionarse la efectividad de la garantía legal, ni menos aun, la de publicidad engañosa.

4.4.- De lo que viene de anotarse, es claro para la Sala que la demandada solo cuenta con legitimación en la causa para soportar las súplicas de la demanda en punto de los presuntos defectos constructivos que recaen sobre el edificio Barlovento y la supuesta publicidad engañosa en que se incurrió, por lo tanto, se impone confirmar la sentencia en esta temática.

De la reclamación por fallas o deficiencias constructivas

*5.- De entrada, se advierte que conforme a las previsiones del artículo 2.2.2.32.3.4. del Decreto 1074 de 2015 la reclamación por las fallas o deficiencias constructivas en las zonas comunes cuando de propiedades horizontales se trata, como es del caso bajo estudio, recae en cabeza del **administrador designado** en los términos del inciso 1º del artículo 50 de la ley 675 de 2001.*

Así las cosas, ventilándose la situación planteada desde el portal de una propiedad horizontal, imperioso resulta atender a la normatividad que la regula, que surge de la declaración de voluntad de los dueños conforme a lo establecido en la Ley 675 de 2001, cuyo objeto es regular la forma especial de dominio, denominada propiedad horizontal, en la que concurren derechos de propiedad exclusiva sobre bienes privados y derechos de copropiedad sobre el terreno y los demás bienes comunes, con el fin de garantizar la seguridad y la convivencia pacífica en los inmuebles sometidos a ella, así como la función social de la propiedad.

5.1.- Ahora bien, conformada la persona jurídica distinta de los propietarios de los bienes de dominio particular individualmente considerados³, al tenor del artículo 50 de la ley 675 de 2001 la representación legal y su dirección corresponden a un administrador designado por la asamblea general de propietarios, o por un consejo de administración donde existiere, a su turno, en tratándose de edificaciones en construcción o nuevas, como es el caso examinado, el artículo 52 indica que la administración provisional la ejercerá el propietario inicial hasta tanto se elija uno por el órgano competente, o se haya enajenado el equivalente al 51% de las unidades privadas de que se compone la copropiedad, en este último evento, el propietario inicial informara a los nuevos titulares para que se reúnan en asamblea y así nombrar el administrador que lo habría de remplazar, de no ocurrir ello podrá designar uno definitivo y, ello es así ya que la copropiedad una vez constituida no puede quedar acéfala.

³ Art. 32 La propiedad horizontal, una vez constituida legalmente, da origen a una persona jurídica conformada por los propietarios de los bienes de dominio particular. Su objeto será administrar correcta y eficazmente los bienes y servicios comunes, manejar los asuntos de interés común de los propietarios de los bienes privados y cumplir y hacer cumplir la ley y el reglamento de propiedad horizontal”.

Exp. no. 001-2020-76890-01. proceso verbal de protección al consumidor de conjunto cerrado 10 Lombardía contra ancla constructores S.A.S.

Al amparo de lo antes discurredo, realizando una interpretación lógica y sistemática de las normas traídas a colación, es claro para la Sala que la reclamación de que trata el artículo 2.2.2.32.3.4. del Decreto 1074 de 2015 debe realizarla el administrador designado, sin importar si es provisional, definitivo o encargado, ya que la norma no hace distinción alguna, remite a las previsiones del artículo 50 de la ley 675 de 2001, empero, no se puede desconocer que ante la no designación definitiva deben aplicarse las disposiciones pertinentes que regulan la materia, para el caso la de la administración provisional y, es que en caso de la administración a cargo del propietario inicial, ésta no será en causa propia ni a título personal, sino a nombre de la persona jurídica a quien representa, lo que en principio permite sostener que los daños o perjuicios que de su gestión pudieren derivarse serán de cargo del ente moral, salvo cuando se demuestre que su actuar estuvo prevalido de dolo, culpa leve o grave, pues en tal caso responderá a título personal, presumiéndose la acaecida en grado leve cuando incurriere en incumplimiento o extralimitación de sus funciones, así como en desconocimiento de la ley o del reglamento de propiedad horizontal, -art. 50 ejusdem-.

5.2.- Bajo la anterior óptica, la reclamación por defectos o deficiencias constructivas de zonas comunes que consagra el Estatuto del Consumidor y el Decreto 1074 de 2015 es a instancia del administrador de la copropiedad sea provisional, definitivo o encargado, pues en últimas la dirección y control de la misma está a cargo de la persona jurídica o natural que ostenta esa calidad, se itera, una vez constituida no puede quedar acéfala.

Del tipo de daño

6.- Al respecto, debe destacarse que la protección al consumidor prevista en la Ley 1480 de 2011, reglamentada por el Decreto 735 de 2013 en punto de la garantía de bienes inmuebles se divide en dos campos, uno por defectos en los acabados y líneas vitales y, dos, por defectos constructivos –ley 400 de 1997-, éste último que puede comprometer o no la estabilidad de la estructura.

En tal sentido, nótese que en el interrogatorio de parte efectuado a la parte demandante ésta claramente expresó que los defectos constructivos del edificio Barlovento consistían en daños en el el shut de basura, grietas en parqueadero del sótano, así como en la placa del primer piso y la iluminación de la edificación, no obstante, al interior del proceso no se aportó ninguna prueba que evidencie en realidad los defectos endilgados a la misma.

En efecto, nótese que con la demanda se allegaron dos cuadros en Excel elaborados por el ingeniero Pedro Enrique Araque Mecana, contentivos de la estructura de costos, el primero para la cancha de tenis, parqueaderos y andenes, mientras que el segundo, contiene el valor de los arreglos por concepto de estabilización de taludes, sin embargo, como de forma acertada lo concluyó la primera instancia, el mismo no tiene la connotación de dictamen pericial en la medida que no cumple las exigencias previstas en los cánones 226 y 227 del C.G.P. para darle tal reconocimiento. Tampoco se allegaron, fotografías,

Exp. no. 001-2020-76890-01. proceso verbal de protección al consumidor de conjunto cerrado 11 Lombardía contra ancla constructores S.A.S.

videos, estudios de patología, entre otros, que permitan colegir de forma inequívoca los daños objeto de controversia.

Desde esta perspectiva, surge incuestionable que el demandante descuido su deber contenido en el artículo 21 de la Ley 1480 de 2011, que literaliza: “Para determinar la responsabilidad, el afectado deberá demostrar el defecto del bien, la existencia del daño y el nexo causal entre este y aquel.”, entonces, faltando uno de los elementos esenciales de la responsabilidad surge indiscutible que en este caso en particular no puede salir avante la pretensión para la efectividad de la garantía legal, pues se insiste, que la parte demandante no demostró los presuntos daños sufridos en la edificación denominada Barlovento.

Similar situación ocurre con la acción encaminada a que se declare que el demandado incurrió en una publicidad engañosa en la medida que con el libelo no se dio estricto cumplimiento a lo establecido en el literal a) numeral 5º del artículo 58 de esa misma normativa, toda vez que no se aportó la prueba documental contentiva del anuncio acusado de mentiroso y tampoco se indicaron las razones de inconformidad.

7.- Recuérdese que conforme lo establecen el artículo 167 del C.G.P., le correspondía a la parte demandante probar los supuestos fácticos en los cuales fundamenta sus pretensiones, en tanto que la sola afirmación de quien lo alega no es constitutiva de plena prueba del hecho o acto, ya que a nadie le es dado el privilegio de que su mero dicho sea prueba suficiente de lo que afirma, tal como lo ha precisado la H. Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil:

“...es verdad que, con arreglo al principio universal de que **nadie puede hacerse su propia prueba, una decisión no puede fundarse exclusivamente en lo que una de las partes afirma a tono con sus aspiraciones.** Sería desmedido que alguien pretendiese que lo que afirma en un proceso se tenga por verdad, así y todo sea muy acrisolada la solvencia moral que se tenga. De ahí que la Corte Suprema de Justicia haya dicho en un importante número de veces... que ‘es principio general de derecho probatorio y de profundo contenido lógico, que la parte no puede crearse a su favor su propia prueba. Quien afirma un hecho en un proceso tiene la carga procesal de demostrarlo con alguno de los medios que enumera el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil, con cualesquiera formas que sirvan para formar el convencimiento del Juez. Esa carga... que se expresa con el aforismo *onus probandi incumbit actori* no existiría, si al demandante le bastara afirmar el supuesto de hecho de las normas y con eso no más quedar convencido el Juez”⁴.

8.- Mediando el anterior estado de cosas, surge palmario que el funcionario administrativo facultado para ejercer funciones jurisdiccionales no equivocó su decisión al negar las pretensiones de la demanda, como quiera que no obran elementos de juicio que permitan colegir de forma inequívoca que el demandado estaba legitimado para responder por los defectos constructivos que presuntamente presenta el Conjunto Cerrado Lombardía, ya que solo construyó una de las edificaciones que componen el

⁴ Sent. de 12 de febrero de 1980 Cas. Civ. de 9 de noviembre de 1993. G.J. CCXXV, pag. 405

Exp. no. 001-2020-76890-01. proceso verbal de protección al consumidor de conjunto cerrado 12 Lombardía contra ancla constructores S.A.S.

mismo, pero más allá de eso es evidente que los supuestos daños que sufre la misma tampoco está acreditados en la medida que ni siquiera se tiene certeza si los mismos son estructurales o de simples acabados, de ahí que no se incurrió ni en defecto fáctico y sustantivo, pues de una parte las pruebas adosadas al plenario fueron valoradas en conjunto y de acuerdo a la sana crítica. A la par tampoco se evidencia una contradicción entre los fundamentos y la decisión, sumado a que para motivar la determinación se aplicaron las normas que regentan la materia.

Así mismo, infructuoso resultaría haberse ordenado integrar el contradictorio con la persona jurídica Construcciones y Equipos S. en C., de acuerdo con lo previsto en el artículo 61 del C.G.P., pues en todo caso la decisión no hubiese variado, dado que se insiste, aquí no aparece demostrado el daño que es uno de los elementos esenciales de la responsabilidad.

En este mismo horizonte, resulta exótico el argumento de la parte demandante en punto a que aquí resultaba indispensable que se determinara si existió un enriquecimiento sin causa, por varias razones a saber: la primera porque el asunto planteado no tiene esa connotación ya que aquí lo que se buscó desde un inicio fue la efectividad de la garantía legal y la protección por publicidad engañosa; la segunda, porque en todo caso la Delegatura para asuntos Jurisdiccionales no cuenta con competencia para resolver la acción primeramente señalada en la medida que ella esta atribuida a los Jueces Civiles y, la tercera, porque en todo caso ello constituye un hecho nuevo puesto que tan solo fue esgrimido para sustentar la alzada y del cual no tuvo la oportunidad de defenderse la parte convocada.

Finalmente, en punto a que Ancla Construcciones S.A.S. y Construcciones y Equipos S. en C. tienen socios en común resulta irrelevante para este asunto, pues de un lado tal aspecto no está demostrado en el informativo, pero si en gracia de discusión se admitiera lo contrario, ello tampoco resultaría suficiente para declarar responsable a la primera, dado que de conformidad con lo establecido en el inciso 2° del artículo 98 del Código de Comercio, la persona jurídica una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de sus socios individualmente considerados, de ahí que poco o nada interesa dicho alegato en este asunto, en la medida que el llamado a responder es la constructora en su calidad de fabricante.

9- En suma, es evidente que habrá de confirmarse la sentencia proferida en la primera instancia, con la consecuente condena en costas en esta instancia ante la improsperidad de su alzada de acuerdo a lo establecido en el numeral 1° del artículo 365 del C.G.P.

V. DECISION

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

RESUELVE:

1.- CONFIRMAR por las razones plasmadas en esta providencia, la sentencia objeto de censura sentencia dictada en audiencia pública celebrada el veintiuno (21) de julio de dos mil veintiuno (2021), en la Delegatura para asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio.

2.- CONDENAR en costas a la parte demandada, en esta instancia. Tásense.

2.1.- De conformidad con lo previsto en el numeral 3° del artículo 366 del Código General del Proceso, en concordancia con el artículo 5° del AcuerdoPSAA16-10554 de 2016, en la liquidación de costas causadas en segunda instancia, inclúyase como Agencias en Derecho la suma que corresponde a dos salarios mínimos mensuales legales vigente. Para la elaboración de la misma síganse las reglas previstas en dicha norma.

CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE


JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO


ADRIANA AYALA PULGARÍN

Magistrada


MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA
Magistrada

Revisión
Demandante: Diana Marcela Rueda
Demandado: Sandra Patricia López Luna
Exp. 000-2021-01635-00

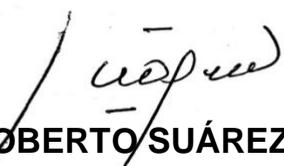
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Bogotá D. C., veintiséis de octubre de dos mil veintiuno

Verificado el informe secretarial que antecede, se requiere a la parte demandante para que inicie y acredite ante esta Corporación el trámite de notificación de la señora Sandra Patricia López Luna, dando estricto cumplimiento a lo previsto en el Artículo 8 del Decreto 806 de 2020, dentro del término de los 30 días siguientes contados a partir de la notificación por estado de esta providencia so pena de aplicar la regla 317.1 de la misma obra, decretando el desistimiento tácito de la actuación.

Por secretaría ofíciase al Juzgado Treinta y Dos Civil Municipal de esta urbe para que agregue al expediente virtual la primera parte de la audiencia de segundo grado, la cual no obra en el repositorio.

Notifíquese,


LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ
Magistrado

**República de Colombia
Rama Judicial**



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

Bogotá D.C., veintiséis (26) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

MAGISTRADO PONENTE : **JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO**
RADICACIÓN : **11001-31-99-001-2018-43547-03**
PROCESO : **VERBAL**
DEMANDANTE : **BR BEAUTY COMERCIO IMPORTACAO Y
EXPORTACAO LTDA.**
DEMANDADO : **M.V.H. INVERSIONES S.A.S.**
ASUNTO : **IMPUGNACIÓN SENTENCIA**

Discutido y aprobado por la Sala en sesión de veintiséis (26) de octubre de dos mil veintiuno (2021), según acta N° 43 de la misma fecha.¹

De conformidad con el artículo 14 del Decreto Legislativo N° 806 de 4 de junio de 2020, decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por las partes, en contra de la sentencia emitida el 21 de septiembre de 2020, por el Grupo de Trabajo de Competencia Desleal y Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, en el asunto del epígrafe.²

I. ANTECEDENTES

1. La entidad demandante acudió a la jurisdicción para que se declare que "(...) **M.V.H. INVERSIONES S.A.S.** (...) *ha incurrido en infracción del derecho de propiedad industrial sobre la marca 'PLÁSTICA DOS FIOS', para identificar productos de la clase 3, de la clasificación internacional de Marcas, (...). Que se ordene a la sociedad demandada (...) cesar el uso inmediato y definitivo de la marca 'PLÁSTICA DOS FIOS' (...)*[así como la comercialización de los

¹ Asunto también discutido en sala del 29 de septiembre y 13 de octubre del año en curso.

² Proceso suspendido entre el 9 de febrero y el 10 de agosto de 2021, de conformidad con los artículos 123 y 124 de la Decisión 500 Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

productos identificados con la nombrada marca] *bajo el apremio de las sanciones legales. (...) Que se [le] imponga a la (...) [pasiva] el retiro inmediato y definitivo, de los círculos comerciales, de los productos resultantes de la infracción, incluyendo material promocional y publicitario, así como páginas web, avisos, material impreso o de publicidad en los que aparezca el signo infractor 'PLÁSTICA DOS FIOS' o cualquier otro signo idéntico o similarmente confundible, para identificar productos de la clase 3 de la Clasificación Internacional de Marcas, de la cual es titular la sociedad demandante, bajo el apremio de las normas legales.*" En consecuencia, a título de indemnización prestablecida, peticionó "(...) *condenar a la [intimada] al pago de los perjuicios causados con ocasión de la infracción de la marca (...) [y p]ara los efectos de la cuantía de los perjuicios pretendidos, solicit[ó] (...) tener en cuenta tanto los parámetros económicos como los criterios jurídicos establecidos en [el artículo 3 de la Ley 1648 de 2013 y el Decreto 2264 del 11 de noviembre de 2014, proferido por el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo].*"

Como *causa petendi* adujo que BR Beauty Cosméticos Comercio Importacao e Exportacao Ltda., comercializa productos para el cuidado del cabello en Brasil y en otros países, incluida Colombia; varios fabricados, directamente y otros maquilados por terceros, a nombre y por encargo suyo, entre esos, los productos de la marca "Plástica Dos Fios", los cuales venían siendo producidos por la sociedad Arévalo Ind. Com Cosméticos imp e Exp. Ltda., y, en la actualidad, por J.W. Industria E Comercio Cosméticos Ltda.

Relató que registró la marca nominativa "Plástica Dos Fios" para distinguir productos de la clase 3 de la clasificación internacional de Niza, según certificado N°443792 vigente hasta el 21 de marzo de 2022, el que le otorga el derecho de uso exclusivo en el territorio colombiano.

Comentó que "Plástica Dos Fios" es distribuido en la actualidad, en forma exclusiva, por Prebel S.A., desde el 1° de enero de 2018; sin embargo, entre el 2014 y el 3 de noviembre de 2017 fue comercializado por M.V.H. Inversiones S.A.S.

Reseñó que, como resultado de una investigación, encontró que la convocada "(...) *comercializaba en Colombia, de manera paralela y simultánea,*

tanto los productos 'PLÁSTICA DOS FIOS' legalmente importados, procedente de la demandante, como productos no originales, indebidamente identificados con la misma marca, usando la misma clase de presentación (envase, tamaño, color, tipo de letra, distribución de elementos, etc., así como contenido alterado (...)).

Indicó que, el 19 de enero de 2018, adquirió un producto identificado como "Plástica Dos Fios" en el establecimiento de comercio de la accionada ubicado en el centro comercial Santafé, el cual no tenía envase original, sello de autenticidad, su número de lote no correspondía al producido por la actora. Aunó que aquélla estaba comercializándolo indebidamente en presentación de 500 ml, tamaño diferente del original que procede de la demandante, utilizando el registro sanitario que corresponde al de 1 litro y enunciando como fabricante a una empresa distinta que no corresponde a su actual maquilador oficial y autorizado.

Trabada la litis, el extremo encartado se opuso a las pretensiones incoadas, formulando como excepciones de mérito las que denominó "*Plástica dos fios' (nominativa en clase 03 es una marca débil cuya función es informar a los consumidores y al público en general acerca de la principal función del producto ofrecido o que ofrecía MVH y del producto ofrecido por BR BEATY*"; "*Plástica dos fios' (nominativa en clase 03 es una marca débil por lo que su registro pretende una afectación al ordenamiento jurídico al ser contraria a la cláusula general de competencia consagrada en el artículo 7 de la Ley 256 de 1996*"; "*Plástica dos fios' es un término carente de distintividad para productos cosméticos para el pelo en la clase 03, por lo que se aplica la excepción del artículo 157 de la Decisión 486*"; "*MVH estaba legitimado para utilizar la expresión 'Plástica Dos Fios'*"; "*Inexistencia de infracción a la marca nominativa 'Plástica Dos Fios'*"; "*Presunción de buena fe*"; y "*Abuso del derecho de acción al actuar de forma temeraria al ejercer acción*".

2. En su oportunidad, M.V.H. Inversiones S.A.S. instauró demanda de reconvención para que se declarara que "*(...) BR BEAUTY incurrió en un acto de competencia desleal complejo y compuesto, violatorio del artículo 7 de la Ley 256 de 1996, al registrar 'PLÁSTICA DOS FIOS', un signo carente de distintividad y necesario como marca, y haberlo utilizado para excluir a un competidor y sacarlo del mercado (...). Como consecuencia (...) se le ordene a BR BEAUTY renunciar al signo 'PLÁSTICA DOS FIOS' (nominativa) en clase 3 de la*

calificación internacional de Niza, con certificado de registro número 443792 y vigente hasta el 21 de marzo de 2022.” En subsidio de la consecucional primera, deprecó que se prohíba a la reconvenida “(...) usar el signo ‘PLÁSTICA DOS FIOS’ (nominativa) en clase 3 de la Calificación de Niza para excluir competidores en el mercado del uso de productos que contengan PLÁSTICA DOS FIOS”.

En soporte de sus aspiraciones aludió que la actividad económica a la que se dedica es el comercio al por mayor de productos farmacéuticos, medicinales, cosméticos y de tocador, la cual inició en el año 2009 con la importación y venta de éstos en las peluquerías de Medellín.

Comentó que BR Beauty le propuso la distribución exclusiva de “‘PLÁSTICA DOS FIOS’ o modelador de cabello o plástica del pelo” lo que se dio desde marzo de 2014; resaltando que “‘PLÁSTICA DOS FIOS’ es una expresión genérica que designa el nombre del producto de cabello o plástica del cabello o del pelo. Tan es así que el contrato de distribución no incorporó una marca una licencia de marca, sino apenas la venta de un producto que correspondía a ese nombre.”

Puso de presente que “(...) la relación comercial entre BR BEAUTY y MVH se dio sin mayores apuros entre 2014 y mediados de 2017. Para junio de 2017 las ventas de los productos que comercializaba MVH de BR BEAUTY significaban el 40% de las ventas totales de MVH. No obstante, para la misma fecha se presentaron quejas de consumidores por la calidad de los productos (...) lo cual se puso en conocimiento de BR BEAUTY y las autoridades competentes”.

Acotó que a pesar de que las ventas fueron incrementales en dicho lapso, el 3 de noviembre de 2017 BR Beauty remitió correo electrónico informándole de la extinción unilateral de la relación comercial, lo que, a su juicio, deviene intempestivo e irregular, sobre todo porque “*hacía muy poco tiempo se había hecho un pedido grande de mercancía, lo cual significaría abastecer la demanda en Colombia por varios meses*”. Añadió que el 16 del mismo mes y año fue enterada de que el nuevo distribuidor de Br Beauty sería la empresa Prebel S. A.

Resaltó que *“BR BEAUTY ha desarrollado una estrategia generalizada basada en proteger signos carentes de distintividad con el propósito de excluir legítima competencia del mercado”*, comportamiento que no solo ha seguido en Colombia sino en otros países con el registro de la expresión *“Plástica Dos Fios”*.

Destacó que, en mayo de 2018, en *“(…) un claro abuso del derecho BR BEAUTY presentó una acción de infracción de derechos de propiedad industrial, acompañado de una solicitud de medidas cautelares (…)[lo que a su juicio], resulta ser un acto de competencia desleal complejo al abusar de su derecho de marca con la solicitud de medidas cautelares y una demanda espuria que no pretende excluir a un tercero del uso de signos idénticos o similares sino de signos que en la práctica son necesarios para la comercialización de los productos respectivos.”*

Enterada de dicho pliego la demandada en reconvención se opuso a las súplicas invocadas, proponiendo como medios de enervación los que intituló *“Prescripción de la acción de competencia desleal en contra del registro de la marca ‘Plástica Dos Fios’”; “Ejercicio legítimo del derecho de uso exclusivo de una marca” y “Abuso del derecho”*.

II. LA SENTENCIA APELADA

Agotado el trámite de rigor, la sentenciadora de primer grado accedió a las aspiraciones demandatorias, tras declarar que la intimada infringió los derechos de propiedad industrial de su contraparte, en relación con la marca nominativa *“PLÁSTICA DOS FIOS”*. En consecuencia, ordenó a la pasiva el cese inmediato de su uso y comercialización, así como el retiro de todos los canales y circuitos de comercialización de productos con el reseñado distintivo. Asimismo, denegó el reconocimiento de la indemnización preestablecida peticionada en el libelo principal, junto a las pretensiones de competencia desleal elevadas en reconvención.

Para arribar a tales conclusiones, la falladora, en torno a la infracción marcaria, luego de tener por acreditada la titularidad del derecho

invocado como vulnerado en cabeza de la demandante y el uso del signo distintivo por la pasiva, durante y con posterioridad a la relación comercial que existió entre los aquí intervinientes; explicó que la distintividad es un asunto materia de debate en el procedimiento registral no susceptible de ventilarse en la acción de marras; por tanto, si la oficina registral concede el derecho, mientras el acto administrativo se encuentre vigente, debe entenderse que la marca registrada goza de distintividad y que, de no ser así, el signo no habría sido registrado. Apuntó que *"(...) en la acción por infracción de derechos de propiedad industrial se parte del hecho de que el demandante es titular de un signo distintivo y el objeto de [la disputa] se centra, básicamente, en el uso no autorizado del signo por parte de terceros, sin que haya lugar, siquiera, a discutir sobre la validez o la corrección del registro (...)";* por lo que, de conformidad con lo establecido en el artículo 238 de la Decisión 486 de 2000, aquí *"(...) se parte de un hecho cierto y es que debe existir el derecho que se pretende proteger, por lo cual no hay espacio para debatir si fue mal concedido, a no gozar, [como se alega] en el presente caso, de una distintividad, pues ese debate, posiblemente, puede ser correspondiente o válido, ya en un escenario de una acción jurisdiccional encaminada a declarar la nulidad del acto administrativo, o ya en el trámite del registro del signo, pero no en el escenario jurisdiccional de esta observancia. Lo anterior deja claro que, al menos mientras se encuentre vigente el acto administrativo que concedió la marca, el signo goza de carácter distintivo y se encuentra legalmente protegido."*

Respecto de la debilidad marcaria, sostuvo que no aparece demostrada en el plenario, ya que *"(...) si bien la demandada es reiterativa en indicar que la expresión 'plástica' significa cirugía capilar, tal significado no resulta probado en el proceso (...) debido a que los dictámenes aportados por la parte demandada (...) se evidenció que la palabra 'plástica' no tiene dicha traducción o significado en el ámbito cosmético, pues en palabras de la perito Alba Lucía Valenzuela, química farmacéutica, no es común la expresión 'plástica dos fios' para identificar productos capilares para el alisamiento del pelo. Y también mencionó que 'plástica' se refiere a la manera como puede actuar el producto. De esa manera, visto que la palabra 'plástica' en el mercado colombiano no se relaciona con la expresión 'cirugía capilar' y, en su lugar, ésta refiere o es utilizada para indicar otros productos aplicables al pelo y también a otras partes del cuerpo, ha de ser considerada como una marca que no es débil, por cuanto ella, al*

incorporar los vocablos 'dos fios' que son fantasiosos no se consideran vocablos de uso común o genéricos que puedan ser monopolizables."

Mencionó que, aunque existe otro concepto técnico "(...) *en el que se indica que la expresión 'plástica' hace referencia a cirugía capilar, dicho dictamen no fue realizado en un público consumidor en general, sino únicamente en el sector de los comerciantes de productos de belleza y en la ciudad de Medellín, circunstancias que no permiten dar por cierto que dicha expresión es común para un público consumidor en general y mucho menos en el territorio colombiano como lo indicó la parte demandada*".

Al abordar los presupuestos configurativos de la infracción denunciada, adujo que del cotejo del signo registrado y el usado por la encausada "(...) *se establece identidad entre los mismos, pues el producto de 500 mililitros y el de un litro, que fueron comercializados con posterioridad a la terminación [de la relación contractual], reproducen en su totalidad la marca denominativa registrada por la demandante, sin que se evidencie una sola diferencia. Así las cosas, basta con señalar que en su aspecto fonético y ortográfico las marcas son idénticas, pues, tal como lo afirmó la demandada, se solicitó a un tercero la fabricación de botellas del producto y marca de la demandante en presentación de 500 ml requiriendo que fueran idénticas a las del producto de la demandante, obteniendo en este mismo sentido la reproducción exacta de su marca denominativa*"; acaecimiento que, al revelar el uso desautorizado del signo distintivo, por cuanto no se acreditó que hubiere estado licenciada la convocada para la elaboración de la presentación de 500 ml, el riesgo de confusión es latente, y, por ende, el derecho de la actora lo encontró vulnerado.

La indemnización preestablecida reclamada la negó por no encontrar demostrada la pérdida sufrida -en sus modalidades de daño emergente y lucro cesante-, así como tampoco la mala fe de la intimada; precisando que si bien esta clase de resarcimiento viabiliza el reconocimiento, aunque no se pruebe la cuantía del menoscabo, sí exige la demostración de su causación.

La acción de competencia desleal instaurada en reconvención, basada en la causal contenida en el artículo 7º de la Ley 256 de 1996, la

denegó, tras considerar que "(...) la administración realiza un examen de registrabilidad y por medio de un acto administrativo (...) se concede o se niega un registro marcario no es este el despacho el competente para considerar la carencia de distintividad de una marca legalmente registrada [, por lo que] lo actos administrativos se presumen legales, y en ese orden de ideas encontrándose en firme la decisión por medio de la cual esta misma entidad le otorgó un derecho de propiedad industrial al demandado [en reconvención] mal haría en sede jurisdiccional pronunciarse sobre aspectos que ya fueron decididos en su momento (...). Dicho de otro modo, presumiéndose la legalidad del acto administrativo la marca 'plástica dos fios' al ser concedida a su actuar titular y otorgar derechos de exclusiva entre los que se encuentra impedir a terceros el uso desautorizado de la marca (...) no se entiende como puede ser constitutivo de un acto de competencia desleal acudir a la autoridad competente para registrar un signo y que dicho registro o solicitud de registro implique una exclusión del mercado, la cual, incluso, no se encuentra probada".

Resaltó que el hecho de "(...) acudir a la administración de justicia para defender los derechos de propiedad industrial previamente otorgados a la demandante (...) no significa que dicha actuación tenga la finalidad de excluir un competidor del mercado; contrario a ello, lo que busca válidamente el titular de la marca es que se dé cumplimiento a lo dispuesto en la decisión 486 de 2000 y demás normas concordantes, las que garantizan al ciudadano (...) la protección de sus prerrogativas; amén de que los aquí enfrentados no son competidores, si en cuenta se tiene que uno era el productor y el otro distribuidor, por lo que no puede predicarse la exclusión de un competidor, y menos cuando la demandante en reconvención está en el mercado comercializando otras marcas.

III. LAS APELACIONES

1. Inconforme con tal determinación, por intermedio del recurso de apelación, M.V.H. Inversiones S.A.S. resistió la sentencia proferida, aduciendo que: **i)** no hay prueba de la comercialización del producto; **ii)** el re-embalado no se analizó a la luz de teoría de los actos propios, pues de buena fe, al autorizarse el envase del producto en la presentación de 60 ml, entonces, estaba licenciado por BR Beauty para sacar al mercado la presentación de 500 ml; **iii)** no hubo confusión, era el mismo producto el

contenido en la presentación del 500 ml; **iv)** la debilidad de la marca está acreditada en el proceso; **v)** no se tuvo en cuenta que el público del producto son las peluquerías y que la expresión "plástica dos fios" no está protegida en Brasil; **vi)** no hubo pronunciamiento sobre la comercialización del inventario legítimo adquirido.

En la oportunidad de que trata el inciso 2º de la regla 3ª del canon 322 del C. G. del P., la encartada precisó los reparos elevados, aduciendo que la falladora: **i)** "(...) no concretó el derecho supuestamente infringido y no tuvo en cuenta la ausencia de riesgo de confusión, con ocasión a la falta de distintividad del signo y a su carácter débil"; **ii)** "(...) no tuvo en cuenta que el consumidor de los productos involucrados era especializado"; **iii)** "(...) no tuvo en cuenta que existió falta de prueba en relación con la identidad entre el producto comercializado por MVH y el aportado por BR BEAUTY al proceso como prueba de la infracción"; **iv)** "(...) no tuvo en cuenta que el uso se encontraba amparado por lo dispuesto en el artículo 157 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina y el hecho de que el re-embasado era una práctica común y aprobada entre las partes"; **v)** "(...) no tuvo en cuenta que no se demostró la supuesta falsificación por parte de MVH y que el uso se encontraba amparado por lo dispuesto en el artículo 158 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina"; **vi)** "(...) extendió el derecho de la marca más allá de lo dispuesto en el artículo 158 de la Decisión 486, ya que con la orden amplísima, que se negó a aclarar, de impedir el uso de la expresión 'PLÁSTICA DOS FIOS' incluso del producto legítimamente adquirido, extendió el derecho sobre la marca, incluso, por fuera de los límites del artículo mencionado"; **vii)** "(...) no tiene en cuenta que se trata de un acto de competencia desleal compuesto, ni los elementos materiales probatorios que acreditaban la ocurrencia de un acto de competencia desleal"; **viii)** "Desconocimiento del precedente"; **ix)** "Indebida motivación de la sentencia, pues (...) no menciona que pruebas decretadas y practicadas en el litigio dieron origen a la sentencia"; **x)** "(...) no tuvo en cuenta la conducta de la contraparte, ni la confesión ficta producto de la indebida contestación de la demanda".

2. A su turno, el mandatario judicial de BR Beauty discrepó de la denegatoria a los perjuicios peticionados, por cuanto, en su opinión, éstos sí se encuentran demostrados en el informativo, al igual que la mala fe de su contraparte; argumentaciones en las que ahondó en la etapa de que trata el inciso 2º de la regla 3ª del canon 322, *ejusdem*, destacando

que "(...) los ingresos que la demanda[da] percibió por dicha comercialización ilegal, así como las utilidades que mi representada dejó de percibir por la citada comercialización ilegal que adelantó la demanda, constituyen lucro cesante (...)", y, considerando que la activante se acogió a la figura de la indemnización preestablecida consagrada en el Decreto 2264 de 2014, no es necesario probar la cuantía del daño irrogado, la cual "no puede ser inferior al tope máximo establecido para casos de mala fe", aspecto que reitera estar demostrado en las diligencias.

3. En la fase procedimental regida por del artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el extremo convocado sustentó la alzada, profundizando en cada uno de los puntuales reparos manifestados ante la delegatura de primer grado, así como en los cuestionamientos que fueron resueltos por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, los que, a su juicio, respaldan el carácter débil de la marca "plástica dos fios" y la no modificación del producto, al tratarse del "(...) mismo contenido, la misma marca y el mismo envase que se había utilizado en otras oportunidades para ser re- envasado." Sin que pueda considerarse que hubo alteración si el titular de la marca previamente había autorizado el "re-ensado del producto".

4. Por su parte, BR Beauty Cosméticos Comercio Importacao e Exportacao Ltda. siguió el sendero impugnativo trazado en la exposición de reparos, esgrimiendo que tanto la causación del perjuicio, en su modalidad de lucro cesante, como la mala fe de su extremo contradictor se hallan probados en el proceso. De ahí que, en el marco de la indemnización preestablecida consagrada en el Decreto 2264 de 2014, tal reconocimiento se abre paso al no ser necesaria la acreditación de su cuantía.

CONSIDERACIONES

1. De manera preliminar, debe precisarse que esta Sala se circunscribirá a examinar, exclusivamente, los motivos de desacuerdo demarcados por los extremos impugnantes, acatando los lineamientos del inciso 1º de los cánones 320 y 328 del Código General del Proceso.

2. Arribando al *sub examine* se observa que la falladora de primer orden accedió a las pretensiones concernientes a la violación marcaria; denegó lo relativo al reconocimiento de la indemnización preestablecida peticionada y las reclamaciones de competencia desleal elevadas en reconvención, sosteniendo, en síntesis, que la infracción denunciada tiene lugar, al hallarse determinado el derecho de la demandante, el uso desautorizado del distintivo por la pasiva con la fabricación de la presentación de 500 ml del producto "*plástica dos fios*", la identidad entre el signo registrado y el manejado por la encartada, así como el riesgo de confusión. Frente a la distintividad, reseñó que es un asunto no susceptible de ventilarse en la acción de marras y comoquiera que el registro se encuentra vigente, el signo goza de dicho atributo. La debilidad marcaria la descartó, al no estar acreditado que, en el mercado colombiano, la expresión '*plástica*' signifique '*cirugía capilar*'. Además, descolló que al incorporar los vocablos '*dos fios*' -los que calificó de "*fantasiosos*"- éstos no se aprecian genéricos que puedan ser monopolizables. La indemnización preestablecida la denegó, ante la orfandad comprobatoria de la pérdida sufrida y la mala fe de la intimada; apuntalando, además, que, aunque el referido resarcimiento tiene lugar sin la acreditación de su cuantía, sí es menester probar la causación del daño. Finalmente, la acción de competencia desleal, basada en el artículo 7º de la Ley 256 de 1996, la desechó porque no entendió como el registro de la marca y el hecho de acudir a la administración de justicia pudiera tener la finalidad de excluir a la reconviniendo del mercado, lo que tampoco atisbó demostrado. Al cerrar, indicó que los aquí antagonistas no son competidores, ya que uno funge como productor y el otro como distribuidor, motivo que respalda el no predicamento del denunciado propósito supresor del mercado, y menos cuando la concurrencia de M.V.H. se actualiza comercializando otras marcas.

Tales argumentaciones motivacionales fueron resistidas por la sociedad encausada, refutando, *grosso modo*, que: **i)** no se concretó el derecho supuestamente contravenido; **ii)** el riesgo de confusión se inobserva, ante la falta de distintividad del signo y a su carácter débil; **iii)** se pretermitió que el consumidor de los productos involucrados era especializado; **iv)** no se acreditó la identidad entre el producto

comercializado por MVH y el aportado por BR Beauty, como prueba de la infracción; **v)** el re-embalado era una práctica consentida entre las partes, por lo que se encontraba amparada por las previsiones del canon 157 de la Decisión 486 de 2000; **vi)** no se demostró la falsificación denunciada y su uso estaba justificado en lo dispuesto en el artículo 158, *ídem*; **vii)** el resguardo de la marca fue extendido más allá de lo consagrado en el artículo 158, *ibidem*, tras impedir el uso de la expresión 'PLÁSTICA DOS FIOS' incluso, respecto del producto legítimamente adquirido; **viii)** en la actuación se encuentra evidenciado el acto de competencia desleal invocado en la demanda de reconvención; **ix)** la falladora desconoció su propio precedente; **x)** se incurrió en una indebida motivación de la sentencia por ausencia de mención de las pruebas decretadas y practicadas en este juicio; sin que tampoco fuere apreciada la conducta de la contraparte, ni la confesión ficta producto de la indebida contestación de la demanda.

Igualmente, BR Beauty censuró la decisión proferida respecto de la negativa al reconocimiento de la indemnización preestablecida, dado que, a su parecer, se encuentra debidamente demostrado el daño ocasionado en la modalidad de lucro cesante y la mala fe de M.V.H. Inversiones S.A.S.

3. Atinente al tema debatido y en atención a la solicitud elevada por esta Sala de Decisión con Oficio N° C-092 del 24° de febrero del año que avanza, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en Interpretación Prejudicial 33-IP-2021 de 21 de junio del año en curso, se pronunció sobre los artículos 154, 155, 156, 157, 241 (literal b) y 243 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, la cual será tenida en cuenta para solución de la presente disputa judicial.

4. Delimitado como quedó la médula impugnativa en el juicio de la referencia, en lo atañedor a la protección marcaria formulada por BR Beauty Comercio Importacao y Exportacao Ltda., huelga memorar que el titular de signos distintivos, ante la indebida utilización de los mismos, por parte de un tercero, cuenta con varios instrumentos legales de protección para prevenir y sancionar los comportamientos transgresores de sus

derechos.³ Entre esos mecanismos está prevista la acción por infracción de derechos de propiedad industrial, regulada en el título XV de la Decisión 486, acerca de la cual el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, señaló que “(...) además que los derechos de exclusión en referencia ‘pueden subsumirse en la facultad del titular del registro marcario para ‘impedir’ determinados actos en relación con el signo, o, en definitiva, para ejecutar las acciones del caso frente a terceros que utilicen en el tráfico económico y sin su consentimiento un signo idéntico o semejante, cuando dicha identidad o similitud sea susceptible de inducir al público a confusión’ (Sentencia dictada en el expediente N° 69-IP-2000, del 6 de julio de 2001, publicada en la G.O.A.C. N° 690, del 23 de julio del mismo año). Por tanto, ‘La finalidad que persiguen las acciones derivadas del ius prohibendi está dirigida a evitar que el doble uso de una marca idéntica o similar introduzca confusión en el mercado’, lo que presupone la existencia de actos demostrativos del uso confundible del signo. La exigencia de este uso viene dada ‘de una parte, por la necesidad de defender a los consumidores quienes ante la presencia de dos marcas idénticas o similares en el mercado ven afectada su capacidad de selección como demandantes de bienes y servicios, y de otra, por la posibilidad de confusión fundada en la defensa de los empresarios quienes como primeros oferentes del producto están interesados en que se establezca la identidad de este producto con el fabricante, a fin de informar sobre la calidad del mismo, su origen y las características especiales que posee (...) La presencia efectiva de por lo menos dos marcas que se comercializan en un mismo mercado, es elemento fundamental para que se produzca la confusión. (...) allí donde no hay posibilidad de comparación entre dos objetos, tampoco habrá posibilidad de confusión’.” (Sentencia dictada en el expediente N° 11-IP-96, del 29 de agosto de 1997, publicada en la G.O.A.C. N° 299, del 17 de octubre del mismo año, caso “BELMONT”).⁴

4. En ese contexto dialéctico y conceptual, esta Colegiatura se aprestará a verificar si en el caso de marras se halla demostrada la utilización no autorizada de la marca “plástica dos fios”, cuya titularidad reposa sobre la empresa convocante, según se constata con la certificación visible a folio 345 de la encuadernación principal, y si con dicho acto se indujo al público a confusión.

³ Ascarelli, Tulio. *Op. Cit.* Págs. 204 y ss.

⁴ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 129-IP-2013.

4.1. Para empezar, la norma andina, en su precepto 186, establece que “[s]e entenderá que una marca se encuentra en uso cuando los productos o servicios que ella distingue han sido puestos en el comercio o se encuentran disponibles en el mercado bajo esa marca, en la cantidad y del modo que normalmente corresponde, teniendo en cuenta la naturaleza de los productos o servicios y las modalidades bajo las cuales se efectúa su comercialización en el mercado”; premisas que aplicadas al asunto en concreto, y teniendo de presente el caudal probatorio recopilado en el proceso, permiten fácilmente desgajar que M.V.H. Inversiones S.A.S., mediante el ofrecimiento y venta de productos de la línea “Plástica dos fios”, usó dicho distintivo con posterioridad a la culminación del vínculo comercial que existió entre los aquí enfrentados;⁵ aprovechamiento susceptible de comprobación con los registros fotográficos y de video que el abogado de la enjuiciada allegó al expediente, a fin de hacer constar el cumplimiento de la cautela decretada por la Superintendencia de Industria y Comercio, imágenes y reproducciones fílmicas que muestran la utilización del signo de marras.⁶ Acaecimiento respaldado, igualmente, con la declaración juramentada de Juan Carlos Chica, fechada del 25 de agosto de 2018, quien dijo fungir como director administrativo de la querellada, y, por ocasión de la referida disposición judicial, anotó que, “(...) al día de hoy no exist[e] ni una unidad denominada PLÁSTICA DOS FIOS a la venta en ninguno de los puntos de venta pertenecientes a MVH INVERSIONES (...) se ha retirado todo tipo de publicidad en la que se utiliza PLÁSTICA DOS FIOS de las páginas web, redes sociales, avisos y material impreso (...)”;⁷ persona que, también, al interior de la actuación en ciernes, ratificó su dicho al testimoniar que la pasiva continuó con la venta del stock del producto “plástica dos fios” hasta la fecha de la orden impuesta por la delegatura de cognición,⁸ versión que acompasa, igualmente, con los dichos de Nelson Enrique Gil Vélez, quien se pronunció en el mismo sentido.⁹

4.2. En lo que atañe al empleo desautorizado de la marca, huelga acotar que el órgano supranacional de la comunidad andina, en la

⁵ Según las documentales obrantes a folios 833 a 845 del PDF del cuaderno principal, la referida extinción contractual se dio el 3 de noviembre de 2017, con efectos respecto de la distribución exclusiva del producto a partir del 1º de enero de 2018.

⁶ La orden judicial consistió en el cese del uso inmediato de la expresión “PLÁSTICA DOS FIOS”, su retiro de la página web, redes sociales, avisos y material impreso o de publicidad.

⁷ Folios 833 a 845 del PDF del cuaderno principal.

⁸ Minuto 17:40 a 46:16, audiencia celebrada el 5 de agosto de 2020.

⁹ Minuto 01:39: a 11:58, audiencia celebrada el 11 de agosto de 2020.

interpretación prejudicial N° IP-33-2021 -solicitada para la presente controversia-, al dilucidar sobre el literal a) del artículo 155 de la Decisión 486 de 2000, planteó tres supuestos para la configuración de la violación allí contemplada: "**Supuesto I:** aplicar o colocar la marca o un signo distintivo idéntico o semejante sobre productos para los cuales se ha registrado la marca. **Supuesto II:** aplicar o colocar la marca o un signo distintivo idéntico o semejante sobre productos vinculados a los servicios para los cuales se ha registrado. **Supuesto III:** aplicar o colocar la marca o un signo distintivo idéntico o semejante sobre los envases, envolturas, embalajes o acondicionamientos de tales productos" (Subrayado propio); infracción sobre la cual reveló que "(...) se entiende por acondicionamiento la forma como los productos son empaquetados, transportados, asegurados, protegidos, o expuestos para su venta o la forma de arreglar o preparar un producto para su comercialización. Así acondicionamiento es un término tan amplio que abarca diferentes acciones, incluyendo (...) el modo de envasarlos y la forma de ofertarlos o exponerlos al público consumidor (...). Posiblemente el acto emblemático del derecho exclusivo sobre la marca se encuentra constituido por la posibilidad del titular de la marca registrada de impedir a cualquier tercero utilizar un signo idéntico o similar en grado de confusión para distinguir productos iguales o relacionados con los cubiertos por la marca registrada, sin que medie su consentimiento."

4.3. En ese contexto, en el *sub judice*, la infracción denunciada se avista demostrada, ante la estructuración de los eventos I y III, esbozados por el Tribunal Andino, habida consideración que, sin el consentimiento de la titular del derecho, la encausada acondicionó una presentación diferente a la utilizada originariamente para comercializar "Plástica dos fios" y puso el signo distintivo de la pretensora sobre un envase de 500 ml, que no había sido manejado por la actora, ofreciendo en este tamaño el producto para el cual había sido registrada la marca.

A fin de apoyar lo descrito en precedencia, incumbe llamar la atención en que Marcela Villa Hoyos, representante legal de M.V.H. Inversiones S.A.S., en su interrogatorio de parte, confesó que la presentación de 500 ml había sido desarrollada por ella, debido a la "terminación abrupta" de la relación contractual que tenía con BR Beauty, y con el propósito de "**salir del remanente del producto**", última aseveración coincidente con lo informado por el testigo Nelson Enrique Gil Vélez, quien,

además de precisar que ocupaba el cargo de director comercial de la convocada, acotó que, a la terminación del vínculo, tenían stock para unos meses y como alternativas para agotar tales existencias realizaron ofertas y re-ensasaron una parte de éstas, en volúmenes más pequeños, actuar que cesó con la medida cautelar.¹⁰

Si las cosas acontecieron de ese modo, refulge patente que el envasado del producto en dimensión de 500 ml fue obra de la enjuiciada para deshacerse del inventario que tenía para la data en que se culminaron los lazos negociales con la activante, el cual no se otea probado que haya sido consentido por ésta; resultando contradictorio que Villa Hoyos hubiere insinuado que sí obtuvo permiso para dicha labor, cuando para la época en que inició su producción, la relación con la BR Beauty ya se encontraba resquebrajada. Es más, tampoco aparece demostrado algún acontecimiento o circunstancia de la que pueda inferirse la anuencia de la demandante para que M.V.H. sacara al mercado "*plástica dos fios*" de medio litro. Además, analizando holísticamente estas declaraciones junto a la comunicación adiada del 16 de noviembre de 2017, descuella que, respecto del "(...) destino de los productos remanentes de las marcas *Plástica dos Fios* y *Cadiveu*", ésta sólo informó que "(...) ser[ían] vendidos al público al precio de venta de mercado en aras de no causar con ello un perjuicio de cualquier índole a las marcas", sin que tocara el tema de la fabricación de la citada presentación como estrategia para dar salida al remanente que le quedada del producto; proscenio comprobatorio que, sumado a la falta de explicación de cómo -a pesar del declive del vínculo comercial-, logró tal autorización y en qué momento sucedió, deja en entredicho el supuesto licenciamiento por la demandante para comercializar "*plástica Dos fios*" en el nuevo empaque de 500 ml.

Ahora, no puede perderse de vista que la intimada, al dar contestación de los hechos noveno, décimo cuarto y décimo quinto del libelo introductor, afirmó "(...) que se re-ensasó el producto de 1L en 500 ml, para facilitar la rápida salida del inventario, (...) [que] era una práctica recurrente y aceptada por Br. Beauty que MVH utilizara unos envases que no fueran con los

¹⁰ Minuto 01:39:45 a 11:58:00 audiencia del 11 de agosto de 2020.

que se enviara el producto con la marca 'PLÁSTICA DOS FIOS';¹¹ que pese a que el "(...) el envase de 'PLÁSTICA DOS FIOS' no corresponde al originalmente enviado por BR BEAUTY, no es cierto que fuera una comercialización, por parte de MVH, prohibida u oculta. (...) Por tanto era completamente normal que se ha publicitado por MVH en medios masivos de difusión como Facebook, Instagram o cualquier otro";¹² y que "(...) conforme a la práctica y la costumbre de la relación comercial envasó los remanentes en recipientes de 500 ml con el propósito de venderlos a un precio menor; dicha actividad estaba autorizada (...). Adicional al re-envase, MVH publicó en redes sociales, como se evidencia en las imágenes que trae a colación el demandante, que estaban agotando inventario".¹³ Sin embargo, analizando las glosadas manifestaciones en forma holística con los elementos de convicción arriba enunciados, a la luz de lo decantado en el artículo 193 del C. G. del P., lo único que puede tenerse por verídico es el acto de re-ensado, que el recipiente de 500 ml no correspondía al enviado originalmente por la accionante y que dicha presentación fue ofrecida y comercializada por la accionada, evidencias que resultan insuficientes para asegurar que tal comportamiento era una "práctica recurrente y aceptada por BR BEAUTY", dado que esta aseveración carece de sólido apoyo suasorio en el plenario.

Y no se diga que por el simple hecho de que en el informativo se halle acreditado la aquiescencia para la fabricación de la presentación de 60 ml, de lo cual no hay duda por encontrar asiento persuasivo en la declaración de Anteo Maximiliano Pontoni,¹⁴ representante de BR Beauty, la testimonial de Marcelo Corsinni¹⁵ y los dichos de Marcela Villa, -únicos relatos que, de manera clara y coincidente, dieron razón de ese hecho- ello, en puridad, no podría comportar una conducta habitual susceptible de interpretarse como un consentimiento generalizado, que, al abrigo de la aplicación del principio de confianza legítima,¹⁶ pudiera predicar un asentimiento del ente actor para la comercialización del producto en cualquier tamaño y especialmente en el de 500 ml, debido a que, de la

¹¹ Folios 1062 y 1063, *ídem*.

¹² Folios 1067 y 1068, *ibidem*

¹³ Folio 1067, cit.

¹⁴ Minuto 20:20, en delante, de la audiencia celebrada el 4 de agosto de 2020.

¹⁵ Minuto 33:00 a 01:39:00 audiencia del 11 de agosto de 2020.

¹⁶ La Corte Constitucional en fallo T 618 de 2000, apoyada en la jurisprudencia foránea explicó que el acto propio requiere tres condiciones para que pueda ser aplicado, las cuales son; "(...) a. Una conducta jurídicamente anterior, relevante y eficaz. b. El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona o centros de interés que crea la situación litigiosa, debido a la contradicción -atentatorio de la buena fe- existente entre ambas conductas. c. La identidad del sujeto o centros de interés que se vinculan en ambas conductas."

realidad objetiva develada de las diligencias, no es posible pregonar que este tipo de aprobaciones fuera usual entre las aquí enfrentadas, pues se itera, solo aparece demostrado que dicha anuencia se dio en una ocasión para la fabricación de la presentación de 60 ml, eventualidad que resulta insuficiente para pretextar la conducta de M.V.H. Inversiones S.A.S. bajo los apremios de teoría del acto propio, porque, según las declaraciones recepcionadas, a la encausada inicialmente se le autorizó la fabricación de los mentados mililitros, pero después fue la misma demandante, quien, tomando en cuenta la solicitud de su distribuidora –aquí demandada- y el éxito de la venta en esta versión, aquella produjo el volumen de 60 ml; conclusiones de las cuales se deriva, con entera certitud, la configuración de la infracción de los derechos de propiedad industrial que ostenta la querellante sobre la marca "*Plástica Dos fios*", al utilizarse su marca sobre un envase cuyo tamaño no contaba con su previa permisión, exponiendo al consumidor a confusión con el ofrecimiento y publicitación de una presentación no proveniente del titular de la marca.

4.4. Otro de los ataques elevados frente a la decisión de primer grado fue el no haberse concretado el derecho vulnerado, y como la marca de la querellante es nominativa, cuya protección no es ilimitada, sus diferencias de empaque o apariencia en su presentación no son susceptibles de resguardo; argumentaciones que, en criterio de esta Corporación, caen al vacío, si en mente se tiene que el acto reprochado a la enjuiciada en esta oportunidad es el consagrado en el literal a) del artículo 155 de la Decisión 486 de 2000, al encontrarse comprobada la utilización de la marca sobre envases de 500 ml del producto "*plástica Dos fios*" sin previa autorización de la titular del distintivo, como en párrafos precedentes pudo refrendarse.

4.5. Del mismo modo, censuró la recurrente que: **a)** los productos cotejados carecen de identidad; **b)** no se explicó cómo se llegó a la conclusión de que éstos fueron comercializados por la encartada; **c)** no hay video de la compra realizada el 18 de enero del producto de un litro; **d)** el video efectuado el 12 de marzo adolece de inconsistencias, frente a la fecha de realización; **e)** el producto enunciado en la factura de venta no

corresponde a uno de la marca "*plástica dos fios*"; y **d)** no se cumplió con la cadena de custodia en relación con éstos; embates que, luego de su constatación con los diferentes medios de persuasión arrimados al proceso, se colige que no tienen la aptitud para derruir el fallo emitido, por cuanto del examen conjunto de los elementos de juicio antes aludidos, es factible determinar que el producto en tamaño de 500 y 1000 mililitros fueron adquiridos en una de las tiendas de la demandada. Al respecto, fíjese que a pesar de que la fecha que aparece en el rótulo del video alude al año 2012, lo cierto es que la persona que realiza la grabación indicó, a viva voz, que la data es "*12 de marzo*", la cual coincide con el día de expedición de la factura. Asimismo, no hay duda de que en el referido documento se menciona como producto vendido "*cadiveu sellado térmic*"; no obstante, si se tienen en cuenta los videos aportados por el demandante, es posible establecer que el producto adquirido fue "*plástica dos fios*" de 500 ml, cuyo valor enunciado aparece la suma de \$180.000,00, el cual concuerda con el precio y la presentación de 500 ml ofertada a través de la publicidad colgada en la página web de la pasiva.¹⁷

Por consiguiente, como en el presente asunto la infracción que se encontró demostrada versó sobre el empleo de la marca "*Plástica dos fios*" en el envase de 500 ml, los cuestionamientos que pudieren confrontarse en relación con la adquisición del producto en presentación de un litro y su aparente cadena de custodia defectuosa, no consiguen desdeír de la conclusión a la que llegó la funcionaria *a quo*, así como este Tribunal, pues lo cierto es que de la confrontación de los productos arrimados por la actora, con la acreditada fabricación de la presentación de 500 ml, fácilmente se divisa la utilización indebida del signo "*plástica dos fios*", por parte de M.V.H. Inversiones S.A.S.; situación que deja al descubierto la indiscutible semejanza desde una perspectiva visual, fonética y ortográfica, fácilmente confundible por los consumidores, luego de un primer impacto o impresión de conjunto.

4.6. El extremo inconforme también confutó el fallo emitido, porque, en su criterio, la utilización de la marca "*plástica dos fios*" -cuyo

¹⁷ Folio 378 y 381 del cuaderno principal.

propósito fue el de vender el stock del producto que la convocada tenía en su poder al momento de la terminación de la relación comercial con BR. Beauty- está amparada bajo las excepciones contempladas en los artículos 157 y 158 de la Decisión 486 de 2000, aserciones de las que se anticipa su esterilidad, como a continuación pasa a verse:

La interpretación prejudicial emitida, en su numeral 3.5., enseña que para la operancia de la limitación de no impedir el uso de una marca, el tercero que lo realice debe cumplir con los siguientes requisitos: "a) *Que lo haga de buena fe; b) Que no constituya uso a título de marca; c) **Que tal uso se limite a propósitos de identificación o de información** y d) *Que no sea capaz de inducir al público a confusión sobre la procedencia de los productos o servicios*" (negrillas fuera del texto); premisas que aplicadas al asunto bajo escrutinio ponen de relieve que el uso del signo, por parte de M.V.H. Inversiones S.A.S., no se circunscribió a identificar o dar información, sino que consistió en el re-envase del producto en una presentación de 500 ml, la cual no había sido manejada ni autorizada por la demandante; de ahí que no pueda configurarse el eximente de no uso contemplado en la citada normativa.*

El mismo sendero desestimatorio se observa del reparo basado en la utilización del distintivo bajo los apremios del artículo 158 de la Decisión 486, pues dicho supuesto normativo surge "(...) **siempre y cuando el producto o su envase no hubieren sufrido modificación, alteración o deterioro** (...)", eventualidad que no se dio en el *sub lite*, dado que -según el propio dicho de la representante legal de la pasiva- ésta procedió a la transformación del producto de "*plástica dos fios*", que venía en la presentación de un litro, al re-ensarlo en tamaño de 500 ml, para aligerar la salida del remanente que le quedaba a la terminación del contrato de distribución ajustado con la pretensora de este juicio, circunstancia que, irrefragablemente, se opone a tener por justificado el comportamiento de M.V.H. Inversiones S.A.S., a la luz de la prenotada disposición legal.

4.7. De cara al abordaje del reproche edificado en la ausencia de riesgo de confusión por carencia de distintividad y carácter débil de la

marca "plástica dos fios", esta Colegiatura debe hacer las siguientes reflexiones:

4.7.1. El Tribunal Andino, frente al requisito de la Distintividad de que trata el artículo 135 de la Decisión 486 de 2000, instruyó que "[l]os signos descriptivos son aquellos que informan exclusivamente sobre las características o propiedades de los productos, tales como calidad, cantidad, funciones, ingredientes, tamaño, valor, destino, etc. La denominación descriptiva responde a la formulación de la pregunta ¿cómo es? en relación con el producto o servicio por el cual se indaga, pues la misma precisamente se contesta con la expresión adecuada a sus características, cualidades o propiedades según se trate. (...) Como se desprende de esta disposición, no es registrable un signo conformado exclusivamente por designaciones o indicaciones descriptivas. Sin embargo, los signos compuestos conformados por uno o más vocablos descriptivos tienen la posibilidad de ser registrados siempre que se formen un conjunto lo suficientemente distintivo. El titular de un signo con dichas características no puede impedir la utilización del elemento descriptivo y, por tanto, su marca sería considerada débil."

4.7.2. Asimismo, sobre el literal f) del canon 135, *ejusdem*, explicó que "(...) una expresión genérica puede identificarse al formularse la pregunta ¿qué es? en relación con el producto o servicio designado se responde empleando la denominación genérica (...). (...) un término es genérico cuando es necesario utilizarlo en alguna forma para señalar el producto o servicio que desea proteger o cuando por sí solo pueda servir para identificarlo. Sin embargo, una expresión genérica respecto de unos productos o servicios puede utilizarse en un sentido distinto a su significado inicial o propio, de modo que el resultado será novedoso cuando se usa para distinguir determinados productos o servicios que no tengan relación directa con la expresión que se utiliza. Si bien (...) [el literal g), *ídem*] prohíbe el registro de signos conformados exclusivamente por designaciones comunes o usuales, las palabras o partículas de uso común al estar combinadas con otras pueden generar signos completamente distintivos (...)."

4.7.3. De otra parte, al responder ¿Cuáles son los criterios para determinar si una marca constituida por las siglas de una frase en idioma extranjero es descriptiva, en relación con los productos de la clase 3 de la Clasificación de Niza? Indicó que "(...) las palabras que no sean parte del conocimiento común son consideradas signos de fantasía y, en consecuencia, es

procedente su registro de marcas. Por el contrario, si el significado conceptual de las palabras en idioma extranjero se ha hecho del conocimiento de la mayoría del público consumidor o usuario y, además, se trata exclusivamente de vocablos de uso común en relación con los productos o servicios que se pretende identificar, dichos signos no serán registrables. (...) En el caso de que una denominación que conforma una marca se exprese en un idioma extranjero que sirva de raíz equivalente en la lengua española, el grado de uso deberá medirse como si se tratara de una expresión local. Así, no podrán acceder a registro aquellas denominaciones que a pesar de pertenecer al idioma extranjero son de uso común en los países de la Comunidad Andina o son comprensibles para el consumidor medio del país en el que se ha solicitado la marca por su raíz común o por su similitud fonética con la correspondiente traducción al Castellano.”

4.7.4. A tono con estas breves orientaciones, en el *sub judice* la sociedad intimada incorporó a las diligencias el dictamen pericial elaborado por la química farmacéutica Alba Lucía Valenzuela Correa, quien consideró que “*plástica*” es “*(...) un descriptivo que (...) no hace ninguna alusión a la forma cosmética y no es clara para efectos de identificar si es un producto cosmético o un intermedio de algún proceso estético (...)*”; que puede producir “*(...) confusión, adicional al hecho propio de ser marc[a] genéric[a] y además descriptiv[a] creando total desigualdad para otros competidores que deseen usar expresiones en sus nombres de productos similares*”; que es tan genérica y descriptiva, a la vez, que la hace perder diferenciación con respecto de la competencia y que, en el mercado colombiano “*(...) podría inducirse a un producto que no sea de uso capilar sino de otras zonas del cuerpo o con otras funciones.*”. Al analizar la expresión completa “*plástica dos fios*”, señaló que tiene una descripción clara, pero “*(...) es evidente que su marca impediría que otros productos del mercado de otros fabricantes (...) llevaran la expresión 'plástica dos fios'*”.¹⁸ En la sustentación de su laborío enfatizó que la locución no es común en Colombia; que ésta puede referirse a la manera como actúa el producto, que el nombre está asociado a la función y no a los ingredientes, que puede ser un procedimiento y que el concepto es conocido en el ámbito del especialista, mas no en la esfera del ciudadano común.

¹⁸ Folios 1586 a 1594 del PDF de la encuadernación principal.

La pericia de Lina María Escobar, la cual encuentra su averiguación delimitada en cuanto al territorio y las personas consultadas, puesto que se desarrolló en la ciudad de Medellín y solo fueron encuestados estilistas profesionales de dicha urbe, concluyó, entre otras cosas, que para el 90 % de las personas indagadas "cirugía capilar" es un proceso y que entre las opciones "a) cirugía capilar, b) corte de cabello, c) color de cabello, d) peinado artístico, e) alisado, f) otro, cuál?", el 45% asoció "plástica dos fios" con cirugía capilar, el 40% con alisado y solo el 7% no saben con qué se relaciona.¹⁹

Por su parte, el experto Luiz Otávio Pimentel, al estudiar la expresión "plástica dos fios" en Brasil y cómo ésta es usada en la citada nación, esbozó que el término es una especie de tratamiento capilar, también conocido como "cirugía para el pelo" y es, a su vez, el nombre del proceso para aplicar queratina en el pelo o de su alisado permanente. Manifestó que "plástica dos fios" es un proceso técnico de queratinización de los hilos, es decir, de la reconstrucción del pelo. Ultimó también que "plástica dos fios" se entiende como el tratamiento intensivo que reduce el volumen, elimina el *frizz* y proporciona un cabello suave y controlado por meses, cuya elaboración es realizada generalmente por peluqueros, además del uso doméstico que en ocasiones se da.²⁰

4.7.5. Partiendo entonces del marco teórico y comprobatorio *ut supra* descrito, para esta Sala de Decisión la alegada carencia de distintividad y debilidad marcaria no se encuentra demostrada en las presentes diligencias, como lo viene insistiendo la parte apelante en la alzada impetrada.

Al efecto, delantadamente, incumbe hacer notar que el concepto técnico de Alba Lucía Valenzuela Correa en poco contribuye a tener por acreditada dicha falencia marcaria. Lo anterior por cuanto el examen efectuado por la experta se ocupó de profundizar en el vocablo "plástica" de manera individual, pretermitiendo un análisis más concienzudo sobre la locución "dos fios" y el signo completo. Aunado a lo anterior, se advierte que

¹⁹ Folios 1671 a 1778, *ídem*.

²⁰ Folio 1825, *cit*

en la única conclusión en la que se refirió a la expresión "*plástica dos fios*", las razones de su dicho no aparecen fundamentadas técnicamente. Fuera de ello, se avista que en la sustentación de su trabajo enfatizó en que el concepto de la marca es conocido en el ámbito del especialista y no en el ciudadano común, lo que deja sin piso la probanza de la tesis impugnativa propuesta por la querellada. Y, finalmente, llama la atención que, de forma casi contradictoria, a pesar de haber calificado de descriptiva la palabra "*plástica*", afirmó que el referido vocablo no hace alusión a una forma cosmética y que tampoco es clara para identificar si es un producto cosmético o un intermedio de algún proceso estético, declaraciones que impiden establecer, a ciencia cierta, si el término, en su opinión, es descriptivo o no.

En segundo lugar, al apreciarse el dictamen de Lina María Escobar, de sus conclusiones se desprende que la simple asociación de "*plástica dos fios*" con "*cirugía capilar*" y "*alisado*", no es, *per se*, un hecho indicativo de ausencia de distintividad o debilidad marcaria, y menos cuando los encuestados fueron especialistas en la materia; circunstancia que analizada bajo las reglas de la sana lógica, permite entrever que las alternativas de respuesta sugeridas en la indagación propuesta facilitaba que los encuestados correlacionaran preferentemente los conceptos alusivos a "*cirugía capilar*" y "*alisado*", pues al ser interrogados técnicos en la materia, por su conocimiento sobre el tema, sin esfuerzo alguno podían llegar a deducir que "*plástica dos fios*" no podría relacionarse con un corte de cabello, color de pelo o un peinado.

Con todo, no puede dejarse de mencionar que el nimio mérito persuasivo de la analizada experticia radica principalmente en que su estudio se limitó a la ciudad de Medellín y a un público especializado, teniendo en poco que, según las manifestaciones de Marcela Villa Hoyos, representante legal de la encartada, su mercado inicialmente fueron las peluquerías, pero, luego, agregó, que se le permitió abordar al cliente final; manifestaciones que no solo ponen de relieve el exiguo muestreo del laborío realizado ante su falta de incorporación de los usuarios finales y la circunscripción territorial tomada, sino además su mermada fuerza

probatoria para sostener derechamente que el consumidor nacional promedio entienda que la expresión "*plástica dos fios*" es equivalente en el mercado colombiano a "*cirugía capilar*" o signifique "*alisado*", y, por contera, se pueda predicar un carácter descriptivo y débil de la marca aquí examinada.

Algo parecido ocurre con el dictamen presentado por el Dr. Pimentel, puesto que su trabajo se localizó en la nación brasilera, situación que, sin vaguedad alguna, permite vislumbrar su poca contribución al debate suscitado en la actuación de marras, particularmente para determinar si en el mercado colombiano el signo "*plástica dos fios*" adolece de falta de distintividad y es un distintivo débil.

Sin perjuicio de lo dilucidado en líneas precedentes, si en gracia de discusión se reexaminara la distintividad y el carácter débil de la expresión "*plástica dos fios*" -asunto que, en línea de principio, tendría que ventilarse en un escenario diferente al aquí establecido-, tras acudir a la definición dada por la Real Academia de la Lengua respecto de la palabra "*plástica*", su significado corresponde al adjetivo femenino de "*plástico*", definido como "*capaz de ser moldeado*", dicho de ciertos materiales susceptibles de cambiar de forma, noción que, en el caso de marras, no tendría la entidad para denotar las características del producto sobre el cual se concedió la protección marcaria. Tampoco podría tenerse como una expresión genérica, por cuanto, al formularse la pregunta ¿qué es el producto? El término no responde a su identificación.

Y si analiza la frase "*dos fios*" refulge palmario que la primera palabra hace alusión a una cantidad, exactamente a "2", y la segunda no es un vocablo en español ni sirve de raíz equivalente en la referida lengua. Es más, a voces del perito Pimentel, la expresión "*dos fios*", en idioma portugués, significa "*dos hilos*". Por tanto, mirando las palabras que conforman el emblema individualmente y en su conjunto, tampoco podría hablarse de un signo descriptivo, genérico ni mucho menos débil; máxime cuando éste por sí solo no sirve para identificar el producto, y como "*fios*" no posee significado en el idioma español y tampoco se demostró que esta

expresión fuera del conocimiento común en Colombia, habrá de considerarse como un signo fantasioso no susceptible de ser monopolizable, como lo indicó la funcionaria *a quo*.

En conclusión, "*Plástica dos fios*" no se aprecia como una expresión evocativa del producto protegido con la marca, por lo que no se avizora genérica, de uso común ni descriptiva.

4.8. Atinente a la inconformidad cimentada en que la protección marcaria dictada por la juez de primer grado se extendió más allá de lo consagrado en el artículo 158 de la Decisión 486 de 2000, tras impedir el uso de la expresión '*Plástica dos fios*' incluso, respecto del producto legítimamente adquirido, atendiendo a lo decantado por el Tribunal Andino en la interpretación prejudicial, en relación con el agotamiento del derecho y el correcto entendimiento de la referida regulación, habrá que modularse la orden impartida en el fallo opugnado en el sentido de circunscribir las órdenes y prohibiciones surgidas de la infracción marcaria declarada a aquellos productos en los que se incurrió en el uso desautorizado de la marca, esto es, la producción, comercialización y publicitación de "*plástica dos fios*" en la presentación de 500 ml, así como cualquier otra utilización de dicha marca no consentida por su titular, dentro del marco de los derechos y limitaciones previstos en el Capítulo III, Título VI, de la Decisión 486 de 2000.

5. Desde otro paraje, la sociedad BR Beauty Comercio Importacao y Exportacao Ltda. se alzó contra la sentencia de primer grado, rebatiendo que la causación del perjuicio como la mala fe de M.V.H. Inversiones S.A.S. se hallan probados en el proceso, y dado que en el marco de la indemnización preestablecida consagrada en el Decreto 2264 de 2014, tal reconocimiento se abre paso sin tener que acreditarse la cuantía del desmedro, debe accederse a dicho reclamo.

Sobre este particular asunto, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en la interpretación prejudicial solicitada para *el sub lite*, sostuvo que la indemnización de daños y perjuicios deprecados de

conformidad con lo previsto en el literal b) del artículo 241, ídem, deberá ser calculada según los criterios establecidos en el precepto 243, *ibidem*, "(...) mencionado artículo [que] establece criterios no exhaustivos que deberán tomarse en cuenta para el cálculo de la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, **cuya existencia haya sido oportunamente probada en el curso del proceso por el actor. Este deberá aportar igualmente la cuantía de los daños y perjuicios en referencia o, al menos, las bases para fijarla**". (Negrillas propias).

Desde esa perspectiva, y con base en el entramado probatorio recopilado en las presentes diligencias, este cuerpo decisorio advierte desatendido el deber procesal impuesto a la parte interesada por el artículo 167 del C. G. del P., para demostrar lo relativo a la causación de los perjuicios por ella alegados, pues no arrió los elementos de juicio necesarios para traer credibilidad sobre dicho tópic. Al respecto, huelga relívar que, si bien pudo establecerse idóneamente la comercialización desautorizada de la presentación de 500 ml del producto "plástica dos fios", este hecho no resulta suficiente para derivar la probanza del lucro cesante deprecado y menos cuando no militó en la actuación medio de convicción respecto de los ingresos obtenidos por la venta de los re-ensados, así como tampoco las utilidades que afirmó dejar de percibir la demandante. A *contrario sensu*, si se analizan de manera holística las declaraciones y testimoniales que sirvieron de base para tener por acreditada la infracción, es posible concluir que el producto utilizado para el acondicionamiento de la presentación de 500 ml salió del inventario legalmente adquirido a la demandante, el cual venía envasado en volumen de 1000 ml, sin que se hubiere demostrado cosa distinta. Aunado a lo anterior, incumbe precisar que en el proceso se echa de menos prueba idónea que pueda dar cuenta de las presuntas ganancias no recibidas por la actora, o al menos que sirva como base para su fijación.

Asimismo, teniendo en cuenta que también se avista desprovisto de comprobación la mala fe de M.V.H. Inversiones S.A.S., el fracaso del disentiimiento planteado no se hace esperar, toda vez que se echa de menos pieza suasoria que así lo acredite; y si bien la trasgresión del derecho marcario se atisbó comprobado, tal ocurrencia no traduce, por

sí misma, un actuar contrario a la probidad y lealtad requerida en el tráfico jurídico.

6. Para cerrar este capítulo, en lo que dice relación con la pretermisión de dos precedentes proferidos en el año 2015, por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, tal desafuero no se atisba, pues, como lo manifestó la falladora al momento de aclarar su decisión, el criterio adoptado para la solución de la presente controversia fue el decantado en el fallo emitido al interior del radicado N° 230917 del año 2016, determinación más reciente que los traídos al debate por la parte apelante y en el que se sostuvo que el marco de la acción por infracción marcaría no era el escenario propicio para abordar el tema de la distintividad del signo.

7. Finalmente, la misma suerte frustránea corre la inconformidad elevada frente a la desestimación de la demanda en reconvención, cuyo fundamento fue la supuesta incursión de BR Beauty en la prohibición general establecida en el artículo 7 de la Ley 256 de 1996, por cuanto es claro que el registro de una marca no tiene la connotación, en sí misma, de ser un acto de mala fe o de competencia desleal; máxime si en el caso de autos la inscripción oficial del signo, por parte de la demandante, tuvo lugar en el año 2011, no vislumbrándose que ésta hubiere tenido la intención de excluir del mercado a M.V.H. Inversiones S.A.S., o haya servido para ese cometido; por el contrario, se atisba acreditado que ésta, inclusive, estuvo desempeñándose como distribuidor exclusivo para Colombia de la marca "*Plástica dos fios*" desde el año 2014 hasta el mes de noviembre de 2017, y en la actualidad sigue participando en el mercado, comercializando grandes cantidades de bienes farmacéuticos, medicinales, cosméticos y de tocador, como se dejó informado en el pliego de reconvención, sin competir con la demandante, quien ostenta la calidad de productor; facticidad que, sin más, se opone a la prosperidad de esta clase de pretensiones.

En ese orden de ideas, como la conducta endilgada a la demandada en reconvención no asoma demostrada y dicha dificultad probatoria no puede superarse con las consecuencias procesales derivadas

de la defectuosa contestación del *petitum* en reconvención, no hay otro camino que el de ratificar la decisión recurrida en este aspecto.

8. Todo lo previamente discurrido basta para modificar el fallo proferido por la delegatura de primera instancia, en sus ordinales segundo, tercero y cuarto, en el sentido de modular las órdenes y prohibiciones surgidas de la infracción marcaria declarada para circunscribirlas a la utilización desautorizada de la marca "*plástica dos fios*", especialmente, en lo que atañe a la fabricación, comercialización y publicitación del mentado producto en la presentación de 500 ml, así como cualquier uso que pueda llegar a inadvertir las previsiones de la Decisión 486 de 2000. Las demás disposiciones serán objeto de confirmación.

Por la forma como se resolvieron las alzas interpuestas, no se impondrá condena en costas a ninguno de los extremos apelantes, de conformidad con lo previsto en el artículo 365 del C. G. del P.

I. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- MODIFICAR los ordinales segundo, tercero y cuarto de la sentencia proferida por el Grupo de Trabajo de Competencia Desleal y Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, el día 21 de septiembre de 2020, en el sentido de modular las órdenes y prohibiciones surgidas de la infracción marcaria declarada para circunscribirlas a la utilización desautorizada de la marca "*plástica dos fios*", especialmente, en lo que atañe a la fabricación, comercialización y publicitación del producto "*plástica dos fios*" en la presentación de 500 ml, así como cualquier otra utilización de dicha marca no consentida por su

titular, dentro del marco de los derechos y limitaciones previstos en el Capítulo III, Título VI, de la Decisión 486 de 2000.

Las demás disposiciones se mantienen incólumes.

SEGUNDO.- SIN CONDENA en costas en esta instancia.

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

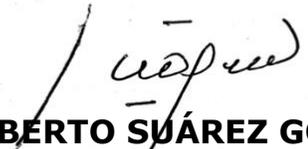
NOTIFÍQUESE



JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO
Magistrado
(001-2018-43547-03)



GERMÁN VALENZUELA VALBUENA
Magistrado
(001-2018-43547-03)



LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ
Magistrado
(001-2018-43547-03)

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C. Sala Civil

Bogotá D.C., veintiséis (26) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Rdo. 008201900614 01

Se admite el recurso de apelación que la parte demandada interpuso contra la sentencia de 10 de junio de 2021, proferida por el Juzgado 8º Civil del Circuito de la ciudad dentro del proceso de la referencia.

Oportunamente, retorne el proceso al Despacho.

NOTIFÍQUESE

Firmado Por:

Marco Antonio Alvarez Gomez

Magistrado

Sala 006 Civil

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación:

cfa585548d09c218d0d584232f1aef85bc15172008eef6306c2e4f89716698f

Documento generado en 26/10/2021 09:05:19 a. m.

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

Exp.: 008201900614 01

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA SÉPTIMA CIVIL DE DECISIÓN**

Bogotá D.C., veintiséis (26) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Magistrado ponente: **MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA**

Proceso N.º 110013103003201700229 01
Clase: VERBAL – RCE
Demandante: ANDRÉS MAURICIO BOHÓRQUEZ OJEDA
Demandados: EDWIN y MARÍA ALEIDA ARIAS LEGUIZAMÓN, ASOCIACIÓN PÚBLICA DE TRANSPORTE LTDA. -ASOPTRANS LTDA.- y AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.

Sentencia discutida y aprobada en sala n.º 36 de 28 de septiembre del año en curso y n.º 41 de la fecha.

El Tribunal emite sentencia escrita, en los términos del inciso 3º del artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 4 de junio de 2020, con motivo de los recursos de apelación interpuestos por Andrés Mauricio Bohórquez Ojeda, la Asociación Pública de Transporte Ltda. –Asoptrans Ltda.- y Axa Colpatria Seguros S.A. contra la sentencia virtual que el 22 de julio de 2021 profirió el Juzgado 3º Civil del Circuito de Bogotá, mediante la cual, entre otras, declaró al extremo pasivo civilmente responsable de los perjuicios padecidos por el actor y, en consecuencia, lo condenó a pagarle la suma de \$3.634.104, por concepto de lucro cesante, para negar las restantes pretensiones.

ANTECEDENTES

1. En la demanda reformada, Andrés Mauricio Bohórquez Ojeda demandó a Edwin y María Aleida Arias Leguizamón, la Asociación Pública de Transporte –Asoptrans Ltda.- y Axa Colpatria Seguros S.A., para que se declare que el primero, en su condición de conductor, la segunda, en su calidad de propietaria, la tercera, como empresa afiliadora del vehículo de servicio público de placas SYR-498, y la última

como aseguradora, son civil y solidariamente responsables del accidente de tránsito ocurrido a la altura de la Carrera 30 n.º 29 - 08 de esta ciudad, a las 9:30 a.m. del 1º de mayo de 2012, que le produjo lesiones de carácter permanente. En consecuencia, pidió que se les condene a pagarle: (i) \$15.000.000,00 (por daño emergente); (ii) \$31.000.000,00 (por concepto de lucro cesante consolidado); (iii) \$28.335.000,00 (por daño moral); y (iv) \$28.335.000,00 (por daño a la vida de relación), sumas que solicitó indexar y sobre las que pidió calcular intereses de mora “desde la fecha en que ocurrieron los hechos hasta que los demandados realicen el pago efectivamente”.

2. Para sustentar su reclamo, el demandante relató que en aquella fecha, a la altura de la Carrera 30 n.º 29 - 08 de esta ciudad, se desplazaba en su motocicleta de placa IJN-75A cuando fue colisionado por el vehículo de placas SYR-498 conducido por el señor Edwin Arias Leguizamón, quien realizó “intempestivamente y sin precaución, un cambio de carril girando a la izquierda en U, lo cual está prohibido”. El informe de accidente de tránsito codificó al señor Arias Leguizamón con la hipótesis n.º 103, esto es, “adelantar cerrando”, por lo que fue sancionado por la Inspección de Tránsito de la Localidad de Puente Aranda según el artículo 139, numeral 8º del Código Nacional de Tránsito.

Dicho percance le provocó graves lesiones, tales como “fractura de la diáfisis del fémur del miembro inferior derecho”, por lo que tuvo que ser intervenido quirúrgicamente mediante procedimiento de “reducción abierta más fijación con material de osteosíntesis, clavo intramedular, generando incapacidad laboral y tratamiento por ortopedia, con incapacidad médico legal definitiva de ciento veinte (120) días” y secuelas tales como “deformidad física que afecta el cuerpo”, “perturbación funcional del miembro inferior derecho” y “perturbación funcional de órgano de la locomoción”, todas de carácter permanente. Además, el dolor físico producido y la limitación en su movilidad le provocaron “inseguridad, estrés e irritabilidad”, aunado a que “ya no posee la misma capacidad para disfrutar de su familia, su deporte favorito: el fútbol, sus vecinos y amigos y la vida laboral y social que venía disfrutando, teniendo que sustraerse de tales actividades”.

Cuando se presentó la demanda se afirmó que el actor “se desempeña como comerciante independiente devengando un ingreso promedio mensual de \$3.000.000”, ingreso con el que “se sostiene él y su familia”.

3. El auto admisorio de 20 de abril de 2017 se notificó en forma personal a los convocados, quienes se opusieron a lo pretendido de la siguiente manera:

3.1. Axa Colpatria Seguros S.A. contestó la demanda y alegó como defensas: “no está demostrada la responsabilidad civil extracontractual del tomador – asegurado, Asociación Pública de Transporte Ltda., como causante de las lesiones sufridas por el demandante, con ocasión del accidente ocurrido el 1º de mayo de 2012”; “ausencia de cobertura en los términos del capítulo I, amparos y exclusiones de la póliza de seguro de responsabilidad civil extracontractual transporte servicio público pasajeros No. 8001055175, en relación con el vehículo de placas SYR-498”; “falta de legitimación en la causa por pasiva para Axa Colpatria Seguros S.A.”; “una eventual indemnización a cargo del asegurador debe respetar los límites del valor asegurado de la póliza que amparaba el vehículo involucrado en el accidente”; “ausencia de solidaridad entre Axa Colpatria y los otros demandados”; “ausencia de cobertura de todo tipo de responsabilidad derivada de perjuicios fisiológicos o de vida de relación” “la cobertura de lucro cesante es del veinte por ciento (20%) del valor asegurado”; y “los perjuicios morales están amparados con un sublímite del sesenta por ciento (60%) del valor asegurado y su fijación está en cabeza del juez de conocimiento”.

Excepciones que soportó en lo siguiente:

a) El demandante no acreditó los elementos de la responsabilidad civil, tales como “el daño, el hecho generador del mismo y el nexo causal”. De ahí que si no está definida la responsabilidad del asegurado, no pueda predicarse del asegurador.

b) Hay ausencia de cobertura de la póliza de responsabilidad civil, comoquiera que la reclamación se presentó por fuera de los dos años siguientes a la ocurrencia del siniestro.

c) La contingencia que dio origen a este proceso no está asegurada, por lo que la compañía de seguros “no está llamada a responder”.

d) Las pretensiones del actor superan los límites asegurados, de suerte que, de proferirse sentencia declarativa y de condena, debe limitarse a los toques a que alude la póliza de seguros.

Sentencia en el proceso n.º 110013103003201700229 01

Clase: Verbal RCE. Accidente de Tránsito.

e) Carece de sustento legal y convencional la deprecada responsabilidad solidaria de los demandados.

f) De acuerdo con las exclusiones de la póliza, no se encuentra amparado el daño a la vida de relación.

g) De acuerdo con las condiciones de la póliza, el lucro cesante está cubierto en un porcentaje del veinte por ciento (20%) del valor asegurado, lo que debe acompañarse con los límites que al respecto prevé ese mismo articulado. Otro tanto sucede con el daño moral, cuya cobertura es del sesenta por ciento (60%).

3.2. Asoptrans Ltda. excepcionó: “inexistencia de daño a la salud”; “falta de prueba o medio de prueba que establezca los perjuicios materiales”; “ausencia del perjuicio pretendido”; “cobro de lo no debido configurándose el enriquecimiento sin justa causa”; “insuficiencia de elementos probatorios que demuestren responsabilidad”; “inexistencia de responsabilidad por parte de la empresa afiliadora”; y “tasación excesiva del eventual perjuicio”.

Defensas que hizo consistir en que:

a) El daño a la salud tan solo se anunció, porque el actor “no aportó ningún documento que pueda acreditar que a raíz del accidente... haya sufrido afectaciones en su integridad psicofísica que le impidan continuar con sus actividades cotidianas”, al punto que “la parte actora en el acápite de pretensiones solo la enuncia, pero no menciona cuál fue la afectación que tuvo o que le impidió continuar con sus actividades cotidianas”.

b) Los perjuicios de índole material, específicamente, en su modalidad de daño emergente, no se encuentran demostrados, pues no se aportó, por ejemplo, algún “soporte o documento” que evidencie que la motocicleta de propiedad del demandante fue reparada, ni el valor de la reparación. Otro tanto ocurre con el pretendido lucro cesante, ya que en la demanda se afirma sin ningún sustento que el actor devengaba la suma de \$4.000.000, pero “tampoco se aporta certificación de ingresos, declaración de renta o soporte alguno donde se evidencia que el demandante percibía suma alguna de dinero por concepto de salario”.

c) Hay incertidumbre en relación con la existencia de los perjuicios reclamados, lo que impide que el juzgador pueda proferir una sentencia de condena.

Sentencia en el proceso n.º 110013103003201700229 01

Clase: Verbal RCE. Accidente de Tránsito.

d) Acorde con lo que viene de exponerse, “el demandante pretende realizar un cobro de lo no debido, configurándose el enriquecimiento sin justa causa, ya que no hay causa eficiente ni una razón que justifique un traslado patrimonial”.

e) Si eventualmente fuere declarada responsable de los eventuales menoscabos patrimoniales alegados por su oponente, “tendrá que tenerse en cuenta que existió una incrementada tasación sobre un perjuicio no soportado”.

f) La empresa afiliadora “se limita a recibir una suma de dinero como prestación por la vinculación del vehículo de placas SYR-498”, por lo que el rodante “queda completamente bajo la administración y explotación de la señora María Aleida Arias Leguizamón, propietaria del [mismo]”. Así, si “la empresa no tiene la guarda material del vehículo, ni ejecuta con él los contratos de transporte”, no puede hallársele responsable de los perjuicios reclamados.

Con soporte en la póliza n.º 8001055175¹ (amparo de responsabilidad civil extracontractual transporte servicio público de pasajeros), llamó en garantía a Axa Colpatria Seguros S.A.

3.3. Dicha compañía se opuso al llamamiento y propuso idénticos medios exceptivos a los formulados frente a la acción directa, pero adicionó el de “prescripción extraordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro en cuanto se refiere al seguro que amparaba la responsabilidad civil extracontractual del vehículo de placas SYR-498, consignado en la póliza 8001055175”, soportada en que la acción derivada del contrato de seguro prescribió porque transcurrieron más de cinco años desde la ocurrencia del accidente y la notificación a la aseguradora, en los términos del artículo 1131 del estatuto mercantil.

3.4. Los demandados Edwin y María Aleida Arias Leguizamón fueron notificados por conducto de curadora *ad litem*, quien no propuso excepciones pues se atuvo a las resultas del proceso.

4. La sentencia de primera instancia.

La juez *a quo* finalizó con fallo en el que declaró civilmente responsables a los demandados de los perjuicios padecidos por el actor y, en consecuencia, los condenó a pagarle, en el término de 20 días siguientes a la ejecutoria del fallo, la suma de \$3.634.104,00, por concepto de lucro cesante consolidado, so pena de causarse intereses a la tasa del 6%.

¹ Vigente entre el 31 de agosto de 2011 al 31 de agosto de 2012.

Tras precisar que el accidente ocurrió en desarrollo de actividades peligrosas, refirió que a ninguno de los motoristas implicados en la colisión lo beneficia el régimen de presunción de culpa a que alude el artículo 2356 del Código Civil; sin embargo, con miramiento en el informe policial de accidente de tránsito acopiado al presente juicio, estimó que el siniestro era atribuible al señor Edwin Arias Leguizamón, por cuanto allí fue codificado con la hipótesis n.º 103, esto es, “adelantar cerrando”, lo que corrobora el dibujo topográfico o croquis anexo a la demanda, que da cuenta que el vehículo de placas SYR-498, que aquel conducía, luego de la colisión con la motocicleta operada por el demandante, quedó en sentido transversal a la vía, elementos probatorios que no fueron controvertidos por el extremo pasivo y que “comportan pleno poder demostrativo de los hechos que allí se consignaron”.

De ahí que fuere razonable sostener que el conductor de la camioneta de palcas SYR-498 no actuó con la prudencia esperada al iniciar la marcha hacia la izquierda, pues de haber advertido la presencia del actor, habría inhibido el movimiento del rodante, sin que esa falta de diligencia también se predique del señor Bohórquez Ojeda, ya que no se allegó prueba que demostrara, por ejemplo, que conducía con exceso de velocidad “o que deteniendo el tiempo de distancia para permitir el tránsito de la camioneta o evitar la colisión, no lo hizo”, menos aún se probó la distancia en la que se encontraba la moto para cuando el vehículo de transporte especial de pasajeros giró a la izquierda, como para hacerle exigible frenar con miras a evitar el impacto.

En suma, no encontró evidencia de la cual deducir algún grado de influencia del actor en la causación del resultado dañino, por lo que la hipótesis que prohija el informe policial de accidente de tránsito permaneció enhiesta.

Establecida la ocurrencia del daño y la relación de causalidad, enseguida analizó la materialización de los perjuicios deprecados. Comenzó por el daño emergente, para concluir que aunque en la demanda se solicitó en cuantía de \$15.000.000,00, ninguna probanza se aportó que diera cuenta de su existencia, pues las documentales que se acopiaron ninguna relación tienen con los supuestos gastos en los que incurrió la víctima, y pese a que con el libelo se aportó un dictamen pericial, dicha probanza carece de mérito probatorio, porque no satisfizo los requisitos que al efecto contempla el artículo 226 del CGP, pues no solo no se allegaron los anexos a que alude dicho precepto,

sino que no luce sólido en sus fundamentos, pues sus conclusiones carecen de soporte, al punto que el perito aceptó no haber adjuntado al trabajo pericial la documental con base en la cual halló los valores a los que se refiere su informe.

En lo que hace al concepto de lucro cesante, precisó que el demandante no demostró cuáles eran los ingresos que devengaba para la fecha del percance, razón por la cual, para suplir esa deficiencia probatoria, acudió a la presunción a que alude el artículo 155 del Decreto 2737 de 1989, que prevé una renta de un salario mínimo mensual vigente; de ahí que, con soporte en el concepto de medicina legal que le prescribió 120 días de incapacidad, señaló que al accionante le correspondía por ese concepto, la suma de \$3.634.104,00.

Suma que se hace extensiva a la empresa afiliadora “en su condición de guardiana de la actividad de transporte”.

Por último, en cuanto atañe a los padecimientos de naturaleza inmaterial, refirió que el demandante ni siquiera hizo mención a cuáles fueron los detrimentos de tipo moral ni de vida de relación que se suscitaron a raíz del accidente de tránsito, ni cómo fue esa merma “en sus sentimientos y en su relación con los demás”, menos aún solicitó ni allegó prueba alguna al respecto.

En cuanto a la suerte de la aseguradora, accionada directa y llamada en garantía, la juzgadora de primer grado halló demostrada su responsabilidad, por cuanto el seguro de responsabilidad civil extracontractual cubre el perjuicio aquí ordenado y se encontraba vigente para la fecha del siniestro.

5. Los recursos de apelación.

Como antes se dijo, el demandante, la Asociación Pública de Transporte Ltda. –Asoptrans Ltda.- y Axa Colpatria Seguros S.A. interpusieron recurso de apelación, cuyos reparos concretos se sintetizan en lo siguiente:

5.1. El señor Bohórquez Ojeda cuestionó los ordinales cuarto y quinto de la parte resolutive del fallo de primer grado, con los que, de un lado, se fijó el monto del lucro cesante y, de otro, se negaron las demás pretensiones, con fundamento en que no se valoró el dictamen pericial aportado con la demanda reformada, pues pese a que el perito no anexó los soportes de sus conclusiones, dicha circunstancia califica en “una fuerza mayor o un caso fortuito”, porque “era otro abogado

quien llevaba el proceso”, y al encomendársele la gestión a una nueva apoderada, “se perdió de vista el control de las pruebas”.

Dijo que no se valoró su declaración de parte, en la que explicó el perjuicio inmaterial que padeció dadas las “deficiencias físicas” que sobrevinieron al accidente, lo que corrobora el dictamen del ICMLCF. Añadió que, en todo caso, debe presumirse el perjuicio moral y de vida de relación tras soportar su permanencia en una clínica.

5.2. Axa Colpatria Seguros manifestó que la falladora de primer nivel no se pronunció sobre su excepción de “ausencia de cobertura”; tampoco tuvo en cuenta que en las condiciones particulares de la póliza se limitó la indemnización del lucro cesante al 20% del valor asegurado, o sea, a la suma de \$3.213.600,00; “se probó de alguna manera que había una concurrencia de culpas en tratándose de dos actividades peligrosas”; en consecuencia, como “la responsabilidad es por el hecho de un tercero”, la compañía de seguros carece de legitimación en la causa por pasiva.

5.3. La Asociación Pública de Transporte Ltda. reparó en que la juez *a quo* no valoró la declaración del señor Bohórquez Ojeda, de la que se desprende su participación en la ocurrencia del siniestro, pues al visualizar al vehículo de placas SYR-498, pudo disminuir la marcha, pero, en lugar de ello, optó por “adelantarlo”; en cuanto atañe a la tasación del lucro cesante, refirió que la presunción a la que recurrió la juzgadora no era aplicable al presente asunto, porque el demandante bien pudo abstenerse de trabajar “como proyecto de vida”, máxime que uno de los elementos del daño es el requisito de certeza.

Tales motivos de disentimiento fueron sustentados en la oportunidad que regula el artículo 14 del Decreto 806 de 2020.

CONSIDERACIONES

1. La Sala encuentra que la actuación se desarrolló con normalidad, no hay causal de nulidad que declarar, se encuentran satisfechos los presupuestos procesales y el Tribunal es competente para decidir los recursos de apelación en los términos y con las limitaciones que establece el artículo 328 del CGP y la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia².

² “el apelante debe formular los cargos concretos, y cuestionar las razones de la decisión o de los segmentos específicos que deben enmendarse, porque aquello que no sea objeto del recurso, no puede ser materia de decisión, salvo las autorizaciones legales necesarias y forzosas (art. 357 del C. de P. C., y 328 del C. G. del P.)” (CSJ, sentencia del 1º de agosto de 2014, expediente SC10223-2014, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona).

Sentencia en el proceso n.º 110013103003201700229 01

Clase: Verbal RCE. Accidente de Tránsito.

Tres son los recursos que debe resolver la Sala y, por cuestiones de orden, se procederá, en primer término, con el interpuesto por la asociación demandante, a continuación, el formulado por el demandante y, por último, el presentado por la compañía de seguros.

2.- Recurso de apelación de la Asociación Pública de Transporte –Asoptrans Ltda.-

2.1. Sea lo primero señalar, que en la oportunidad que regula el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, la recurrente, amén de desarrollar sus motivos de inconformidad, **añadió** un nuevo ataque, atañadero a que la juzgadora de primer grado no tuvo en cuenta que el demandante “no transitaba por la derecha como lo deben hacer las motocicletas”, motivo de disenso que la Sala no tendrá en cuenta, pues no se formuló como **reparo concreto** en la oportunidad que contempla el inciso 2º del numeral 3º del artículo 322 del CGP³, vale decir, se trata de un ataque nuevo que está al margen de la competencia que tiene el Tribunal al tenor del artículo 328, *ibidem*, en concordancia con el precepto 327 de esa misma codificación, según el cual “*el apelante deberá sujetar su alegación a desarrollar los argumentos expuestos ante el juez de primera instancia*”.

Al respecto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia sostuvo, en sede de tutela, que “*quien apela una sentencia no sólo debe aducir de manera breve sus reparos concretos respecto de esa decisión, sino acudir ante el superior para sustentar allí ese remedio, apoyado, justamente, en esos cuestionamientos puntuales*”⁴.

Ya en sede de casación, la misma Corporación precisó:

“Se sigue de todo lo hasta aquí expuesto, que las facultades que tiene el superior, en tratándose de la apelación de sentencias, **únicamente se extiende al contenido de los reparos concretos señalados en la fase de interposición de la alzada**, oralmente en la respectiva audiencia o por escrito en la oportunidad fijada en el inciso 2º del numeral 3º del artículo 322 del Código General del Proceso, siempre y cuando que, además, ello es toral, hubiesen sido sustentados en la audiencia que, con ese fin y el de practicar las pruebas decretadas de oficio, si fuere el caso, así como de proferir la sentencia de segunda instancia, practique el *ad quem*.

³ En forma oral una vez notificado el fallo por estrados o dentro de los tres días siguientes por escrito.

⁴ CSJ. STC6481 de 11 de mayo de 2017, exp. 19001-22-13-000-2017-00056-01.

Sentencia en el proceso n.º 110013103003201700229 01

Clase: Verbal RCE. Accidente de Tránsito.

De allí se extracta que **está vedado al *ad quem* pronunciarse sobre cuestiones no comprendidas en los reparos concretos expresados por el censor contra la sentencia de primera instancia**, como sobre aquellos reproches que, pese a haber sido indicados en esa primera etapa del recurso, no fueron sustentados posteriormente...” (CSJ. SC3148-2021 de 28 de julio, rad. 002-2014-00403-02. M.P. Álvaro Fernando García Restrepo).

Desde esa perspectiva, la Sala solo abordará los reparos concretos que se formularon en primer grado y que, además, fueron sustentados en esta instancia.

2.2. Reza de vieja data el aforismo de que quien ha causado por sí mismo o por medio de sus agentes un daño, debe reparar de forma íntegra a la víctima o a sus sucesores. Con fundamento en este postulado el legislador consagró, entre otras, la acción de responsabilidad civil extracontractual, dirigida a indemnizar al lesionado, cuyo elemento distintivo radica en que entre el autor del menoscabo y éste no media un vínculo generador de precisas y anteladas obligaciones.

En tratándose de afluencia de roles riesgosos, vale decir, cuando agente y víctima actúan bajo condiciones de riesgo, ha precisado la jurisprudencia que el régimen de responsabilidad aplicable no es el de culpa probada o de “neutralización de culpas”, sino el de “participación concausal” o “conurrencia de causas”, en virtud del cual le corresponde al operador jurídico escudriñar la incidencia del comportamiento de cada uno de los agentes involucrados en la producción del resultado, para así establecer a cuál de ellos le resulta imputable el daño.

Al punto, ha dicho la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que:

“Si bien en un principio la doctrina de esta Corte resolvió el problema de las concausas o de la concurrencia de actividades peligrosas, adoptando diversas teorías como la ‘neutralización de presunciones’, ‘presunciones recíprocas’, y ‘relatividad de la peligrosidad’, fue a partir de la sentencia de 24 de agosto de 2009, rad. 2001-01054-01, en donde retomó la tesis de la intervención causal.

Al respecto, señaló:

‘(...) La (...) graduación de ‘culpas’ en presencia de actividades peligrosas concurrentes, [impone al] (...) juez [el deber] de (...) examinar a plenitud la conducta del autor y de la víctima para precisar su incidencia en el daño y determinar la responsabilidad de uno u otra, y así debe entenderse y aplicarse, desde luego, en la discreta, razonable y coherente autonomía axiológica de los elementos de convicción allegados regular y oportunamente al proceso con respeto de las garantías procesales y legales.

Más exactamente, el fallador apreciará el marco de circunstancias en que se produce el daño, sus condiciones de modo, tiempo y lugar, la naturaleza, equivalencia o asimetría de las actividades peligrosas concurrentes, sus características, complejidad, grado o magnitud de riesgo o peligro, los riesgos específicos, las situaciones concretas de especial riesgo y peligrosidad, y en particular, la incidencia causal de la conducta de los sujetos, precisando cuál es la determinante (*imputatio facti*) del quebranto, por cuanto desde el punto de vista normativo (*imputatio iuris*) el fundamento jurídico de esta responsabilidad es objetivo y se remite al riesgo o peligro (...).’

“Así las cosas, la problemática de la concurrencia de actividades peligrosas se resuelve en el campo objetivo de las conductas de víctima y agente, y en la secuencia causal de las mismas en la generación del daño, siendo esa la manera de ponderar el quantum indemnizatorio”⁵.

En el presente caso, de las pruebas acopiadas a fin de establecer la participación causal en el resultado dañino, se encuentra el informe policial de accidente de tránsito n.º A1063272⁶, que codificó al conductor del vehículo de servicio público de placas SYR-498 con la hipótesis n.º 103, vale decir, “adelantar cerrando” o “cuando se obstruye el paso al vehículo que va a pasar”, de acuerdo con la definición que al respecto consagra la Resolución 11268 de 2012 del Ministerio de Transporte.

Hipótesis que coincide con la descripción del bosquejo topográfico⁷ anexo al expediente, que tras el accidente, evidencia la ubicación transversal en la que quedó el vehículo de placas SYR-498 conducido por el señor Edwin Arias Leguizamón, así como la

⁵ CSJ. Casación Civil. Sentencia SC2107 de 12 de junio de 2018.

⁶ Ver folios 3 a 5 del cuaderno principal digitalizado.

⁷ Ver folio 6, *ib.*

motocicleta operada por el demandante, que yacía tendida en el suelo, en esa misma dirección, a una distancia de 1.85 mts respecto del rodante de servicio público.

Elementos de convicción que permiten inferir, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, que en verdad el conductor del vehículo de placas SYR-498 no actuó con prudencia al dar marcha hacia la izquierda, “dando prelación a los demás vehículos en marcha y tomando las precauciones para evitar choques con los vehículos que se aproximen” (artículo 71 de la Ley 769 de 2002).

Y aunque la recurrente manifestó que no se tuvo en cuenta la participación causal del señor Bohórquez Ojeda en la producción del daño, por cuanto de la declaración que absolvió en primera instancia es dable colegir que no disminuyó la marcha al “observar la camioneta cambiando de carril, desde cuando se encontraba esperando el cambio de semáforo”, lo cierto es que de su interrogatorio no se infiere una manifestación sobre hechos que puedan producirle consecuencias jurídicas adversas o que favorezcan a sus oponentes, porque, al respecto, contrario a lo que sugiere la recurrente, el deponente refirió sobre el particular que: si bien “la camioneta estaba parqueada a unos 500 metros adelante del semáforo”, “cuando yo voy pasando la camioneta arranca y hace el giro prohibido y me embiste”.

Quiere decir lo anterior que ninguna utilidad reporta el hecho de que el señor Bohórquez Ojeda hubiera visualizado a la camioneta desde cuando se encontraba a la espera del cambio a luz verde del semáforo, pues la colisión ocurrió tras poner en marcha la motocicleta y avanzar, momento en el cual, según su declaración, el conductor del vehículo de servicio especial, “sin precaución hizo ese giro, no me dio tiempo de frenar sino que me embistió”.

En este punto, es bueno poner de presente, como lo señaló la juzgadora de primer grado, que el extremo pasivo ninguna probanza aportó que acreditara la coparticipación del demandante en la producción del resultado dañino, por lo que la hipótesis que refrenda el informe policial de accidente de tránsito y el bosquejo topográfico permaneció indemne.

Y es que, como lo precisó la Sala en un caso de similar connotación:

“Tales supuestos de responsabilidad civil (incluidos, se insiste, los concernientes a la concurrencia de actividades

peligrosas), se rigen bajo un factor de imputación subjetivo de particulares características, en el que la culpa (aunque necesaria, de conformidad con el artículo 2356 del Código Civil), se presume “*iure et de iure*”⁸, **lo que implica, en resumidas cuentas, que lo único que liberará de responsabilidad a los agentes encargados de la operación peligrosa, será ‘la prueba de la causa extraña del perjuicio, originada en el caso fortuito o en la fuerza mayor, en el hecho de la víctima o en el hecho de un tercero’.**

En ese orden de ideas, una vez establecida la causalidad fáctica entre el riesgo y el daño, **será al demandado a quien corresponderá esgrimir (y demostrar) todos esos elementos que, a su juicio, eliminan o disminuyen la presunción de responsabilidad que a partir de ese momento gravitará en su contra. Esta carga también incluye, se itera, todo lo atinente a la eventual incidencia que el comportamiento de quien se reputa víctima hubiera tenido en la configuración del daño sobre el que se cimienta la demanda, asunto este que deberá valorarse no propiamente por la vía de la culpabilidad (pues este presupuesto se presume de pleno derecho), sino de la causalidad”⁹.**

En ese orden, como el presente reparo concreto descansa sobre una premisa fáctica que disiente de la realidad, en tanto el demandante en verdad no confesó haber contribuido en la producción del daño, y visto que la hipótesis del accidente de tránsito mantuvo su firmeza, ante la falta de acopio de elementos de persuasión que la desvirtuaran, no prospera el motivo de disentimiento estudiado.

2.3. En cuanto atañe al restante ataque, mediante el cual se fustiga que la juez *a quo* presumiera los ingresos mensuales del actor, tras echar de menos alguna probanza que “permitiera acreditar el monto exacto”, huelga decir que si bien es cierto el demandante no logró acreditar cuáles eran sus ingresos para la época del accidente, pues ninguna probanza respaldó su aserto según el cual percibía una remuneración mensual de \$2.400.000,00, ello no es óbice para desdeñar la condena que por lucro cesante se solicitó en la demanda, “en aras de efectivizar el principio de reparación integral”¹⁰.

⁸ Es decir, de pleno derecho

⁹ TSB. Sala Civil, sentencia de 30 de junio de 2021, rad. 11001310303220170039301. M.P. Óscar Fernando Yaya Peña.

¹⁰ CSJ. SC2498-2018 de 3 de julio, rad. 110013103029200600272 01.

Sentencia en el proceso n.º 110013103003201700229 01

Clase: Verbal RCE. Accidente de Tránsito.

En verdad, la falta de determinación de los ingresos devengados por la víctima no impide reconocer lo que en casos similares ha dispensado la doctrina y la jurisprudencia tras presumir para el lesionado la remuneración del salario mínimo legal mensual vigente, pues “habiéndose causado el daño resultaría abiertamente contrario a la *equidad* negar su reconocimiento en el caso concreto”¹¹.

Al punto, la citada Corporación ha precisado que “la utilización de la remuneración mínima en la jurisprudencia es de vieja data, soportada en pautas de equidad y sentido común, con el fin de evitar que la indemnización se pierda en divagaciones probatorias, al paso que garantiza la protección de la víctima” (CSJ. sent. SC4803-2019, en la que se citó la sentencia de la SC de 21 oct. 2013, rad. n.º 2009-00392-01).

Por lo tanto, ninguno de los reparos enarbolados por la compañía de transporte demandada prospera.

3.- Recurso de apelación de Andrés Mauricio Bohórquez Ojeda

El principio de la carga de la prueba impone al demandante demostrar los hechos aducidos en la demanda, laborío que no puede ser sustituido por el fallador a través de pruebas oficiosas, pues se convertiría en un juez-parte, de ahí que el numeral 5º del artículo 82 del CGP establezca que en la demanda se deben presentar “*los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados*”, y que el numeral 6, *ibídem*, exija que el demandante realice la “*petición de las pruebas que se pretenda hacer valer, con indicación de los documentos que el demandado tiene en su poder, para que este los aporte*”, preceptos que tienen que ver entonces con el supuesto fáctico de la demanda y las pruebas necesarias que demuestren su ocurrencia, tal como lo reclama el artículo 167, *ejusdem*, cuando establece que “*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*”.

3.1. A través del primer reparo concreto, el demandante manifiesta que la juez *a quo*, al limitar el monto del lucro cesante

¹¹ CSJ, cas. Civ. Sentencia de 20 de enero de 2009, exp. 170013103005 1993 00215 01. Allí la Corte sostuvo que “la equidad se erige en uno de los más caros principios teleológicos que debe caracterizar la gestión judicial, no sólo para interpretar la ley cual lo disponen los artículos 32 del Código Civil y 8º de la Ley 153 de 1887, sino para definir tópicos ajenos a la labor hermenéutica propiamente dicha, inclusive de naturaleza probatoria, pues, *v. gr.*, de conformidad con la Ley 446 de 1998, dentro de cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia, la valoración de daños irrogados a las personas, ‘atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales’ (art. 16, se subraya)”.

consolidado a la suma de \$3.634.104,00, y abstenerse de emitir una condena por daño emergente, desdeñó el dictamen pericial acopiado.

Sin embargo, una revisión de lo que sucedió en este asunto muestra que fue el actor quien desatendió la carga de probar los perjuicios materiales que reclama, pues tales rubros (daño emergente y lucro cesante consolidado) permanecieron huérfanos de demostración.

En efecto, en cuanto al primero, estimado en la demanda reformada en la suma de \$15.000.000, se dijo que estaba integrado por “los daños causados a la moto”, los “honorarios de abogado” y los “gastos diarios de transporte”; sin embargo, ninguna probanza que diera cuenta de tales erogaciones aportó junto con el libelo, en la forma en que lo exige el ya citado numeral 6º del artículo 82 del CGP, por lo que no podía menos que negarse tal pretensión; laborío que tampoco acometió a lo largo del proceso, pues, se *itera*, no allegó prueba de los presuntos dispendios.

En cuanto atañe al segundo (lucro cesante), que se deprecó en cuantía de \$31.000.000, si bien en la demanda se señaló que “el señor Andrés Mauricio Bohórquez Ojeda se desempeña como comerciante independiente devengando un ingreso promedio mensual de tres millones (\$3.000.000)”, dicha afirmación entró en franca contradicción con lo que al respecto adveró el demandante en su interrogatorio, cuando manifestó que su remuneración mensual como representante legal de “Bigscooter S.A.” ascendía a la suma de \$2.400.000,00; empero, no allegó prueba de la existencia de esa compañía, ni del salario que entonces percibía por sus labores de administración, de ahí que la juez *a quo* presumiera, en su calidad de víctima del accidente de tránsito, la remuneración del salario mínimo legal mensual vigente, como lo enseña la jurisprudencia.

En ese orden, no es posible, como lo sugiere la censura, adicionar el monto de los ingresos mensuales tenidos en cuenta para el cálculo del lucro cesante.

Dicha orfandad probatoria no la suplió en manera alguna el dictamen pericial que elaboró el perito Édgar Alberto Gaitán Ariza, quien por igual calculó el perjuicio material en las modalidades de daño emergente y lucro cesante en las sumas de \$15.000.000 y \$31.000.000, respectivamente, por cuanto dicha experticia no cumplió los requisitos de eficacia que establece el artículo 226 del CGP, a cuyo tenor: el “*dictamen suscrito por el perito **deberá contener**, como mínimo*”, puntuales “*declaraciones e informaciones*”, pues no solo el precitado admitió no

Sentencia en el proceso n.º 110013103003201700229 01

Clase: Verbal RCE. Accidente de Tránsito.

encontrarse inscrito en la lista de auxiliares de la justicia, sino que no aportó los documentos idóneos que certificaran sus títulos académicos y la respectiva experiencia profesional, así como la lista de los casos en los que hubiere sido designado como perito o en los que haya participado en la elaboración de un dictamen pericial; menos aún, y ello es medular, relacionó y adjuntó los documentos e información utilizados para la elaboración del dictamen (los que le sirvieron de insumo para calcular los rubros de daño emergente y lucro cesante consolidado); omisiones todas que prohíjan la falta de claridad, precisión y exhaustividad de la experticia y que, asimismo, corroboran la ausencia de prueba alguna de las erogaciones en las que presuntamente incurrió el actor como consecuencia del accidente de tránsito, así como de los ingresos mensuales que percibía para la época.

Y aunque el recurrente advirtió que no se adjuntaron los documentos utilizados para la elaboración del dictamen por una circunstancia constitutiva de “fuerza mayor o caso fortuito”, por cuanto “era otro abogado quien llevaba el proceso” y, al encomendársele la gestión a una nueva apoderada, “se perdió de vista el control de las pruebas”, lo cierto es que dicha exculpación deviene inane, pues bien se sabe que “toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”, por eso “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.

Lo anterior es desarrollo de los principios de necesidad y carga de la prueba, contenidos en los artículos 164 y 167 del CGP, los cuales, en palabras de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, **“le impone[n] a las partes la obligación de probar los supuestos de hecho en que edifica[n] la demanda, las excepciones, el incidente o el trámite especial, según el caso, o sea, que consiste en lo que a cada parte le asiste interés en probar, de modo que si el interesado en suministrarla no lo hace, o la allega imperfecta, se descuida o equivoca su papel de probador, necesariamente, ha de esperar un resultado adverso a sus pretensiones (...)”**¹².

¹² Sentencia de casación de 19 de abril de 1993, citada en la sentencia del mismo tenor de 15 de julio de 2010, exp. 1100131030132005-00265-01, M.P. Ruth Marina Díaz Rueda. En reciente oportunidad, la referida Corporación también recordó, desde “el punto vista normativo, **el principio conocido como carga de la prueba emerge de la conjunción de los artículos 177 del Código de Procedimiento Civil, conforme al cual «[i]ncumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen» y 1757 del Código Civil, que prevé «[i]ncumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta»; como carga procesal, le indica a los intervinientes cuáles son los hechos que deben demostrar para sacar adelante sus aspiraciones en el juicio, por lo que su omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para el litigante que la incumple, al constituirse en regla que le indica al juez como debe decidir.”** (Sentencia de 23 de noviembre de 2020, SC4426-2020, exp. n.º 11001-31-03-031-2001-00844-01. M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque; se resalta).

Por lo demás, el relevo del profesional que entonces conocía el caso resulta intrascendente de cara a exculpar la ausencia de prueba de los perjuicios materiales reclamados, pues es deber de los abogados conocer las normas jurídicas para el ejercicio de su profesión, sin que su inexperiencia justifique su falta de diligencia.

Menos aún puede pregonarse la existencia de una causa extraña en la falta de acopio de la prueba de los perjuicios, porque, como ha tenido oportunidad de precisar la Corte, una circunstancia constitutiva de fuerza mayor y caso fortuito supone, además de un hecho imprevisible, “que el hecho sea irresistible, o sea, que el agente no pueda evitar su acaecimiento ni superar sus consecuencias. En este preciso punto es indispensable anotar la diferencia existente entre la imposibilidad para resistir o superar el hecho y la dificultad para enfrentarlo. Porque un hecho no constituye caso fortuito o fuerza mayor, por la sola circunstancia de que se haga más difícil o más onerosa de lo previsto inicialmente” (sentencia de 16 de septiembre de 1961, G.J. T. XCVII; se resalta).

En el presente caso, como se vio, al mandatario judicial del extremo actor no le resultaba imposible aducir las probanzas tendientes a acreditar los supuestos de hecho en que soportó la generación de los perjuicios reclamados, tanto más cuando, como lo refirió el perito Gaitán Ariza, fue el susodicho profesional del derecho quien le exhibió tales documentos –para luego retirarlos– a fin de elaborar la experticia; es más, así se lo exigían los artículos 82.6, 164 y 167 del CGP, para el buen éxito de lo pretendido, todo lo cual descarta el carácter imprevisible e irresistible del móvil que se adujo para no acometer la labor de aportar los medios de persuasión de los menoscabos patrimoniales alegados.

De ese modo las cosas, el presente motivo de inconformidad no prospera.

3.2. El restante reparo concreto cuestiona que pese a encontrarse acreditadas las “deficiencias físicas” que le sobrevinieron al actor tras el accidente de tránsito, la juzgadora de primer grado no presumiera el perjuicio moral y de vida de relación que padeció.

3.3. La Corte ha señalado que el menoscabo de la esfera sentimental y afectiva de una persona,

“corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo” (cas. civ. sentencia 13 de mayo de 2008, SC-035-2008, exp. 11001-3103-006-1997-09327-01), de ordinario explicitado material u objetivamente por el dolor, la

pesadumbre, perturbación de ánimo, el sufrimiento espiritual, el pesar, la congoja, aflicción, sufrimiento, pena, angustia, zozobra, perturbación anímica, desolación, impotencia u otros signos expresivos” (fallo de 18 de septiembre de 2009, exp.2005-00406).

En el *sub judice*, contrario a lo que refirió la bancada demandada y la juez *a quo*, el actor señaló en su demanda que el dolor físico producido y la limitación en su movilidad le provocaron “inseguridad, estrés e irritabilidad”, afirmación que, lejos de ser insular, se acompasa con el informe técnico médico legal de lesiones no fatales del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de 22 de agosto de 2013, y la historia clínica, documentos que dan cuenta que el señor Bohórquez Ojeda sufrió una “fractura de fémur derecho”, lo que le generó una “deformidad en muslo derecho con limitación completa de la movilidad” por “fractura transversa diafisaria del tercio medio del fémur derecho”, por lo que el 3 de mayo de 2012 tuvo que ser sometido a cirugía de “reducción abierta más fijación con material de osteosíntesis, clavo intramedular”, lo que corroboran las imágenes aportadas con la demanda¹³ y los resultados de la ecografía de muslo derecho que refiere: “fractura en vías de consolidación con importante formación de cayo óseo localizado en el tercio medio de la diáfisis femoral derecha, clavo intramedular en adecuada posición, tornillo de fijación íntegros”.

Según el dictamen de medicina legal, “siguen siendo ostensibles las cicatrices descritas en reconocimientos anteriores, en región lateral del muslo derecho, presenta limitación a la flexión de la cadera derecha hasta 120°, acompañado de dolor y crepitaciones. Presenta dolor a la marcha en punta de pies y talones, cojera derecha a la marcha, más evidente en puntas de pies y talones por dolor”, por lo que se le prescribió una incapacidad definitiva de 120 días.

Por lo tanto, le asiste razón al recurrente en cuanto a que la juez *a quo* no podía pasar por alto el impacto natural que esa lesión generó en la imagen propia del señor Bohórquez, que necesariamente repercute en su órbita interna, por lo que la jurisdicción no puede ser ajena al resarcimiento del consecuente daño, máxime si se considera que la reparación debe ser integral (artículo 16 de la Ley 446 de 1996).

Al punto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que

¹³ Ver folios 25 a 38 del cuaderno principal digitalizado.

Sentencia en el proceso n.º 110013103003201700229 01

Clase: Verbal RCE. Accidente de Tránsito.

“En lo atañadero al **perjuicio moral** subjetivo se reconocerá porque resulta indudable la aflicción y congoja que a Diana Carolina Beltrán Toscano le produce... el accidente de marras..., pues es profundamente penoso..., ver en su cuerpo cicatrices que antes del insuceso no estaban y ser consiente que sus funciones psicológicas se encuentran alteradas..., así la estética médica logre arrasarlos, lo cual conlleva al quebrantamiento indiscutible de caros derechos de la personalidad y de la autoestima.”¹

En ese orden de ideas, se modificará el fallo apelado para condenar a los demandados a pagarle al demandante Bohórquez Ojeda los perjuicios morales que le ocasionó el accidente de tránsito, en cuantía de \$25'000.000.00, suma que se fija con fundamento en el arbitrio judicial, según jurisprudencia reiterada de la citada Corporación¹⁴.

3.4. El actor también solicitó ser indemnizado por daño a la vida de relación, por cuanto “ya no posee la misma capacidad para disfrutar de su familia, su deporte favorito: el fútbol, sus vecinos y amigos y la vida laboral y social que venía disfrutando, teniendo que sustraerse de tales actividades”.

Pues bien, sobre esa tipología de perjuicio inmaterial se ha dicho que “se contrae a las secuelas que éste tenga en el desenvolvimiento social del lesionado”, de suerte que si tal “rubro se concede únicamente a la víctima directa del menoscabo a la integridad psicofísica como medida de compensación por la pérdida del bien superior a la salud, que le impedirá tener una vida de relación en condiciones normales”, para la Sala es claro que también se impone su reconocimiento en el presente caso, si se repara en que, de acuerdo con el informe pericial de clínica forense del INMLCF de 22 de agosto de 2013, “siguen siendo ostensibles las cicatrices descritas en reconocimientos anteriores, en región lateral del muslo derecho”, amén de que “presenta limitación a la flexión de la cadera derecha hasta 120°, acompañado de dolor y crepitaciones. Presenta dolor a la marcha en punta de pies y talones, cojera derecha a la marcha, más evidente en puntas de pies y talones por dolor”, todo lo cual a la postre le generó las siguientes **secuelas de carácter permanente**: i) “deformidad física que afecta el cuerpo”; ii) “perturbación funcional de miembro inferior derecho”; y (iii) “perturbación funcional de órgano de la locomoción”.

Cabe agregar que el dictamen médico legal se rindió tras habersele practicado al actor la cirugía de “reducción abierta más fijación con

¹⁴ CSJ. Cas. civ. de 30 de junio y 8 de octubre de 2005.

Sentencia en el proceso n.º 110013103003201700229 01

Clase: Verbal RCE. Accidente de Tránsito.

material de osteosíntesis, clavo intramedular” de 3 de mayo de 2012, según la historia clínica.

Bajo ese horizonte, ciertamente las secuelas permanentes hacen que al señor Bohórquez Ojeda no le sea posible realizar con normalidad algunas actividades vitales que hacen agradable su existencia, como caminar o correr; de manera que, como lo ha dicho la jurisprudencia en asuntos similares, “sus hábitos de vida deben modificarse pues en adelante tendrá dificultades, privaciones, tropiezos y obstáculos en su **movilización**, en la posibilidad de desplegar ciertas conductas, así como en la forma de relacionarse con su futura pareja, sus familiares, sus amigos y con su entorno en general, por citar apenas algunos ejemplos”. (CSJ. Cas. Civ. Sent. 6 de mayo de 2016, exp. SC5885-2016, rad. 54001-31-03-004-2004-00032-01).

Por ello, en atención al precedente que viene de citarse, así como al arbitrio judicial que precede la materia, es razonable conceder en favor de la víctima del accidente de tránsito la suma de \$20’000.000 por dicho concepto.

Por consiguiente, se abre paso la apelación que ese sentido formuló el extremo actor.

4.- Alzada de Axa Colpatria Seguros S.A.

4.1. Reparó la aseguradora demandada en que hay ausencia de cobertura de la “póliza de responsabilidad civil extracontractual transporte servicio público pasajeros n.º 8001055175”, comoquiera que en el capítulo primero de “amparos y exclusiones” se reprodujo el texto del artículo 4º de la Ley 389 de 1997, en el sentido de que “la responsabilidad civil amparada... se refiere a hechos acaecidos durante la vigencia de este seguro, siempre que la reclamación del damnificado al asegurado o a Colpatria se efectúe dentro de los dos años siguientes a dicha ocurrencia”. Así, entre la fecha de verificación del hecho dañino (1º de mayo de 2012) y la admisión de la demanda (20 de abril de 2017) transcurrió con holgura el bienio a que alude la póliza, por lo que debió exonerársele del pago dispuesto en el fallo.

Si bien es cierto que la póliza de responsabilidad civil aludida se convino bajo la modalidad *claims made*, en la que se señaló que la reclamación del tercero afectado al asegurador o asegurado debía efectuarse durante los dos años siguientes a la verificación del siniestro, no es menos cierto que ello en efecto ocurrió.

Sentencia en el proceso n.º 110013103003201700229 01

Clase: Verbal RCE. Accidente de Tránsito.

En verdad, pese a que en su recurso la compañía de seguros manifestó que “no existe prueba de reclamación dentro del plazo señalado”, otra cosa manifestó Mariela Adriana Hernández Acero, representante legal de Axa Colpatria Seguros S.A., quien al ser preguntada acerca de si la compañía que representa “tuvo noticia del accidente acaecido el 1º de mayo del año 2012 en el que se vio involucrado el demandante Andrés Mauricio Bohórquez Ojeda y la camioneta afiliada a Asoptrans según se relata en la demanda”, contestó: “sí señora juez, **el señor Andrés Mauricio Bohórquez Ojeda presentó una reclamación a la compañía en el año 2013**, reclamación que fue contestada por la compañía en tiempo y fundamentada (...) [y] la compañía para evitar un litigio futuro le ofreció la suma de \$5.000.000”¹⁵.

Por manera que contrario a lo que se advirtió en el recurso de alzada, la reclamación sí se presentó dentro de los dos años siguientes a la ocurrencia del siniestro, de suerte que no se requieren mayores elucubraciones para colegir que el reparo propuesto no prospera.

4.2. Respecto a que “se probó de alguna manera que había una concurrencia de culpas en tratándose de dos actividades peligrosas” y, en consecuencia, la compañía de seguros carece de legitimación en la causa por pasiva, es suficiente remitirse a lo dicho en el numeral 2.2 de las consideraciones de este fallo, en el que dicho reparo, igualmente propuesto por la Asociación Pública de Transporte –Asoptrans Ltda.-, ameritó un despacho frontal.

4.3. Por último, conviene destacar que la recurrente abandonó en esta instancia el reparo concreto según el cual la falladora de primer nivel no tuvo en cuenta que en las condiciones particulares de la póliza se limitó la indemnización del lucro cesante al 20% del valor asegurado, o sea, a la suma de \$3.213.600,00; motivo por el cual, como “...está vedado al *ad quem* pronunciarse... sobre aquellos reproches que, pese a haber sido indicados en esa primera etapa del recurso, no fueron sustentados posteriormente...”¹⁶, queda relevado el Tribunal de efectuar una manifestación al respecto.

4.4. Amén de los reparos concretos propuestos por la accionada y llamada en garantía, y dado que el fallo de primer grado se revocará parcialmente para acoger las pretensiones de índole inmaterial, conviene estudiar las excepciones que la compañía aseguradora tituló: “una eventual indemnización a cargo del asegurador debe respetar los

¹⁵ Audiencia de 15 de abril de 2021, parte 2, minuto 1:03:05 en adelante.

¹⁶ CSJ. Sentencia SC3148-2021 de 28 de julio, rad. 002-2014-00403-02. M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

límites del valor asegurado de la póliza que amparaba el vehículo involucrado en el accidente”; “ausencia de cobertura de todo tipo de responsabilidad derivada de perjuicios fisiológicos o de vida de relación”; “los perjuicios morales están amparados con un sublímite del sesenta por ciento (60%) del valor asegurado y su fijación está en cabeza del juez de conocimiento”; y “prescripción extraordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro en cuanto se refiere al seguro que amparaba la responsabilidad civil extracontractual del vehículo de placas SYR-498, consignado en la póliza 8001055175”.

Pues bien, a este asunto se allegó el contrato de seguro que la demandada y su llamada en garantía convinieron, lo que dio lugar a la expedición de la póliza n.º 8001055175 vigente entre el 31 de agosto de 2011 y el 31 de agosto de 2012, de cuya carátula se extrae que “... la cobertura de perjuicios morales es del 60% del valor asegurado”¹⁷, de suerte que las excepciones tituladas “una eventual indemnización a cargo del asegurador debe respetar los límites del valor asegurado de la póliza que amparaba el vehículo involucrado en el accidente” y “los perjuicios morales están amparados con un sublímite del sesenta por ciento (60%) del valor asegurado y su fijación está en cabeza del juez de conocimiento” están llamadas a prosperar, razón por la cual Axa Colpatria Seguros S.A., en su doble condición de demandada y llamada en garantía, entrará a responder únicamente por el 60% del valor asegurado por lesión o muerte a una persona (\$32’136.000,00), es decir, \$19’281.600,00, más los intereses moratorios “del 6% legal” que se generen sobre ese monto, en el evento de que no se erogue dentro del término concedido en el fallo de primer grado. Los restantes \$5.718.400,00 serán asumidos por los demás demandados, a saber: Edwin y María Aleida Arias Leguizamón, y la Asociación Pública de Transporte –Asoptrans Ltda.-, junto con los intereses moratorios que se causen por el retardo en el pago.

En cuanto atañe a la restante excepción, es cierto que en el literal o) del numeral 1.4 de las condiciones generales de la póliza (póliza de seguro de responsabilidad civil extracontractual transportadores de servicio público de pasajeros) se excluyó: “todo tipo de responsabilidad derivada de perjuicios fisiológicos o de vida de relación”.

Sin embargo, por más que las cosas fueran de ese modo, no puede pasarse por alto que esa exclusión resulta ineficaz, pues tan solo figura en las condiciones generales del contrato de seguro, sin parar mientes en que debió quedar consignada en la carátula de la respectiva póliza, lo cual, según lo ha destacado recientemente la Corte Suprema de Justicia en sede

¹⁷ Ver folio 259, cuaderno principal digitalizado.

Sentencia en el proceso n.º 110013103003201700229 01

Clase: Verbal RCE. Accidente de Tránsito.

de tutela, es un presupuesto indispensable para la eficacia de esa estipulación¹⁸.

En efecto, de acuerdo con los artículos 44 (num. 3º) de la Ley 45 de 1990¹⁹ y 184 (num. 2, lit. c) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero²⁰, y a la luz de las circulares externas n.ºs 007 de 1996²¹ y 076 de 1999²² de la Superintendencia Financiera de Colombia, la aludida exclusión debió consignarse en la reseñada pieza contractual, lo que aquí, se *itera*, no ocurrió.

Al punto, la Corte, en un asunto con perfiles análogos, enfatizó:

“(…) Ahora bien, respecto de los artículos 44 de la Ley 45 de 1990 y 184 del decreto 663 de 1993, que indican clara e inequívocamente que los amparos básicos y las exclusiones deben figurar en caracteres destacados en la primera página de la póliza, el juzgador realizó una exótica interpretación, según la cual esas disposiciones sólo expresan ‘que las condiciones generales deben contener, de manera continua y con posterioridad a la primera página, amparos y exclusiones’, mas no que éstas deben consignarse en la primera página; lo anterior en contravía de lo explicado por la jurisprudencia de esta Corte en STC 514 del 29 de enero de 2015 (…)

(…) Según el artículo 27 del Código Civil, ‘cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu’. Luego, como el artículo 44 de la Ley 45 de 1990 y el artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero son claros al exigir como requisito que ‘los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza’, cualquier otra interpretación que desconozca el tenor literal de esas disposiciones se erige en una arbitrariedad, tal como ocurrió

¹⁸ Ver las siguientes sentencias: 29 de enero de 2015. Ref. 2015 00036 00; STC13117-2018 de 10 de octubre, exp. 11001-02-03-000-2018-02873-00; y STC3552-2020 de 1º de junio, exp. 11001-02-03-000-2020-01019-00.

¹⁹ “Las pólizas deberán ajustarse a las siguientes exigencias: (...) 3. **Los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza**”.

²⁰ “2. Requisitos de las pólizas. Las pólizas deberán ajustarse a las siguientes exigencias: (...) c. **Los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza**”.

²¹ “Los amparos básicos y **todas las exclusiones que se estipulen deben consignarse en forma continua a partir de la primera página de la póliza**. Estas deben figurar en caracteres destacados o resaltados, según los mismos lineamientos atrás señalados y en términos claros y concisos **que proporcionen al tomador la información precisa sobre el verdadero alcance de la cobertura contratada**. No se pueden consignar en las páginas interiores o en cláusulas posteriores exclusiones adicionales en forma distinta a la prevista en este numeral”.

²² “2. Primera página de la póliza. **En esta página debe figurar, en caracteres destacados, según, los mismos lineamientos atrás señalados, y en términos claros y concisos que proporcionen al tomador la información precisa sobre el verdadero alcance de la cobertura contratada, los amparos básicos y todas y cada una de las exclusiones que se estipulen**. Por ningún motivo se podrán consignar en las páginas interiores o en las cláusulas posteriores exclusiones adicionales que no se hallen previstas en la primera condición aquí estipulada”.

Sentencia en el proceso n.º 110013103003201700229 01

Clase: Verbal RCE. Accidente de Tránsito.

con la particular exégesis del Tribunal, según la cual el sentido de aquellas normas es ‘que las condiciones generales deben contener, de manera continua y con posterioridad a la primera página, amparos y exclusiones’, lo cual es tan absurdo y alejado de la finalidad de la ley que no merece mayores comentarios (...).

(...) Al respecto, esta Corporación en varias oportunidades ha aclarado que **el marco legal que regula el tema de las exclusiones en las pólizas de seguro es de naturaleza pública y, por tanto, de obligatorio cumplimiento, lo que vicia de ineficacia las estipulaciones de los contratos de seguro que se celebren con desconocimiento de tales formalidades. En consecuencia, las exclusiones que contravengan los requerimientos legales, como su redacción en caracteres destacados en la primera página de la póliza, se tendrán en todos los casos como no escritas**, tal como lo ha afirmado esta Corte en STC del 25 de julio de 2013 (Rad. 01591-01) y STC514 del 29 de enero de 2015 (Rad. 201500036-00) (...).

“(...) La elaborada interpretación del Tribunal, en suma, desconoció el imperio de la Ley y los lineamientos jurisprudenciales que esta Sede ha expresado en materia de cumplimiento de requisitos formales de las pólizas de seguros, lo que lo condujo a dar valor probatorio a unas exclusiones que no sólo no eran tales -como se indicó con anterioridad- sino que ni siquiera se demostró que hicieran parte del contrato de seguro, como enseguida pasa a explicarse (...)” (CSJ. STC17390-2017, de 25 de octubre de 2017, exp. 11001-02-03-000-2017-02689-00; se resalta).

Así las cosas, no es posible acoger la defensa que en ese sentido formuló Axa Colpatria Seguros S.A., vale decir, la de “ausencia de cobertura de todo tipo de responsabilidad derivada de perjuicios fisiológicos o de vida de relación”, por lo que la compañía aseguradora deberá responder por el monto de \$20.000.000,00 por concepto de daño a la vida de relación.

Para finalizar, en cuanto atañe a la excepción de “prescripción”, no se requieren mayores lucubraciones para deducir su falta de prosperidad, si se tiene en cuenta que, de acuerdo con el artículo 1131 del Código de Comercio, para la víctima el lapso extintivo discurre desde el hecho externo que estructura el siniestro, vale decir, en el presente asunto, desde el 1º de mayo de 2012, de suerte que si la reclamación se efectuó “en el año 2013”, conforme lo puso de presente la representante legal de la

Sentencia en el proceso n.º 110013103003201700229 01

Clase: Verbal RCE. Accidente de Tránsito.

compañía de seguros al absolver interrogatorio, no hay duda de la falta de consolidación del quinquenio prescriptivo²³ en este caso.

En conclusión, se confirmarán los numerales 1º a 4º y se revocará el 5º de la parte resolutive del fallo de primera instancia, conforme viene de explicarse; se condenará en costas de esta instancia a los demandados, ante las resultas de sus alzamientos, en los términos del artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, en Sala Séptima Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Confirmar los numerales 1º a 4º de la sentencia virtual que el 22 de julio de 2021 profirió el Juzgado 3º Civil del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

Segundo. Revocar el numeral 5º de ese mismo fallo y, en su lugar, declarar civilmente responsables a los demandados Edwin y María Aleida Arias Leguizamón, Asociación Pública de Transporte –Asoptrans Ltda.- y Axa Colpatria Seguros S.A. de los perjuicios inmateriales (moral y de vida de relación) sufridos por el demandante Andrés Mauricio Bohórquez Ojeda, por las razones expuestas en la parte motiva.

Tercero. Declarar infundadas las defensas formuladas por Axa Colpatria Seguros S.A. frente a la demanda y el llamamiento en garantía que le hizo la Asociación Pública de Transporte Ltda. –Asoptrans Ltda.-, salvo las tituladas: “una eventual indemnización a cargo del asegurador debe respetar los límites del valor asegurado de la póliza que amparaba el vehículo involucrado en el accidente” y “los perjuicios morales están amparados con un sublímite del sesenta por ciento (60%) del valor asegurado y su fijación está en cabeza del juez de conocimiento”, que prosperan por lo dicho en la parte motiva.

Por consiguiente, **condenar** a la referida aseguradora a pagar al demandante las siguientes sumas: \$19’281.600,00, por concepto de daño moral, y \$20.000.000,00, por daño a la vida de relación, dentro del término que fijó la juez *a quo* en el fallo recurrido, so pena de reconocer los intereses moratorios a la tasa que allí mismo se señaló. Los restantes \$5.718.400,00, por concepto de daño moral, serán asumidos por los demandados Edwin y María Aleida Arias Leguizamón, y la Asociación Pública de Transporte –Asoptrans Ltda.- en el mismo plazo, junto con

²³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 6 de mayo de 2016, rad.: 2004 -032, MP.: Luis Armando Tolosa Villabona.

Sentencia en el proceso n.º 110013103003201700229 01

Clase: Verbal RCE. Accidente de Tránsito.

los intereses moratorios que se causen, conforme a lo dicho en la parte motiva.

Cuarto. Costas de esta instancia a cargo de la Asociación Pública de Transporte –Asoptrans Ltda. y Axa Colpatria Seguros S.A., en favor del demandante (artículo 365 del CGP). Líquidense por la juez a *quo* conforme al artículo 366, *idem*. El Magistrado sustanciador fija como agencias en derecho la suma de **\$3'000.000.00.**

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

Los magistrados,

Firmado Por:

Manuel Alfonso Zamudio Mora
Magistrado
Sala 005 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Oscar Fernando Yaya Peña
Magistrado
Sala 011 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Jesus Emilio Munera Villegas
Magistrado
Sala Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación:

**8f4fb715df62349a35ea44a3aa3426b26bf131a85822ed6b2e89e7187b
 4ae0bd**

Documento generado en 26/10/2021 11:23:53 AM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Bogotá, D. C., veintiséis de octubre de dos mil veintiuno

Proceso: Verbal
Demandante: Diego Fernando Palacios Bernal
Demandado: Clínica ESIMED Jorge Piñeros Corpas,
SaludCoop EPS en liquidación y/o entidad
subrogatoria de derechos y obligaciones de la
entidad liquidada
Radicación: 110013103019201800516 01
Procedencia: Juzgado 19 Civil del Circuito de Bogotá
Asunto: Apelación de sentencia

En los términos del artículo 325 de la ley procesal civil se
RESUELVE:

Revisado el plenario se advierte que confluyen las exigencias legales para admitir el recurso, pues fue formulado por quien tiene legitimación para ello y se expusieron los reparos concretos a la providencia cuestionada, por ende, **SE ADMITE**, en el efecto devolutivo, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia emitida el 3 de noviembre de 2020 en el asunto de la referencia por el Juzgado 19 Civil del Circuito de Bogotá.

Notifíquese,

RUTH ELENA GALVIS VERGARA
Magistrada.

Firmado Por:

Ruth Elena Galvis Vergara
Magistrada
Sala Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **f34aa730f4554c04d07dcff1fd28ebef793d3e3b33c7a40f86decdecbb12a36b1**

Documento generado en 26/10/2021 10:03:28 a. m.

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA SÉPTIMA CIVIL DE DECISIÓN**

Bogotá D.C., veintiséis (26) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Magistrado ponente: **MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA**

Proceso N.º 110013103020201900082 01
Clase: VERBAL – SIMULACIÓN
Demandantes: AMPARO y MARÍA DEL CONSUELO ARIAS PRIETO
Demandados: ROSA HELENA CASAS CIFUENTES y JORGE ALIRIO ARÉVALO MOLINA

Sentencia discutida y aprobada en sala n.º 34 de 14 de septiembre del año en curso y n.º 41 de la fecha.

Con fundamento en el artículo 14, inciso 2º del Decreto Legislativo 806 de 4 de junio de 2020, el Tribunal emite sentencia escrita con motivo de la apelación interpuesta por los demandados contra el fallo que el 21 de septiembre de 2020 profirió el Juzgado 20 Civil del Circuito de Bogotá, mediante el cual declaró, en síntesis, que el contrato objeto del litigio es absolutamente simulado.

ANTECEDENTES

1. Amparo y María del Consuelo Arias Prieto instauraron demanda contra Rosa Helena Casas Cifuentes y Jorge Alirio Arévalo Molina para que se declare absolutamente simulado el contrato de compraventa del inmueble ubicado en la Carrera 97 A # 38 – 16 sur de esta ciudad, identificado con el folio de matrícula n.º 50S-40133927, contenido en la escritura pública n.º 294 de 14 de febrero de 2014, aclarada a través del instrumento n.º 935 de 25 de abril siguiente, ambos otorgados en la Notaría 23 del Círculo de esta capital; en consecuencia, pidieron que se libran las comunicaciones al registrador de instrumentos públicos para que se cancelen las anotaciones correspondientes en el certificado de tradición y libertad; y que se condene a los demandados a la restitución del predio junto con el pago de los frutos civiles respectivos.

Las actoras apoyaron sus pretensiones en los hechos que a continuación se compendian:

a) El 22 de junio de 1996 su progenitor, Hilario Arias Galindo, contrajo matrimonio católico con la señora Rosa Elena Casas Cifuentes.

b) En vigencia de la sociedad conyugal la pareja acordó adquirir el inmueble ubicado en la Carrera 97 A # 38 – 16 sur de esta ciudad; sin embargo, su padre “movido por la gran confianza que le tenía a su esposa, dejó en manos de ella todo el proceso de negociación”, al punto que en la escritura pública n.º 3545 de 6 de diciembre de 2001, con la que se instrumentó ese negocio, solo figura ella como compradora, quien, además, refirió que su estado civil era soltera.

c) Desde el 7 de enero de 2011 los consortes se separaron de hecho.

d) El 7 de noviembre de 2013 el señor Arias Galindo citó a su cónyuge a audiencia de conciliación extrajudicial con el fin de disolver y liquidar la sociedad conyugal, oportunidad en la que no llegaron a un acuerdo, razón por la cual formuló demanda de divorcio que le correspondió conocer al Juzgado 25 de Familia de Bogotá.

e) En el transcurso de ese juicio, la señora Rosa Elena Casas Cifuentes enajenó el predio a su yerno, Jorge Alirio Arévalo Molina, a través de la escritura pública n.º 294 de 19 de febrero de 2014, oportunidad en la cual volvió a manifestar que su estado civil era “soltera sin unión marital de hecho”; empero, el 25 de abril postrero suscribió la escritura pública n.º 935 de igual calenda, en la que aclaró que era casada con sociedad conyugal vigente.

f) El Juzgado 25 de Familia de esta ciudad profirió sentencia el 4 de marzo de 2015, en la que declaró la cesación de los efectos civiles del matrimonio católico y disuelta y en estado de liquidación la sociedad conyugal. A continuación, se adelantó el trámite liquidatorio, pero en la diligencia de inventarios y avalúos se evidenció que el predio ya no pertenecía a la señora Casas Cifuentes, “por lo que no habían bienes a liquidar”.

g) El señor Arias Galindo falleció el 5 de abril de 2016.

h) La demandada transfirió la propiedad del inmueble “con el único objetivo de no dar a [su ex cónyuge] lo que le correspondía en la liquidación de la sociedad conyugal”; asimismo, quedó en evidencia “su mala fe tanto en los actos notariales como en la audiencia de conciliación y la transferencia del bien dos meses después de haberse iniciado el proceso de divorcio”, amén de que, por una parte, “el comprador no pagó el precio” y, por otra, “el precio de la venta” instrumentado en la

escritura pública ya referenciada, “es inferior a la mitad del justo precio que el inmueble tenía al momento del negocio”.

2. Notificados, los demandados propusieron las defensas de “inexistencia de los hechos y del derecho que se invoca”, “inexistencia de interés jurídico por activa y por pasiva para obtener sentencia favorable a las pretensiones” y “dolo, temeridad y mala fe”.

Dichas defensas se soportaron, en lo medular, en que la señora Casas Cifuentes adquirió el lote y construyó la casa de habitación objeto de este pleito con dineros de la herencia de su padre y la indemnización que obtuvo por la muerte de uno de sus hijos, en tanto que su ex compañero sentimental no aportó suma alguna; en vida, el señor Arias Galindo suscribió un documento autenticado ante notario en el que manifestó que “no reclamaría ningún derecho sobre dicho inmueble”.

3. La sentencia de primera instancia.

La juez *a quo* acogió las pretensiones de la demanda; en consecuencia, declaró absolutamente simulado el contrato de compraventa contenido en la escritura pública n.º 294 de 14 de febrero de 2014, corregida a través del instrumento n.º 935 de 25 de abril de esa misma anualidad; y dispuso la cancelación de las anotaciones correspondientes en el folio de matrícula del inmueble.

Para decidir en esa forma, señaló lo siguiente:

i) No hay duda del interés jurídico de las demandantes en pretender que se declare la simulación del negocio cuestionado, pues al ser descendientes del cónyuge fallecido, buscan salvaguardar, *jure hereditario*, el haber social.

ii) El inmueble objeto del presente litigio fue adquirido en vigencia del matrimonio, por lo que, en principio, hace parte de la sociedad conyugal.

iii) Pese a que la señora Casas Cifuentes predicó dominio absoluto sobre dicho predio, al alegar que lo adquirió a título oneroso en vigencia de la sociedad conyugal con recursos propios provenientes de la venta de un inmueble que le fue adjudicado en la herencia de su padre, lo cierto es que, al suscribir la escritura pública n.º 3545 de 6 de diciembre de 2001, no expresó su ánimo de subrogar, cual lo exige el artículo 1789 del Código Civil, de suerte que, contrario a lo que afirmó, el fundo ciertamente hace parte de la sociedad conyugal.

Inclusive, de obviar lo anterior, lo cierto es que el valor que recibió como herencia no se identifica a plenitud con el precio del inmueble de este pleito, porque, para el año de 1997, tras la venta del bien heredado,

recibió la suma de \$1.534.833,00, en tanto que el precio de venta del terreno que corresponde a este litigio fue de \$2.200.000,00 (fl. 6, cdno. 1), sin que se hubiere acreditado cómo obtuvo el remanente para completar el saldo, máxime que, según lo narraron los testigos, la señora Casas Cifuentes después de casarse con el señor Arias Galindo no ejercía actividad económica alguna.

iv) Pese a que la demandada aseguró haber construido el inmueble con recursos propios, lo cierto es que las probanzas que aportó para respaldar esa afirmación no coinciden con el espacio temporal en que se ejecutaron las obras; ello porque los \$24.000.000,00 por la muerte de su hijo los recibió el 24 de agosto de 2010, suma que, en todo caso, fue entregada a la señora Luz Rocío Sánchez y no a ella (fl. 132, cdno. 1); por igual, la pensión de sobrevivientes que recibió por el deceso de su descendiente, le fue otorgada el 21 de diciembre de 2012; en tanto que el subsidio de vivienda por valor de \$28.245.423,00, lo recibió el 14 de febrero de 2013 y lo fue para mejora de vivienda, no para construcción, vicisitud que evidencia que antes de esa fecha (2013) ya existía la construcción, lo que coincide con el dictamen pericial practicado en este juicio, en el que se señaló que para los años 2008 y 2009 ya existía la edificación.

En cuanto a la deprecada simulación, la halló probada tras analizar los siguientes indicios en conjunto:

a) Parentesco entre los contratantes: el comprador Jorge Alirio Arévalo Molina es yerno de la vendedora.

b) Grado de confianza o amistad íntima entre los contratantes: lo encontró acreditado, porque el señor Arévalo le prestaba sumas de dinero a la señora Casas, préstamos que, según lo expusieron los contratantes, ascendieron a la suma de \$50.000.000,00.

c) Falta de capacidad de pago del comprador: La sola existencia del negocio de colchonería a que aludió el comprador no permite inferir que haya podido costear, sin ningún movimiento financiero adicional, el valor de \$107.000.000,00 pactado como precio del inmueble; no resultare creíble, además, que ese pago lo hubiere realizado en efectivo; y a pesar de que adujo que parte de los recursos los obtuvo de la venta de un inmueble de su propiedad, cuyo pago se efectuó mediante cheque girado por una entidad financiera, no hay prueba de ningún movimiento financiero a continuación para trasladar esos supuestos recursos a la vendedora, sin que, en todo caso, la susodicha venta del bien de su propiedad aparezca demostrada.

En la contestación de la demanda no se hizo alusión a la capacidad económica del comprador, pues las defensas se centraron en demostrar

que el bien cuya simulación se deprecó le pertenecía a la señora Casas Cifuentes.

Y si bien la demandada intentó aportar documentales para acreditar la venta del bien de propiedad del comprador con cargo al cual se sufragó parte del precio, lo cierto es que dicha probanza se allegó cuando ya había fenecido la oportunidad para incorporar pruebas.

d) Ausencia de motivo que justifique la venta: si bien se dijo que la vendedora le adeudaba al comprador la suma de \$50.000.000,00 por préstamos que éste le hizo, no hay probanza alguna que respalde ese aserto, ni prueba que determine por qué se generaron esos préstamos, ni la fecha de tales desembolsos, ni los montos.

Y es que, si como lo afirmó la señora Casas Cifuentes, en la actualidad vive en arriendo, no se observa la necesidad de la venta y de cambiar su condición de propietaria por la de arrendataria; tampoco se explicó cuál fue la destinación que le dio al dinero que le ingresó producto de la venta, pues, por ejemplo, no adquirió otro inmueble con esos emolumentos; que si tenía una deuda con su yerno, bien pudo haber vendido solo una parte del predio, todo lo cual, entonces, permite inferir que no se encuentra justificación a la venta.

Además de lo anterior, no pude obviarse que la enajenación se efectuó en el año 2014, sin que hubiera una verdadera necesidad de hacerlo porque para esa época la vendedora ya había recibido la indemnización por la muerte de su hijo (2010), la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su descendiente (que le fue reconocida en el año 2012) y el subsidio de vivienda (en el 2013).

e) Falta de pago del precio: además de que no se demostró la capacidad económica del comprador, los contratantes manifestaron que los \$107.000.000,00 pactados como precio, se pagaron en efectivo, sin que obre prueba alguna de tal situación; tampoco se aportaron movimientos financieros que acrediten el registro del ingreso que el comprador percibió por la venta de un bien de su propiedad, con cargo al cual obtuvo parte de los recursos para la compra del nuevo.

f) No entrega de la cosa vendida: según lo manifestaron algunos testigos, la señora Casas Cifuentes ha habitado el inmueble objeto de este pleito o, cuando menos, ha percibido los arriendos de ese inmueble, dado que algunas zonas se encuentran arrendadas.

g) Ocultamiento del negocio jurídico: la compraventa no se publicitó; ello explica que el señor Arias Galindo incluyera el inmueble objeto de este litigio en la liquidación de la sociedad conyugal.

Y si bien el precitado suscribió una declaración extra juicio en la que reconoció que se trataba de un bien propio de su esposa (fl. 129), varios de los testigos, en especial Guillermo Monsalve, afirmaron que la señora Casas se dedicaba al hogar desde que los consortes contrajeron nupcias y, por tanto, no percibía ingresos, amén de que el señor Hilario era analfabeto o no tenía la idoneidad para manejar sus negocios, sin que en dicha declaración ante notario conste que se le hubiere leído el contenido de ese documento.

Además, llama la atención que esa acta se hubiere suscrito tras la separación de hecho de los cónyuges que tuvo lugar en 2011, máxime que al presentar la demanda de divorcio, dentro de la liquidación de la sociedad conyugal el señor Hilario incluyó el inmueble de marras, y cuando citó a conciliación a su esposa en noviembre de 2013, también hizo alusión a la forma en que debía ser repartido el predio (fl. 19).

h) Precio irrisorio: se estipuló un precio cercano al avalúo catastral, pero, sorprendentemente, en sus declaraciones los demandados dijeron que la venta no había sido por \$107.000.000,00, sino por \$150.000.000,00, luego de incluir los \$50.000.000,00 que la señora Casas supuestamente le adeudaba al señor Arévalo, circunstancia que se revela como sospechosa y que indica que el negocio no fue real.

Así pues, con los anteriores indicios, estimó probada la intención de la demandada de sustraer el bien de la sociedad conyugal.

El recurso de apelación.

Inconforme con lo decidido, la parte demandada interpuso recurso de apelación, soportado en los siguientes reparos que esbozó en audiencia:

i) Las demandantes no acreditaron, como era de su incumbencia, los supuestos de hecho en que soportaron sus pretensiones.

ii) Los testigos que concurrieron al proceso por cuenta de las actoras, amén de sospechosos, son de oídas y se limitaron a “decir una lección aprendida”, pero no dieron certeza de los hechos a probar.

iii) El dictamen pericial practicado en ese asunto carece de validez, por cuanto el perito, a pesar de habersele encomendado establecer el avalúo del predio, fungió como juez “al analizar conceptos sobre la demanda, la contestación y las pruebas”, sin que hubiere concurrido al inmueble para constatar sus linderos.

iv) La señora Casas Cifuentes fue quien adquirió y construyó “poco a poco” el inmueble objeto de este proceso, incluso con

préstamos de su yerno, pues el señor Arias Galindo no tenía la intención de adquirir un predio.

v) No se tuvo en cuenta la declaración notarial que obra en el expediente, proveniente del señor Arias Galindo, en la que manifiesta que el inmueble de marras lo adquirió su esposa; sin que pudiera sostenerse que fuera analfabeta, como lo señaló la juez *a quo*.

vi) La venta de la casa encontró vengero en la deuda que la vendedora tenía con el comprador por todos los préstamos que éste le hizo; el comprador solicitó un préstamo que no quedó documentado para adquirir el inmueble. La vendedora con el dinero que obtuvo “posiblemente” pudo haber iniciado un negocio que le reportara ingresos.

Tales motivos de disentimiento fueron sustentados por escrito en la oportunidad que regula el artículo 14 del Decreto 806 de 2020.

CONSIDERACIONES

Los presupuestos procesales se hallan reunidos en el presente asunto, la actuación se desarrolló con normalidad y no se observa causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, de modo que ello conlleva a la presente decisión, en los términos y con las limitaciones que establecen los artículos 327 (inciso final) y 328 (inciso primero) del CGP, y la jurisprudencia (CSJ. STC.2061/2017 de 30 agosto).

En orden a resolver los reparos concretos que los demandados formularon contra el fallo impugnado, se advierte sin esfuerzo que no fueron combatidos los fundamentos cardinales del mismo como pasa a explicarse.

Sea lo primero señalar que aun cuando los recurrentes manifestaron que fue la señora Casas Cifuentes quien adquirió y construyó el inmueble objeto de este litigio con recursos propios, sin la participación del señor Hilario Arias Galindo, dicho reparo en verdad no reporta ninguna utilidad, si se tiene en cuenta que con ocasión del matrimonio que contrajeron el 22 de junio de 1996, surgió la sociedad conyugal de gananciales, la que durante su vigencia conformó un patrimonio común con los bienes que adquirieron los consortes, tal como lo señalan los artículos 180 del Código Civil y 1º de la Ley 28 de 1932, el primero modificado por el artículo 13 del Decreto 2820 de 1974.

Ese régimen de comunidad de bienes, que encuentra su origen en el casamiento, se caracteriza por excluir los inmuebles y derechos reales adquiridos con anterioridad a las nupcias y los que se obtengan durante ese convenio a título gratuito, así como por permitirle a cada cónyuge la

libre administración y disposición de los bienes que adquiriera a su nombre pero que hacen parte del activo social.

En ese orden de ideas, con base en esas puntuales nociones, si el inmueble objeto de este pleito fue adquirido por la señora Rosa Elena Casas Cifuentes el 6 de diciembre de 2001, cuando se hallaba vigente el matrimonio, y antes de acaecer la separación de hecho de los cónyuges, podría colegirse, en principio, que el mismo ingresó a la sociedad conyugal, por así disponerlo la ley, con prescindencia de que ella, en solitario, presuntamente, efectuara el pago del lote y lo edificara.

Con todo, la discusión en torno a si el bien raíz pertenece o no a la sociedad conyugal, es cuestión que puede plantearse en el proceso de liquidación de la masa social, por la vía del trámite de objeción de inventarios (art. 523, inc. 5º, CGP); sin embargo, mientras el juez natural de la causa no dilucide el punto, atendiendo al contexto episódico descrito, debe asumir la Sala que el bien corresponde a la masa social, lo que legitima a las demandantes para demandar la simulación, como se explicará en líneas posteriores.

Ahora bien, aunque al replicar el libelo la demandada manifestó que con la venta de un inmueble de su propiedad¹ adquirió el que es objeto de este proceso, con lo que pudiera colegirse la existencia de una subrogación de bienes raíces de la sociedad conyugal a que alude el artículo 1789 del Código Civil², lo cierto es que, auscultadas las escrituras públicas n.ºs 391 de 13 de febrero de 1997 y 3545 de 6 de diciembre de 2001, de enajenación y compra, respectivamente, no aparece en ellas la intención de la señora Casas Cifuentes de subrogar, por lo que ese instituto jurídico, con el que el extremo pasivo sugirió excluir ese predio de la sociedad conyugal, no se configuró en este caso.

Bajo ese horizonte, no anduvo desacertada la juez *a quo* al despachar en forma adversa los reparos encaminados a demostrar que la señora Casas Cifuentes fue quien adquirió y construyó el inmueble aludido en precedencia.

Y no obstante que los recurrentes señalaron que la juez de primera instancia le restó mérito demostrativo al “acta de declaración juramentada” n.º 0604 de **12 de enero de 2011**, mediante la cual el señor

¹ El ubicado en la Calle 6ª Bis n.º 83 – 75 de esta ciudad, cuyo 5.55% le fue adjudicado en la sucesión de su padre Graciano Casas Ovalle, y que posteriormente fue vendido al señor Miguel Antonio Forero, a través de la suscripción de la escritura pública n.º 391 de 13 de febrero de 1997 (fls. 176 – 214, cdno. 1 digital).

² Por virtud de la cual, en apretada síntesis, si uno de los cónyuges enajena un bien raíz propio (adquirido antes del matrimonio), con la finalidad de obtener uno nuevo en vigencia del vínculo nupcial -total o parcialmente con el dinero de la venta- el nuevo también va a ser un bien propio, razón por la cual no ingresa al patrimonio de la sociedad conyugal, siempre que se cumplan las solemnidades que exige el precepto en mención (artículo 1789 del Código Civil), entre ellas, “que en las escrituras de venta y de compra se exprese el ánimo de subrogar”.

Hilario Arias Galindo manifestó no “corresponderle nada” en el inmueble objeto de este proceso, por tratarse de un bien adquirido por su esposa “con sus herencias”³, dicho motivo de disentimiento deviene inane, pues, a lo dicho en párrafos anteriores, conviene agregar que, de acuerdo con el artículo 1775 del Código Civil, modificado por el artículo 61 del Decreto 2820 de 1974, “cualquiera de los cónyuges siempre que sea capaz, podrá renunciar a los gananciales **que resulten a la disolución de la sociedad conyugal**, sin perjuicio de terceros”, de donde se infiere que la abdicación a gananciales es viable en tanto opere cualquiera de las causas de disolución de la sociedad conyugal previstas en el artículo 1820 del Código Civil.

En el presente asunto, la sociedad conyugal se disolvió el **4 de marzo de 2015**, cuando el Juzgado 25 de Familia de Bogotá profirió sentencia mediante la cual declaró la cesación de los efectos civiles del matrimonio católico, circunstancia que explica que, no obstante el contenido de la declaración extra juicio referida líneas atrás, el señor Hilario Arias Galindo incorporara el inmueble objeto de este litigio en la relación de inventarios y avalúos que presentó, a través de apoderada, ante el Juez 2º de Familia de Descongestión de esta ciudad, con miras a lograr la liquidación de la sociedad conyugal⁴, de suerte que, una vez disuelta, optó por incluir ese predio en el trámite liquidatorio en lugar de renunciar a gananciales.

Lo que resulta coherente si, como lo tiene dicho la jurisprudencia, “(...) disuelta la sociedad por cualquiera de las causas legales, **se actualiza el derecho de cada uno de los cónyuges sobre los bienes sociales** para la determinación de los gananciales que a cada uno correspondan”⁵.

Esa otra oportunidad, esa misma Corporación señaló:

“Disuelta la sociedad conyugal por cualquiera de los modos establecidos en la ley, esta se extingue **para permitirle a los cónyuges establecer hacia el futuro el régimen de separación de bienes**. Al mismo tiempo surge la eventual masa universal de gananciales, conformada por los bienes, deudas sociales y los elementos que la integran. De igual manera, queda sometida a la liquidación, una o varias, como instrumento legalmente apto para definir los derechos que sobre ella tiene cada ex cónyuge.” (CSJ. SC4528-2020/de 23 de noviembre; se subraya y resalta).

³ Ver folio 166 del cuaderno 1 digital.

⁴ Ver folios 67 – 71, *ib.*

⁵ CSJ. SC3864-2015/de 7 de abril.

Dilucidado lo anterior, resta por analizar los demás reparos concretos, encaminados como están, a refutar la declaración de simulación de la venta que la señora Rosa Elena Casas efectuó a Jorge Alirio Arévalo Molina, no sin antes precisar que los recurrentes efectuaron una alegación panorámica, pues no se dieron a la tarea de combatir cada uno de los indicios con los que la juez *a quo* les halló vocación de acogimiento a las pretensiones.

No obstante la crítica de los censores, el Tribunal es del criterio que la declaración de simulación debe confirmarse, por encontrarse demostrados cada uno de los elementos de la acción, tal como pasa a explicarse.

Jurisprudencia y doctrina han convenido en definir al acto simulado como el concierto aparente de las partes, concebido para crear ante terceros la imagen formal de un negocio jurídico que en la realidad no existe, el que es absolutamente fingido cuando sus intervinientes nunca quisieron realizar pacto alguno, y será relativamente simulado, cuando el negocio realmente querido se oculta a terceros tras el velo de un acto distinto.

Para el buen suceso de la acción propuesta es menester: 1. Que esté probado el contrato tildado de simulado; 2. Que quien demanda esté legitimado en la causa; 3. Que se demuestre plenamente la existencia de la simulación.

Respecto a los dos primeros presupuestos, la Sala considera que ninguna duda existe en torno a su configuración, dado que, en primer lugar, obra a folios 23 a 34 del cuaderno principal copia auténtica de la escritura pública n.º 294 de 14 de febrero de 2014, contentiva de la compraventa que la señora Rosa Elena Casas Cifuentes efectuó a Jorge Alirio Arévalo Molina y, en segundo orden, al ser las herederas del cónyuge fallecido quienes accionan⁶, se avista que gozan de un legítimo interés en que se descubra la realidad contractual, puesto que la convención aludida puede afectar su patrimonio en tanto se perjudique su legítima rigurosa.

Al punto, la jurisprudencia ha precisado que para que en el extremo activo surja el interés que lo habilite para demandar la simulación, “es necesario que sea actualmente titular de un derecho cuyo ejercicio se halle impedido o perturbado por el acto ostensible, y que la conservación de ese acto le cause un perjuicio”⁷, el que en sentir de la Sala se materializó con la desaparición de parte del patrimonio de la

⁶ Ver folios 40 - 46 del cuaderno 1, Registros Civiles de Nacimiento y Matrimonio, como lo regula expresamente el Decreto 1260 de 1970.

⁷ G. J. CXIX, pág. 149.

sociedad conyugal con el único propósito de defraudar al señor Arias Galindo, progenitor que quienes aquí demandan.

Al amparo de las disertaciones transcritas, no cabe duda de la legitimación que por activa ostentan las señoras Amparo y María del Consuelo Arias Prieto.

Por supuesto que en el presente caso asoma con carácter definido una amenaza grave, cierta y actual a los derechos de las demandantes, toda vez que, sin lugar a dudas, como lo ha sostenido la Corte, “la preservación del negocio simulado acarrea una **mengua a sus derechos**”; misma oportunidad en la que destacó que:

“el derecho de libre disposición derivado del régimen legal vigente de la sociedad conyugal, se encuentra fuera de toda discusión en relación con los actos en que el cónyuge dispone real y efectivamente de los bienes que, asumiendo la condición de sociales al momento de la disolución, le pertenecen. Empero, otro debe ser el tratamiento, cuando uno de los cónyuges ha celebrado dichos actos de manera aparente o simulada pues en esta hipótesis la situación habrá de abordarse de distinta manera, dado que en su impugnación, por tan específico motivo, ya no se enjuicia propiamente el ejercicio del comentado derecho de libre disposición, sino el hecho de si fue cierto o no que se ejerció ese derecho, todo en orden a verificar que los bienes enajenados mediante actos simulados, **no hayan dejado de formar parte del haber de la sociedad conyugal, para los consiguientes propósitos legales**”. (CSJ. Sentencia de 7 de abril de 2015, Rad. 2001-00509-01; se resalta).

En ese orden, falta analizar si se demostró la simulación, o si contrario *sensu*, este *ítem* quedó huérfano de demostración, y se logró desdecir cada uno de los indicios invocados por el extremo actor.

Para ello es pertinente memorar que la norma adjetiva en lo civil consagra el principio de libertad probatoria. A su vez, el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria en su especialidad civil precisó que, en materia simulatoria, para que se abra paso lo perseguido:

“(…) pueden las partes o los terceros, *in abstracto*, acudir a toda clase de medios de prueba, dado el sigilo y la audacia con que los contratantes suelen actuar para disfrazar el acto urdido en la penumbra (*actus clam et occulte celebratus*), aun cuando en la praxis la prueba indirecta es la más socorrida, particularmente la indiciaria, dada la dificultad probatoria que campea en esta materia (*difficilioris probationes*)”⁸.

⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sent. febrero 15 de 2000. Exp. 5438. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

A la luz de esos preceptos, se resalta que la doctrina ve como indicios reveladores de ese fenómeno el parentesco entre los contratantes; la persistencia del enajenante en la tenencia y posesión de la cosa aparentemente transferida (*retentio possessionis*); la amistad íntima; la falta de capacidad económica del adquirente; el comportamiento de las partes al efectuar el negocio; el precio exiguo; estar amenazado el deudor del cobro de obligaciones vencidas; la disposición de todo o buena parte de su haber; la carencia de necesidad del vendedor para disponer de sus bienes y la del comprador para adquirirlos (*necessitas*); la forma de pago; el móvil para simular (*causa simulandi*); los intentos de arreglo amistoso (*transactio*); el tiempo sospechoso del negocio (*tempus*); la ausencia de movimientos en las cuentas bancarias; el precio no entregado de presente (*pretium confessus*); el lugar sospechoso del negocio (*locus*); la documentación suspicaz (*preconstitutio*); las precauciones dudosas (*provisio*); la no justificación dada al precio recibido (inversión); la falta de examen previo por el comprador del objeto adquirido, etc.

En el caso que se analiza, no se discute que el precio de venta del inmueble ubicado en la Carrera 97 A # 38 – 16 de esta ciudad, que era de propiedad de la demandada Rosa Elena Casas Cifuentes, correspondió a \$107'320.000,00, según se deduce de la escritura pública de 2014 que recogió ese negocio, cifra que confrontada con el avalúo que para ese año gravable registraba el impuesto predial unificado (\$107'317.000,00), no permitiría sostener la existencia de un precio exiguo.

Sin embargo, lo que sí causa extrañeza es que en sus declaraciones los demandados hubieren manifestado otra cosa, vale decir, que realmente el precio que se pagó fue de \$150.000.000,00 que resulta de adicionar al monto consignado en la escritura, los \$50.000.000,00 que la vendedora, aparentemente, adeudaba al comprador; de donde se extraen dos conclusiones relevantes, a saber:

La primera, que si en verdad la demandada le adeudaba al señor Arévalo ese monto, no tenía ningún sentido volverlo a incluir en el precio de venta del inmueble de su propiedad.

La segunda que, sea lo que fuere, ningún elemento de juicio, más allá del dicho de los demandados, se aportó con miras a demostrar la existencia de esa deuda⁹.

⁹ Pese a que la señora Casas Cifuentes refirió que su yerno le hizo préstamos para comprar sus medicamentos y para su desplazamiento a la ciudad de Barranquilla, no manifestó el monto, las fechas, ni la periodicidad de los desembolsos; menos aún, se aportó prueba de los préstamos.

Circunstancias estas que no hacen más que poner de presente que lo pactado no atiende a la voluntad real, determinante y libre, de un lado, de transferir el dominio y, de otro, de adquirirlo.

A ello se agrega que se encuentran acreditados otros indicios de la simulación no combatidos a través de la formulación de los reparos concretos, entre ellos, la denominada “*causa simulandi*” o móvil para la simulación; el tiempo sospechoso del negocio; la ausencia de movimientos de las cuentas bancarias; el precio no entregado de presente; el lugar “sospechoso” del negocio; la existencia de documentación sospechosa; la falta de necesidad en la vendedora para enajenar el bien y la no justificación dada al precio recibido, entre otros, los cuales pasan a examinarse:

i) Causa simulandi: Se funda este indicio en que la demandada Casas Cifuentes sustrajo del haber de la sociedad conyugal el inmueble que es objeto de este proceso, para obtener como ventaja la exclusión de ese bien en la posterior liquidación del vínculo marital.

Al respecto cabe anotar que los demandados dieron por ciertos los hechos octavo y noveno de la demanda subsanada¹⁰, con los que sus adversarias acotaron, de un lado, que el juicio de cesación de efectos civiles de matrimonio católico que cursó ante el Juzgado 25 de Familia de Bogotá tuvo su inicio en noviembre de 2013 y, de otro, que “alertada como se encontraba la señora Rosa Elena Casas Cifuentes del citado proceso”, procedió a efectuar la venta del inmueble el 14 de febrero de 2014, lo que ciertamente deja entrever que buscó desmejorar el patrimonio social a sabiendas de la existencia del proceso de divorcio, para que a la hora de liquidar la sociedad conyugal, no le correspondiera derecho alguno a su cónyuge, por lo que el indicio alegado sale avante, debido a la preexistencia del móvil para la simulación.

ii) Affectio: Con las declaraciones de los demandados, fue acreditado el parentesco de afinidad entre quienes acudieron a la notaría a rubricar el acuerdo tildado de simulado (suegra y yerno), lo que a pesar de no estar prohibido por la ley, hace un tanto sospechoso el negocio jurídico celebrado, ya que la cercanía y los afectos que crea la familia, facilitan la colaboración ante una necesidad de quienes la integran.

iii) Tempus: Es el desarrollo del componente temporal de la causa *simulandi* ya estudiada, puesto que en aquella se indicó la finalidad de sustracción que comportó dicho acuerdo de voluntades entre los contratantes (evitar que el inmueble adquirido durante las nupcias ingresara a la liquidación inminente de la sociedad conyugal), y en este caso lo que se pone de relieve es que su realización coincidió con la

¹⁰ Con la única salvedad de que, en cuanto se refiere al hecho noveno, “la venta fue real y cierta”.

existencia de la acción de divorcio, lo que a la luz de lo analizado en precedencia encuentra asidero fáctico, sin que la pasiva haya logrado desde decir tal argumento.

A este respecto, cabe resaltar que examinado el folio de matrícula del inmueble donde residió la actora, éste fue adquirido por la señora Casas Cifuentes el 6 de diciembre de 2001¹¹, o sea casi 13 años antes de la venta que ahora se ataca, pero que solo hasta después de iniciado el proceso de divorcio y consecuente disolución de la sociedad conyugal, fue que decidió desprenderse del bien que estaba libre de gravámenes para enajenárselo a su yerno.

iv) Retentio Possessionis: La adquisición del dominio de un inmueble destinado a vivienda urbana, desprovisto de su entrega material, invita a pensar en la ausencia de interés del comprador por hacerse al aludido derecho real; en el caso que se estudia, fue el mismo señor Arévalo Molina quien manifestó que la vendedora vivió “un tiempo” en ese lugar para luego marcharse, sin especificar cuándo, aserción que concuerda con la declaración del testigo Víctor Manuel Moreno Díaz, quien señaló que la demandada Casas Cifuentes actualmente habita la tercera planta del predio objeto de este litigio en calidad de arrendataria¹².

v) Necesitas: Hace referencia este indicio a la ausencia de un motivo que justifique la transacción, pues, en el caso concreto, ninguno de los elementos de juicio acopiados permite avizorar la necesidad de la enajenante de poner en venta el predio, máxime si el arrendamiento de la tercera planta le generaba ingresos mensuales. Y aunque la vendedora justificó su proceder en la existencia de unos supuestos préstamos que le otorgó su yerno por un monto total de \$50.000.000,00, ninguna probanza aportó que diera cuenta de esa acreencia, sin que tenga el privilegio de hacer de su dicho su propia prueba, pues bien se sabe que una decisión judicial no puede “fundarse exclusivamente en lo que una de las partes afirma a tono con sus aspiraciones. Sería desmedido que alguien pretendiese que lo que afirma en un proceso se tenga por verdad, así y todo sea muy acrisolada la solvencia moral que se tenga” (Cas. civ. de 9 de noviembre de 1993. G.J. CCXXV, pág. 405.).

Ahora, si con la venta pretendió solventar el débito a su cargo, no se explica por qué no vendió tan solo una fracción del inmueble en proporción a la cuantía adeudada.

Para abundar en razones, nótese que la enajenación se efectuó en el año 2014, época para la cual vendedora ya había recibido \$24.537.013 del seguro de vida obligatorio como indemnización por la muerte de uno

¹¹ Anotación n.º 3 del folio de matrícula inmobiliaria 50S-40133927, visible a folio 56 del cuaderno principal.

¹² Véase la audiencia de 20 de enero de 2020.

de sus hijos (1º de septiembre de 2010¹³); la suma de \$5.150.000 “correspondiente a la indemnización por el amparo de muerte... cubierta por la póliza de Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito...” (4 de febrero de 2011¹⁴); a partir del 21 de diciembre de 2012 la Dirección General de la Policía Nacional le reconoció la pensión de sobrevivientes por el deceso de su primogénito¹⁵; y el 14 de febrero de 2013 la Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía le reconoció la suma de \$28.245.423 para mejoramiento de vivienda¹⁶, lo que no hace sino reforzar la ausencia de una necesidad justificada para la venta del bien.

Menos aún se explica por qué si la señora Casas Cifuentes recibió la suma de \$150.000.000 el 14 de febrero de 2014, solicitó el préstamo de \$16.799.633 el 28 de mayo de 2015 ante el Banco de Bogotá¹⁷.

vi) Subfortuna: Aquí tampoco quedó acreditada la capacidad económica del adquirente. Al punto, el señor Arévalo Molina afirmó que el precio acordado con la vendedora (\$150'000.000,00) lo pagó, una parte (\$130.000.000,00), con recursos provenientes de la venta de un inmueble de su propiedad y, el resto, con las utilidades de su negocio de colchonería; sin embargo, ninguna probanza allegó para demostrar la aludida compraventa¹⁸, ni el ingreso de tales recursos a su patrimonio, a pesar de que, según adujo, el pago se efectuó mediante cheque que debió verse reflejado en sus extractos bancarios; tampoco acopió elemento de persuasión tendiente a acreditar la existencia del referido establecimiento de comercio que, por lo demás, dijo hallarse inscrito en el registro mercantil.

En suma, en este punto hay total orfandad probatoria, pues no se logró acreditar, más allá del dicho del demandado, su capacidad patrimonial.

Al respecto:

“La Corte ha reconocido que, en principio, ‘a nadie le es lícito o aceptable preconstituir unilateralmente la probanza que a sí mismo le favorece, cuando con aquella pretende demostrar unos hechos de los cuales deriva un derecho o beneficio con perjuicio de la otra parte, pues ello sería tanto como admitir que el demandado, ‘mutatis mutandis’, pudiera esculpir su propia prueba, en franca contravía de granados postulados que, de antaño, inspiran el derecho

¹³ Ver folio 218 del cuaderno principal digital.

¹⁴ Ver folio 172, *ib.*

¹⁵ Ver folios 215 a 216, *ib.*

¹⁶ Ver folios 219 – 220, *ib.*

¹⁷ Ver folio 365 del cuaderno principal digitalizado.

¹⁸ Aunque la señora Casas Cifuentes allegó una documental con la cual pretendió acreditar la existencia de ese negocio jurídico, dichas probanzas no se tuvieron en cuenta por haberse anunciado en la contestación de la demanda y haberse allegado por fuera del término para aportar pruebas.

procesal” (Sent. Cas. Civ. de 4 de abril de 2001, Exp. No. 5502¹⁹).

vii) *Pretium confessus*: El señor Arévalo Molina manifestó haber pagado el precio (\$150'000.000,00) en efectivo; sin embargo, en el expediente no hay prueba diferente a su propia afirmación que respalde dicho acontecer. El demandado en todo caso no dio mayores luces de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que efectuó el pago, “tampoco expuso la forma en la que juntó el dinero hasta completar la cifra acordada como precio del inmueble..., amén de la complejidad y peligrosidad que reviste desplazar una cantidad de dinero en efectivo como esa”²⁰.

Al punto, la doctrina ha precisado:

“La diferencia de interés semiótico entre el precio confesado como componente habitual de los negocios verídicos y el *pretium confessus* como indicio probatorio de los simulados, estriba únicamente en que **en estos últimos faltará toda explicación convincente, y mucho más, toda prueba, acerca de las circunstancias pretéritas integrativas del pago del precio. Las partes confiesan este precio pero tienen un insondeable velo que encubre su pasado; dicen que se pagó pero no dicen ni cómo ni cuándo ni dónde.**”²¹
(se resalta).

viii) *Inversión*: Es entendida como la ausencia de justificación dada al monto recibido, o como lo sostiene la doctrina: “este indicio se refiere al destino o paradero de la merced o prestación dineraria una vez en poder de su adquirente. Su significado semiótico surge cuando en autos no puede fijarse ninguna huella verosímil sobre dicho paradero, esto es, cuando por ejemplo el vendedor se encuentra sin posibilidades de justificar, no ya solamente el tránsito del precio de manos del comprador a las suyas, sino sobre todo, el posterior currículum de ese dinero una vez ingresado en su patrimonio.”²²

Pues bien, en el presente asunto no hay medio de convicción que acredite la destinación de los emolumentos recibidos o la inversión realizada con el dinero entregado; no hay certeza de que el mismo haya sido utilizado para una finalidad específica o particular de la vendedora, máxime que, contrario a lo que pudiera pensarse, fue la misma señora Casas Cifuentes quien aseguró que en la actualidad habita un inmueble en calidad de arrendataria, aserto que excluye la posibilidad de haber adquirido otro inmueble con los dineros supuestamente recibidos; menos aún, se refirió la existencia de deudas a cargo de aquella o, en fin,

¹⁹ Citada dentro de la sentencia de 27 de junio de 2007. Rad.: 73319-3103-002-2001-00152-01. M.P.: Edgardo Villamil Portilla.

²⁰ TSB. Sentencia de 15 de mayo de 2018, rad. 036201600320 01. M.P. Manuel Alfonso Zamudio Mora.

²¹ Muños Sabaté, Luis. La prueba de la simulación. Ed. Temis. 2011.

²² *Ib.*

la destinación específica de lo que recibió por la supuesta venta del bien de su propiedad.

En resumidas cuentas, hay ausencia de prueba en cuanto atañe al empleo del dinero que dijo recibir, al punto que la demandada no precisó qué otras circunstancias ameritaron la erogación de dicho importe, sin que, como lo señaló la juez *a quo*, resulte razonable que pasare de ser propietaria para convertirse en arrendataria.

ix) Sigillum: Cabe preguntarse, ¿por qué el negocio jurídico analizado no se hizo público?, o en otras palabras, ¿por qué las partes de la relación contractual no lo revelaron al señor Hilario Arias Galindo? (*tempus occultante*); ello explica que éste incluyera el inmueble objeto de este litigio en la liquidación de la sociedad conyugal; además, no debe dejarse de lado que las demandantes tan solo se enteraron de la existencia del negocio jurídico en cuestión al momento de realizar el trámite de liquidación de la sociedad conyugal, según acotaron en el hecho decimosegundo de la demanda que fue aceptado por su contraparte al replicar el libelo. Al punto, la doctrina ha dicho que un obrar de esa manera “..., no deja de ser una modalidad del sigilo que debe procurarse todo disimulador para mimetizar o esconder ciertos aspectos de la operación que pudieran impedirla o desenmascararla...”²³

Se ha dicho que el indicio que viene de comentarse:

“abarca todas aquellas conductas que sin quedar comprendidas en la esfera de los otros dos indicios citados equivalen de algún modo a ocultación o mimetización del negocio simulado”²⁴, como cuando los contratantes en su interés de que se ignore el verdadero negocio celebrado obran en secreto o clandestinidad, pues “..., este indicio presenta formas mucho más variadas. Así, una de máxima caracterización viene representada por la **conducta silenciadora del simulador frente a personas que por su relación afectiva o jurídica con él lógicamente no podrían haber ignorado el negocio de haber perseguido éste unos fines lícitos.**”²⁵

x) Preconstitutio: Hace referencia a la documentación sospechosa, la que en este asunto quedó en evidencia con la suscripción de las escrituras públicas n.ºs 3545 de 6 de diciembre de 2001 y 294 de 14 de febrero de 2014, de adquisición y venta del bien que nos ocupa, respectivamente, en las que la señora Rosa Elena Casas Cifuentes manifestó que su estado civil era soltera. Otro tanto puede decirse del “acta de declaración juramentada” n.º 0604 de 12 de enero de 2011 referida líneas atrás, que

²³ *Ib.*

²⁴ Muños Sabaté, Luis. La prueba de la simulación. Ed. Temis. 2011.

²⁵ *Ib.*

en forma un tanto suspicaz, fue suscrita tras la separación de hecho de los cónyuges el 7 de ese mismo mes y año, según se señaló en el hecho sexto de la demanda y que fue admitido por los demandados en su réplica.

En este orden, la valoración en conjunto de los indicios que vienen de estudiarse, en la forma en que lo ordena el artículo 176 del CGP, en armonía con las reglas de la sana crítica, permite llegar a la conclusión de que el negocio jurídico instrumentado en la escritura pública n.º 294 de 14 de febrero de 2014, corregida mediante el instrumento n.º 935 de 25 de abril siguiente, es absolutamente simulado, de suerte que los reparos concretos atinentes a que los testigos que concurrieron al proceso por cuenta de las actoras, amén de sospechosos, son de oídas y se limitaron a “decir una lección aprendida”, así como que el dictamen pericial practicado en ese asunto carece de validez, por los desaciertos del perito, resultan inocuos ante el vigor demostrativo de los demás elementos probatorios que obran en el expediente y que fueron examinados de consuno y de conformidad con las reglas de la sana crítica.

En conclusión, se confirmará la sentencia impugnada con la consecuente condena en costas a cargo de los demandados, ante las resultas de su alzamiento (artículo 365 del CGP).

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá en Sala Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Confirmar la sentencia de 21 de septiembre de 2020 proferida por el Juzgado 20 Civil del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

Segundo. Costas de esta instancia a cargo de la pasiva.

El Magistrado sustanciador señala la suma de \$2'000.000.00, por concepto de agencias en derecho de esta instancia. Líquidense por la juez *a quo* en la forma prevista en el artículo 366 del CGP.

NOTIFÍQUESE

Los magistrados,

Firmado Por:

Manuel Alfonso Zamudio Mora

Magistrado

Sala 005 Civil

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Oscar Fernando Yaya Peña

Magistrado

Sala 011 Civil

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Jesus Emilio Munera Villegas

Magistrado

Sala Civil

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación:

6060b1ad55af59efa0508e939bbfb656e603d50a9e2a3db73d537052041334db

Documento generado en 26/10/2021 11:23:17 AM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA SÉPTIMA CIVIL DE DECISIÓN**

Bogotá D.C., veintiséis (26) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Magistrado ponente: **MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA**

Proceso N.º 110013103026201700056 01
Clase: VERBAL – PERTENENCIA y REIVINDICATORIO
Demandante: CARLOS JULIO YEPES GIRALDO
Demandada: CONCILIO DE LAS ASAMBLEAS DE DIOS DE COLOMBIA

Sentencia discutida y aprobada en sala n.º 37 de 5 de octubre del año en curso y n.º 41 de la fecha.

El Tribunal emite sentencia escrita, en los términos del inciso 3º del artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 4 de junio de 2020, con motivo del recurso de apelación que el demandante principal interpuso contra la sentencia que el 10 de julio de 2020 profirió el Juzgado 26 Civil del Circuito de Bogotá, mediante la cual, entre otras, declaró próspera la acción de dominio y frustránea la de usucapión.

ANTECEDENTES

1. Carlos Julio Yepes Giraldo promovió proceso de prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio contra el Concilio de las Asambleas de Dios de Colombia, para que se declare que adquirió el dominio de los siguientes cuatro inmuebles: i) Calle 138 B # 152 - 29 con folio de matrícula n.º 50N-20192381; ii) Calle 138 A # 152 - 32 con folio de matrícula n.º 50N-20192382; iii) Calle 138 A # 152 - 28 con folio de matrícula n.º 50N-20192383; iv) Calle 138 B # 152 - 33 con folio de matrícula n.º 50N-20194058. En consecuencia, pidió que se ordene la inscripción de la sentencia estimatoria de sus pretensiones en los certificados de tradición y libertad de los aludidos predios.

Como sustento de sus aspiraciones, adujo que desde el año 2002 habita los inmuebles anteriormente descritos, “que en la actualidad forman un solo globo de terreno [conformado] por una casa construida de cuatro pisos”, “en calidad de poseedor, ejerciendo actos de señor y dueño por más de diez años como lo exige la ley..., de manera libre, no

clandestina, ininterrumpida, pacífica y pública...”; “durante el tiempo que lleva de posesión ha efectuado mejoras y lo ha habitado con su familia hasta la fecha actual sin reconocer dominio ajeno”, al punto que “ha cancelado las facturas de los consumos de los servicios públicos domiciliarios...”; asimismo, “ha realizado mejoras locativas y construcciones en los predios tendientes a mejorar las condiciones para el digno vivir de él”.

2. Notificada del auto que admitió la demanda, la pasiva excepcionó “falta de legitimación en la causa por activa” y la “innominada”, soportadas, en síntesis, en que el actor “nunca ha ejercido posesión alguna sobre los... inmuebles de propiedad del demandado..., ya que el Concilio desde que los compró los ha destinado [al] culto religioso” a través del señor Yepes Giraldo, quien oficia como pastor de la Iglesia Nazaret que allí se encuentra.

En el término de traslado la demandada incoó acción de dominio para que se declare que es la titular de los cuatro fundos pretendidos en usucapión y, en consecuencia, se ordene a su opositor restituírseles; finalmente, solicitó ser exonerada del pago de las expensas necesarias y mejoras útiles a que aluden los artículos 965 y 966 del Código Civil, “por ser el poseedor de mala fe”.

Notificado el señor Yepes Giraldo de la demanda de mutua petición, formuló las excepciones de “ilegitimidad en la causa” y “legitimidad en la causa por tener la calidad de poseedor y no de mera tenencia”, soportadas, en breve, en que la reconviniente “nunca ha tenido la posesión de los cuatro inmuebles”, porque quien construyó los cuatro pisos de la edificación fue el demandante principal “como persona natural e independiente, sin ayuda económica de ninguna entidad religiosa”, máxime que para la época en que se efectuó la construcción ya no era pastor del Concilio de las Asambleas de Dios de Colombia; por lo demás, aludió que la acción de pertenencia está llamada a prosperar, circunstancia que redundará en el fracaso de las pretensiones de la demanda de reconvención.

3. Las personas indeterminadas se enteraron a través de curador *ad litem*, quien contestó la demanda y no formuló excepciones de mérito, tras atenerse a las resultas del proceso.

4. La sentencia de primera instancia.

El juzgador de primer grado negó las pretensiones de la demanda principal, pero accedió a las de mutua petición. En cuanto a la primera, señaló que fue el mismo demandante quien al absolver interrogatorio afirmó que los recursos con los que se construyó el inmueble pretendido en usucapión provinieron de una donación del exterior canalizada a través del Concilio de las Asambleas de Dios de Colombia, sin que su

dicho vertido en la demanda, acerca de que los dineros se originaron en “bazares, rifas, venta de ropa usada, de empanadas y la ayuda de personas dadas”, se encuentre probado.

Por lo tanto, prosiguió, fue la asociación religiosa demandada quien efectuó al demandante, en su condición de obrero ministerial, la entrega gratuita del inmueble para que desarrollara en ese lugar sus labores pastorales, debiendo considerarse, por tanto, como mero tenedor; aquél, igualmente, a nombre de la congregación religiosa, “recibe ofrendas, donaciones y contratos” que debe administrar en su condición de pastor u obrero, lo que explica la ausencia de pago de canon de arrendamiento y la asunción a su cargo, en tal calidad, del pago de los servicios públicos domiciliarios y de las reparaciones locativas que requiera el inmueble.

Ello explica que, según lo revelan las pruebas acopiadas, fuera la asociación demandada quien avaló y otorgó poder al señor Yepes Giraldo para realizar trámites ante empresas de servicios públicos domiciliarios, así como para obtener donaciones en dinero y en especie, lo que descarta la existencia de verdaderos actos posesorios y acredita la presencia de actos de mera tolerancia, tanto más cuando la asociación demandada afilió a la seguridad social al pastor religioso demandante, afiliación que estuvo vigente hasta el año 2016.

Dichas vicisitudes, reparó, constituyen un reconocimiento de dominio ajeno, a punto tal que, por ejemplo, las escrituras públicas de adquisición de los inmuebles pretendidos en pertenencia “se hicieron a nombre de Asambleas de Dios”, lo que no hace sino recalcar la condición de tenedor del señor Yepes Giraldo, sin que el actor alegara ni probara que operó la interversión del título, por lo que no es del caso pronunciarse sobre dicho tópico en la sentencia.

En cuanto atañe a la acción reivindicatoria, encontró satisfechos los presupuestos necesarios para su invocación, tales como el derecho de propiedad en cabeza de la demandante, la posesión en el demandado, la existencia de cosa singular reivindicable y la identidad bifronte entre el bien cuya reivindicación se pretende y sobre el cual se ejerce la posesión, amén de ser los títulos de propiedad anteriores al inicio de la posesión.

En cuanto a las restituciones recíprocas, estimó, de un lado, que el demandante no probó las mejoras que alegó en la demanda, al punto que las facturas que allegó para acreditar la compra de materiales de construcción, no satisfacen los requisitos que señalaban los artículos 772 a 777 del Código de Comercio, entonces vigentes, antes de la modificación introducida por la Ley 1231 de 2008; además, dichos documentos reflejan direcciones ajenas a las de los predios objeto de este pleito, otras tantas no aparecen a nombre del señor Yepes Giraldo,

en tanto que otro grupo no acredita la entrega de materiales y, en las restantes, no aparecen canceladas; en fin “no son documentos que sirvan por sí solos para demostrar la construcción de mejoras por parte del señor Carlos Julio Yepes”; antes bien, tales expensas, según se dijo al estudiar la demanda principal, fueron efectuadas en desarrollo de la misión de las Asambleas de Dios.

De otro lado, en punto a los frutos solicitados, manifestó que la posesión del demandado principal debe ser considerada de mala fe, comoquiera que al concluir sus labores como ministro de la iglesia, no restituyó los bienes que le fueron entregados para tales menesteres; por lo tanto, “está obligado al pago de los frutos civiles producidos por el inmueble desde la fecha en que inició la posesión y hasta la fecha de esta decisión”, los cuales calculó, apoyado en la experticia practicada en este juicio para los cuatro inmuebles, en la suma de \$916’070.007.

5. El recurso de apelación.

Inconforme con la decisión, el señor Yepes Giraldo la impugnó, cuyo reparo concreto, que formuló en forma verbal una vez le fue notificado el veredicto, se condensó en que debieron reconocérsele las mejoras que realizó en el inmueble, pues los documentos que aportó con la demanda, en concreto, las facturas, dan cuenta que los recursos fueron desembolsados por él, mas no por la congregación religiosa demandada, lo que concuerda con lo que al respecto depusieron los testigos; agregó que tales mejoras se efectuaron de buena fe, dado que la posesión fue pacífica, tanto más cuando hasta el año 2017 el concilio demandado le reconoció su calidad de pastor religioso y solicitó la restitución del predio; es decir, reconoció el trabajo pastoral que efectuó en el inmueble hasta esa fecha, lo que descarta que la posesión hubiese sido violenta o de mala fe.

Dicho reparo concreto lo sustentó en la oportunidad que regula el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, oportunidad en la cual, además, añadió nuevos motivos de inconformidad.

CONSIDERACIONES

1. La Sala encuentra que la actuación se desarrolló con normalidad, no hay causal de nulidad que se tenga que declarar, se encuentran satisfechos los presupuestos procesales y el Tribunal es competente para decidir el recurso de apelación en los términos y con las limitaciones que establece el artículo 328 del CGP y la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia¹.

¹ “El apelante debe formular los cargos concretos, y cuestionar las razones de la decisión o de los segmentos específicos que deben enmendarse, porque aquello que no sea objeto del recurso, no puede ser materia de decisión, salvo las autorizaciones legales necesarias y forzosas (art. 357 del C. de P. C., y 328 del C. G. del P).” (CSJ, sentencia del 1° de agosto de 2014, expediente SC10223-2014, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona).

Sea lo primero señalar que en la oportunidad que regula el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, el recurrente, amén de desarrollar el motivo de inconformidad que enarbó en primera instancia, **añadió** nuevos ataques, atañedores ellos a: (i) la presunta extemporaneidad de los recibos de caja y fotografías aportados por su adversaria; y (ii) la aparente falta de requisitos formales de la demanda de reconvencción, al no haberse aportado el certificado especial para procesos de pertenencia, así como por incumplirse los requisitos a que aluden los numerales 6° y 7° del artículo 375 del CGP; motivos de disenso que la Sala no tendrá en cuenta, pues no se formularon como **reparos concretos** en la oportunidad que contempla el inciso 2° del numeral 3° del artículo 322 del CGP², vale decir, se trata de embistes nuevos que están al margen de la competencia que tiene el Tribunal al tenor del artículo 328 *ibidem*, en concordancia con el precepto 327 de esa misma codificación, según el cual “*el apelante deberá sujetar su alegación a desarrollar los argumentos expuestos ante el juez de primera instancia*”.

Al respecto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia sostuvo, en sede de tutela, que “*quien apela una sentencia no sólo debe aducir de manera breve sus reparos concretos respecto de esa decisión, sino acudir ante el superior para sustentar allí ese remedio, apoyado, justamente, en esos cuestionamientos puntuales*”³.

Ya en sede de casación, la misma Corporación precisó:

“Se sigue de todo lo hasta aquí expuesto, que las facultades que tiene el superior, en tratándose de la apelación de sentencias, **únicamente se extiende al contenido de los reparos concretos señalados en la fase de interposición de la alzada**, oralmente en la respectiva audiencia o por escrito en la oportunidad fijada en el inciso 2° del numeral 3° del artículo 322 del Código General del Proceso, siempre y cuando que, además, ello es toral, hubiesen sido sustentados en la audiencia que, con ese fin y el de practicar las pruebas decretadas de oficio, si fuere el caso, así como de proferir la sentencia de segunda instancia, practique el *ad quem*.

De allí se extracta que **está vedado al ad quem pronunciarse sobre cuestiones no comprendidas en los reparos concretos expresados por el censor contra la sentencia de primera instancia**, como sobre aquellos reproches que, pese a haber sido indicados en esa primera etapa del recurso, no fueron sustentados posteriormente...” (CSJ. SC3148-2021 de 28 de julio, rad.

² En forma oral una vez notificado el fallo por estrados o dentro de los tres días siguientes por escrito.

³ CSJ. STC6481 de 11 de mayo de 2017, exp. 19001-22-13-000-2017-00056-01.

002-2014-00403-02. M.P. Álvaro Fernando García Restrepo).

Desde esa perspectiva, la Sala solo abordará el reparo concreto que se formuló en primera instancia y que, además, fue sustentado en esta Corporación.

Coherentes con lo anterior, quedan al margen de la discusión: **(i)** la falta de prosperidad de la usucapión; **(ii)** el éxito de la acción reivindicatoria y la consecuente orden de restitución de los inmuebles objeto del litigio; y **(iii)** el pago de los frutos civiles.

Por lo tanto, el Tribunal centrará su decisión en establecer si, como lo sostiene el recurrente, debieron reconocérsele las mejoras que dijo efectuar en los inmuebles objeto de la acción de dominio.

Para comenzar, debe decirse que tal planteamiento resulta panorámico, por cuanto no se señalaron cuáles son las presuntas mejoras que el juez *a quo* omitió reconocerle en su sentencia.

Téngase en cuenta que la *“escasez de puntualidad y concreción que impliquen orfandad en el reparo, habilitan al a quo y al ad quem para declarar la deserción de la apelación. Así, cuando recurrente diga que la contienda no se zanjó de acuerdo con la normatividad aplicable en la materia o, por indebida valoración probatoria, incumplirá la carga en comento; igual sucede, si se apresta a señalar un aspecto normativo o doctrinario sin relacionarlo con los contornos de la providencia”*, en tanto *“lo breve y puntual, no equivale a lo lacónico”*, de suerte que *“cuando la promotora manifestó que la providencia del a quo carecía de una adecuada valoración probatoria, generó que se declarara la deserción de la alzada, como en efecto lo determinó el tribunal atacado, pues esa aseveración, en manera alguna, transmitió cuál fue el defecto en la labor de evaluación de los medios de acreditación”*. (STC996-2021/de 10 de febrero).

Aunque lo anterior sería suficiente para sellar la suerte adversa de esa singular protesta, lo cierto es que como el juzgador de primera instancia precisó que tales mejoras se referían a la construcción de los cuatro pisos que componen los inmuebles pretendidos en pertenencia, es salvable esa falta de precisión del ataque, y en tal virtud, se impone precisar que, al margen de la buena fe con que podría catalogarse la posesión del señor Yepes Giraldo, lo cierto es que no probó, como era de su incumbencia, las mejoras que reclama, por las siguientes razones:

La primera, porque el señor Yepes Giraldo al absolver interrogatorio manifestó que fue Bruce Ridpath, intermediario del Concilio de las Asambleas de Dios de Colombia, quien consiguió los

recursos para la compra de los cuatro lotes; además, que por intermediación de esa misma congregación religiosa y del precitado, se obtuvieron las donaciones y ofrendas con las cuales se edificó la construcción.

La segunda, porque el señor Ridpath, quien dijo conocer al demandante a través del pastor Alberto Carreño, ratificó que la compra de los lotes se realizó con recursos provenientes de ofrendas del Concilio de las Asambleas de Dios de los Estados Unidos de América, tras lo cual comenzó la construcción de las cuatro plantas con que cuentan los inmuebles en la actualidad, al punto que, como misionero de la comunidad devota de las Asambleas de Dios, solo puede apoyar obras impulsadas por esa congregación religiosa. Amén de la adquisición de los fondos, agregó que se enviaron del país del norte ofrendas y mano de obra para las labores de construcción, en tanto que los materiales se adquirieron en inmediaciones cercanas al lugar de las obras. En específico, mencionó que la mayoría de las veces los recursos se le entregaron al pastor Yepes para que él se encargara de efectuar las compras.

Agregó que fue un equipo de diez personas las que lo acompañaron para dar inicio a la construcción, concretamente, se encargaron de asentar el terreno, “echar el piso, las paredes, las columnas y las placas”, labores que se prolongaron en la medida en que obtenían los recursos; los trabajos restantes fueron ejecutados por el equipo de cuatro personas que vinieron con la misionera Leslie Latona.

Declaración que concuerda con lo que al respecto depuso el señor Alfonso Elías Quevedo Castellanos, quien aseguró que la iglesia Nazaret con sede en el barrio Santa Rita de la Localidad de Suba que regenta el pastor Yepes Giraldo, “tuvo el apoyo de la familia misionera norteamericana, [quien] interesada por la labor social que el pastor Carlos Yepes desarrollaba en este lugar... empezó a apoyar para la compra y construcción del edificio donde nos encontramos”; en específico, manifestó que desde Norteamérica “venían equipos y traían sus propios recursos”, personal que era dirigido por el señor Bruce Ridpath y su esposa, al punto que las escrituras se efectuaron a nombre de la congregación religiosa demandada, como no podía ser de otra forma, porque la “familia misionera norteamericana” tan solo apoya proyectos sociales del Concilio de las Asambleas de Dios.

Además, dijo que el Concilio de las Asambleas de Dios de Colombia mediaba para que organizaciones internacionales efectuaran aportes al proyecto social de la iglesia dirigida por el señor Yepes Giraldo, dado que los recursos se canalizaban, únicamente, a través de la congregación religiosa con sede en territorio patrio.

Así mismo, mencionó que Yepes Giraldo vino a ser miembro del Concilio por recomendación de Luis Alberto Carreño González, pastor de la iglesia Nazaret, quien, inclusive, lo presentó al señor Ridpath.

Vistas de ese modo las cosas, no se requieren mayores elucubraciones para concluir que la adquisición de los lotes y la edificación no se efectuaron con recursos del señor Yepes Giraldo, por cuanto, como quedó visto, tales dineros se obtuvieron a través de ofrendas y donaciones que se canalizaron a través del Concilio de las Asambleas de Dios de Colombia, por lo que mal pueden reconocérsele a aquél las mejoras que reclama.

Y es que el interrogatorio del demandante y la declaración de los testigos aludidos en precedencia no fue valorada en forma insular, sino en concordancia con lo que develaron los documentos que el señor Bruce Ridpath traía consigo en esa misma oportunidad y que fueron aportados posteriormente por la apoderada de la parte demandada.

Entre ellos se aprecia una certificación proveniente del Concilio de las Asambleas de Dios de los Estados Unidos de Norte América, que da cuenta que esa congregación religiosa, a través de su departamento de misiones, “ha realizado donaciones a través del misionero Bruce Ridpath, durante los años: 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013 y 2014, a favor del Concilio Asambleas de Dios de Colombia para bendecir la Iglesia Nazaret de Santa Rita Suba ubicada en la Calle 138 A No. 152 – 32, en Bogotá D.C., para compra del terreno y construcción de la iglesia, dándose una cantidad de \$203.187.83 dólares. Además, a través de la misionera Leslie Latona entre el año 2010 al año 2015 se hizo una donación por valor de \$10.094 dólares”, lo que no hace sino constatar que las mejoras no pueden ser atribuidas al demandante.

Por lo demás, se observan documentos expedidos por esa misma asociación extranjera, que certifican la entrega de diversos fondos para la construcción de la iglesia, así como comprobantes de ingreso de las ofrendas entregadas por el señor Ridpath para la edificación del proyecto, algunos firmados por el señor Yepes Giraldo y otros por la señora Ruth Janeth Galeano, esposa de aquél. Asimismo, se halla una comunicación proveniente del arquitecto Fernando Vera Landazuri en la que informa acerca de la obtención de la licencia de construcción “para los predios de la Iglesia situados en la Cl 138 A No. 152 – 28”, y hace entrega de los originales de los pagos efectuados a la Oficina del Distrito Centro del Concilio de las Asambleas de Dios de Colombia; también, se encuentra una factura de venta expedida por la Curadora Urbana n.º 3, Ana María Cadena

Tobón, a favor del Concilio de las Asambleas de Dios de Colombia, concerniente al pago del trámite de la licencia de construcción.

Adicionalmente, se halla una cuenta de cobro que describe que el señor Bruce Ridpath debe al arquitecto Fernando Landazuri la suma de \$17.467.000, por concepto de “obtención de licencia de construcción para el predio de la Iglesia Nazaret del Concilio de las Asambleas de Dios en Suba...”. Allí mismo, el urbanista manifiesta que recibió de la señora Leslie Latona una cantidad de dinero “para la licencia de construcción de la iglesia de [la] Cl 138 B No. 152 – 29, expensas de curador urbano..., [e] impuesto de delineación urbana...”.

Por último, se aportó una certificación de “Ferreléctricos El Ancla”, según la cual ese establecimiento de comercio recibió “del señor Brush (sic), ciudadano americano, la suma de \$10.600.000,00 el día 19 de noviembre de 2003, por concepto de abono a la compra de materiales para la construcción del Instituto La Luz del Mundo en la ciudad de Bogotá – Colombia (Suba – Santa Rita)”.

La valoración en conjunto de tales documentos, cuyo mérito demostrativo no fue cuestionado a través de la formulación oportuna de los reparos concretos, en concordancia con las demás pruebas acopiadas, permite colegir, como ya se expuso, que la compra de los lotes y la construcción de las cuatro plantas se realizó con recursos que fueron canalizados a través del Concilio de las Asambleas de Dios de Colombia, por lo que mal podrían reconocerse al demandante las mejoras que reclama.

Y aunque el recurrente manifestó que no se valoraron las pruebas documentales que aportó con la demanda, que dan cuenta de la compra de materiales para construcción, lo cierto es que tales elementos de juicio no derruyen la conclusión a la que se arribó líneas atrás, por cuanto, como viene de verse, a pesar de que quien efectuara la compra de los materiales fuera el señor Yepes Giraldo, los recursos le fueron desembolsados por Bruce Ridpath, quien, a su vez, los obtuvo de donaciones provenientes del Concilio de las Asambleas de Dios de los Estados Unidos de Norte América, organización religiosa que no solo aportó dineros, sino también mano de obra (personal) para la construcción de los lotes, como lo corroboran igualmente las fotografías anexas al expediente, en las que se aprecia al señor Ridpath en compañía de otras personas nacionales y extranjeras, entre ellas el señor Yepes Giraldo, en labores de construcción, por lo que la prueba documental a la que alude el censor como soporte de su disenso, en verdad no reporta ninguna utilidad.

Ya en cuanto atañe a los restantes testigos, de cuyas declaraciones, según el recurrente, se extrae la realización de las mejoras por cuenta suya, hay que decir que poca fue la utilidad del deponente Carlos Alberto Rodríguez Fernández, quien, a ese respecto, dijo desconocer con qué recursos, a quién y por qué valor el pastor Yepes Giraldo adquirió los lotes objeto de este proceso; tampoco supo dar cuenta de cómo fue el proceso constructivo de la iglesia, pues dijo no acordarse.

Por su parte, del relato del testigo Luis Carlos Cárdenas Acosta no se extrae mayor información al respecto, porque si bien manifestó venderle al demandante materiales para construcción desde el año 2002, tales como “barrilla, cemento, bloque, piso, pvc”, lo cierto es que, de todas las facturas de venta que se aportaron al plenario, no milita ninguna expedida por el establecimiento de comercio “Ferretería Cárdenas” de propiedad del absolvente, de suerte que no es posible constatar la veracidad de su dicho.

Sea lo que fuere, como se concluyó en precedencia, de otorgarle credibilidad a su declaración, lo cierto es que los recursos con los que se adquirieron tales materiales de construcción provinieron de fuentes ajenas al señor Yepes Giraldo.

En adición, no puede perderse de vista que el deponente dijo conocer que el demandante compró los lotes porque él mismo se lo contó; es decir, no le consta el pago, ni las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ello ocurrió.

En cuanto a la declaración de la señora Blanca Nieves Guerrero Pineda, debe decirse que si bien aseveró que su progenitor le vendió uno de los lotes al señor Yepes Giraldo, lo cierto es que confrontada su declaración con lo que al respecto devela uno de los documentos aportados por el señor Ridpath⁴, queda al descubierto su falta de veracidad, porque dicha documental evidencia que la compra del lote n.º 16 de la manzana 35 de la Diagonal 136 n.º 152 – 32 del barrio Santa Rita de la Localidad de Suba, la efectuó el Concilio de las Asambleas de Dios de Colombia, e incluso, así lo certificó la testigo al estampar allí su firma y número de cédula, las que al serle puestas de presente por el juzgador de primer grado, reconoció como suyas.

Por igual, aunque refirió que antes de la adquisición del lote de propiedad de su padre, el señor Yepes había comprado los restantes tres, no supo dar cuenta de los términos de la negociación, ni a quién se los compró ni cuál fue el precio que pagó; y aunque contó que el demandante empezó la construcción tras obtener la propiedad de los

⁴ Visible a folio 19 del cuaderno principal digitalizado, parte 3.

lotes, no supo decir bajo la dirección de quién se desarrolló la edificación, al punto que aseguró, con temor a equivocarse, que la construcción había concluido en el año 2008 o 2009.

Las mismas vicisitudes se predicen de Blanca León Velásquez, quien, pese a relatar que el pastor Carlos Yepes adquirió el inmueble donde se encontraba rindiendo su declaración, dijo no tener ni idea de cómo y a quién le compró, ni los términos de la negociación.

Y aunque el recurrente tiene su propia versión de los hechos, según la cual los recursos para la construcción de los cuatro predios se obtuvieron de eventos tales como “bazares, rifas, venta de ropa usada y de empanadas”, lo cierto es que su dicho desprovisto de respaldo probatorio carece de relevancia, pues bien se sabe que nadie tiene el privilegio de hacer de su dicho su propia prueba, razón por la cual una decisión no puede “fundarse exclusivamente en lo que una de las partes afirma a tono con sus aspiraciones. Sería desmedido que alguien pretendiese que lo que afirma en un proceso se tenga por verdad, así y todo sea muy acrisolada la solvencia moral que se tenga” (Cas. civ. de 9 de noviembre de 1993. G.J. CCXXV, pág. 405.).

Y es que si bien los testigos Carlos Alberto Rodríguez Fernández, Blanca Nieves Gurrero Pineda y Blanca León Velásquez coincidieron en afirmar que los recursos para la edificación de los lotes los obtuvo el señor Yepes Giraldo de “bazares, venta de garaje y rifas”, tan solo se contentaron con manifestar que ello había sido así, pero no dieron cuenta de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que tales sucesos ocurrieron, ni de su participación en alguno de dichos eventos, amén de que, en todo caso, por un lado, esos dichos aislados se contraponen a lo que las demás probanzas revelan, y por otro, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, no es razonable colegir que tan solo con rifas, bazares y venta de ropa usada se hubieran obtenido los recursos para la construcción de los cuatro pisos de los inmuebles objeto de este proceso.

En ese orden de exposición, aunque el demandante principal solicitó el reconocimiento de las mejoras que se encuentran en los inmuebles cuya posesión dijo detentar, circunscritas a la construcción de los cuatro pisos, los elementos de persuasión acopiados impiden reconocerlo como su artífice, por lo que la sentencia recurrida debe confirmarse en ese punto.

La Corte Suprema de Justicia, en casos similares, ha negado el reconocimiento de mejoras ante la ausencia de prueba. Así por ejemplo, en la sentencia proferida el 25 de julio de 2005 –expediente n.º 1999 0246 01- consideró que:

“En punto de las restituciones mutuas hay que hacer varias precisiones. La del inmueble resulta inevitable, porque la demandada viene ocupándolo, por lo menos en parte (...). No cabe predicar lo mismo respecto de frutos y mejoras, sobre lo cual no habrá por ende condena, dada la total ausencia de prueba, debida en gran parte a la inercia de las partes en esos aspectos. En torno a frutos, el demandante apenas los pidió en el libelo inicial, sin aclarar sobre qué partes concretas del bien, y allí no solicitó pruebas tendientes a establecerlos, ni después impulsó actividad probatoria alguna para demostrar su realidad objetiva ni mucho menos su cuantía.

(...) De otro lado, respecto de mejoras la cosa es parecida, ya que la demandada no las reclama, **ni están demostradas de su parte, pues tampoco desplegó actividad tendiente a establecer su realización ni su cuantía (...)**”.

Así las cosas, se impone confirmar lo que en punto a las mejoras se resolvió en la sentencia apelada, con la consecuente condena en costas a cargo del recurrente, dadas las resultas de su alzamiento, en los términos del artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, en Sala Séptima Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Confirmar la sentencia que el 10 de julio de 2020 profirió el Juzgado 26 Civil del Circuito de Bogotá, en cuanto negó el reconocimiento de las mejoras deprecadas por el demandante principal, conforme a lo dicho.

Segundo. Costas de esta instancia a cargo del apelante y en favor de su contraparte (artículo 365 del CGP). Líquidense por el juez a *quo* conforme al artículo 366, *idem*. El Magistrado sustanciador fija como agencias en derecho la suma de **\$2'000.000.00.**

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

Los magistrados,

Firmado Por:

Manuel Alfonso Zamudio Mora
Magistrado
Sala 005 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Oscar Fernando Yaya Peña
Magistrado
Sala 011 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Jesus Emilio Munera Villegas
Magistrado
Sala Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación:

16cdc0d511e39c9fae31c3c15ff0198c448d452ee06187ccdad571b7ed51b6b3

Documento generado en 26/10/2021 11:24:06 AM

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