

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ -SALA CIVIL

Magistrado ponente: **JUAN PABLO SUAREZ OROZCO**

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

des02sctsbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

E.S.D.

REFERENCIA: Proceso por Competencia Desleal Radicación: 11001319900120190400701 Demandante: CRC SALUD VIVA S.A.S. Demandados: IPS RENOVANDO CONDUCTORES S.A.S., CRC SALUD VIVA GRANADA S.A.S., y JULIÁN ANDRÉS MONTOYA CASTRO.

SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN PRESENTADO CONTRA LA SENTENCIA PROFERIDA EL 19 DE OCTUBRE DE 2021 POR LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO.

BERNY SMITH DUITAMA VILLAMIZAR, abogado en ejercicio, identificado con cédula de ciudadanía No 1.015.399.339, expedida en Bogotá, y portador de la tarjeta profesional No 212005 del C.S.J., de manera respetuosa me dirijo a su despacho con el fin de sustentar el recurso de apelación presentado contra la sentencia proferida el 19 de octubre de 2021 en los siguientes términos:

La inconformidad con la decisión adoptada por la delegada de la Superintendencia de Industria Y Comercio SIC se soporta como se señaló en los reparos concretos en la falta de valoración en conjunto las pruebas aportadas y recaudadas en el proceso.

Al punto la Corte Suprema de Justicia ha dicho que se incurre en esta falencia si el juez: *“Aprecia pruebas aducidas al proceso sin la observancia de los requisitos legalmente necesarios para su producción; o cuando, viéndolas en la realidad que ellas demuestran, no las evalúa por estimar erradamente que fueron ilegalmente rituadas; o cuando le da valor persuasivo a un medio que la ley expresamente prohíbe para el caso; o cuando, requiriéndose por la ley una prueba específica para demostrar determinado hecho o acto jurídico, no le atribuye a dicho medio el mérito probatorio por ella señalado, o lo da por demostrado con otra prueba distinta; o cuando el sentenciador exige para la justificación de un hecho o de un acto una prueba especial que la ley no requiere.* ¹

En el presente asunto la falladora dio por probados hechos a partir de una indebida valoración probatoria, pues no analizó en conjunto los medios de persuasión, desconociendo la realidad que ellos mostraban, no tuvo en cuenta pruebas que ella

¹ CXLVII, página 61, citada en CSJ SC de 13 abr. 2005, rad. nº 1998-0056-02; CSJ SC de 24 nov. 2008, rad. nº 1998-00529-01; CSJ SC de 15 dic.2009, rad. nº 1999-01651-01, entre otras.

misma decretó de oficio, desconociendo la realidad que las mismas mostraban para resolver adecuadamente el problema jurídico planteado y basándose en una apreciación personal y subjetiva de lo que a su parecer era una "conducta reprochable" del demandado JULIAN MONTOYA, como representante legal de la sociedad demandada, declaró que incurrió en actos de competencia desleal, y con ese argumento declaró igualmente que la sociedad IPS RENOVANDO CONDUCTORES incurrió en la misma conducta, desconociendo que probatoriamente no fue demostrada la comisión de la acción.

En efecto, como pilar para la revocatoria de la declaración proferida, es menester señalar que la acción pretendida no tenía cabida en este asunto, y si la juzgadora hubiese efectuado una adecuada valoración y análisis de las pruebas aportadas a la litis, lo hubiera advertido, pues se evidencia que lo que ocurrió en el asunto fue una controversia entre socios, y fue ello lo que llevó en últimas a que no prosperará la actividad comercial pretendida por los actores y se ocasionara su fracaso.

Si la juzgadora de primera instancia hubiera revisado con diligencia y cuidado cada una de las pruebas aportadas, hubiere advertido que el señor JULIAN MONTOYA, era quien tenía el conocimiento de la actividad comercial y objeto social que iba a desarrollar la sociedad, y fue quien constituyó la sociedad que ya estaba registrada para el momento en que aparece el señor ALFONSO GARCÍA con intenciones de hacer parte de la misma.

Frente a la violación a la **cláusula general de competencia de que trata el artículo 7 de la ley 256 de 1996**, que se presenta cuando las conductas que se realicen en el mercado en forma concurrencial resulten contrarias a las sanas costumbres mercantiles, la buena fe comercial y los usos honestos en materia industrial o comercial, me permito precisar que esos actos en momento alguno aparecen demostrados en el asunto, manifestó la delegada que la parte demandante edifica este hecho en que el señor JULIAN MONTOYA en su calidad de representante legal estructuró y ejecutó varios actos como persona natural encaminados a mermar la capacidad comercial de la demandante para llevarla a la inactividad total de su actividad en el mercado de certificaciones para licencias de conducción y porte de armas, llevándolos a una causal de disolución, obstruyendo su facultad para competir en el mercado. Que las actuaciones ejecutadas por Julian Montoya fueron 1. Incumplimiento de Julián Montoya como representante legal de la sociedad. 2. Fallas en su actividad como representante que se vieron reflejadas no solo en su actuar cotidiano sino también en los estados financieros de la sociedad demandante. 3. Que constituyó la CRC Viva Granada SAS, con un objeto social igual al de la demandante, mientras era representante legal de la sociedad demandante. 4. Que también con el cambio de razón de la IPS CRC Restrepo SAS, por la de IPS Salud Viva SAS., 5. El cierre del establecimiento de comercio en el que operaba la parte demandante, esto con la finalidad de promocionar y ubicar otro establecimiento de comercio que hoy es IPS Renovando Conductores SAS, 6. Actuaciones tendientes a obstruir la entrega de equipos necesarios para el desarrollo del objeto social de la sociedad, como documentos de la actora que eran necesarios para el desarrollo del objeto social. 7. Utilizar la página de Facebook de la sociedad promocionando la IPS Salud Viva SAS. 8. Vinculación de empleados de la sociedad demandante a la IPS Salud Viva SAS.

Para resolver este punto la delegada indicó acertadamente que no le correspondía emitir ningún tipo de juicio de *“si se cumplió o no se cumplió alguna función como administrador del señor JULIAN MONTOYA en su calidad de representante legal, esto porque no tiene competencia para inmiscuirme en estos casos, esto ya violaría la competencia que nos da el artículo 24 del Código General del Proceso, ya que no puede decidir temas o aspectos específicamente societarios de responsabilidad de representantes en esta materia y también porque en cuanto a la buena fe comercial no tiene que ver con la buena fe que se puede exigir o predicar de un contrato o de una relación que tiene el como gerente de una sociedad específica o si dio o no cumplimiento específico a todos sus deberes como tal, de ahí que el análisis no puede fundamentarse en esa falta específica de diligencia como administrador o representante legal en el estudio de las normas societarias como tal, la parte societaria se escapa a la competencia de este despacho.”* (1:22:39 audiencia de fallo). Argumento que deja por completo de lado al considerar luego en las consideraciones que el demandado JULIAN MONTOYA CASTRO, si incumplió sus deberes como administrador con el fin de defraudar la sociedad, profiriendo una sentencia incongruente porque desconoció que el soporte fáctico alegado por la demandante para demostrar las causales de competencia desleal alegadas de que trata la ley 256 de 1996, ERA LA “DESASTROSA” administración y desempeño del demandado JULIAN MONTOYA CASTRO como representante legal de la sociedad CRC SALUD VIVA SAS.

Dijo que se demostró con el certificado de existencia y representación legal que el señor JULIAN MONTOYA constituyó la sociedad CRC SALUD VIVA Granada, mientras era representante legal de la sociedad, y que ello demostraba sus actos desleales para con la sociedad, criterio totalmente errado porque declaró ese solo hecho como constitutivo de competencia desleal, sin valorarlo en conjunto con las demás pruebas obrantes en el proceso, y sin analizar que no había nexo de causalidad de ese acto con las conductas y perjuicios reclamados.

Revisado el referido certificado visible en los anexos de la demanda, se avizora que el 15 de mayo de 2017, se inscribió la persona jurídica denominada CRC SALUD VIVA GRANADA SAS, hecho que no era desconocido para los otros socios de la sociedad demandante, pues eran conocedores de la actividad comercial del señor JULIAN MONTOYA en el campo de los Centros de Reconocimiento de Conductores, y fue precisamente ello, tal como lo indicó el señor ALFONSO MARTÍNEZ en su interrogatorio de parte, lo que los llevó precisamente a querer hacer parte de su sociedad CRC VIVA SAS, y ello se demuestra con la manifestación que se dejó en el contrato de compraventa de acciones de la Sociedad Salud VIVA SAS, suscrita el 26 de octubre de 2017, entre los señores JULIAN ANDRES MONTOYA CASTRO y MARISOL MARTÍNEZ ARTUNDUAGA, representante legal de la sociedad QUARNIK SAS, documento en el cual en su cláusula Séptima se estipuló que dentro de las obligaciones del cesionario comprador estaba la de: *“Otorgar una franquicia que se negociará mediante documento privado de la sociedad CRC SALUD VIVA S.A.S, al cedente vendedor en un Centro de Reconocimiento de Conductores propiedad del cedente vendedor en el municipio de Granada, Departamento del Meta con total autonomía de esta misma.”*, cláusula con la cual se demuestra que era conocido por los socios de CRC SALUD VIVA SAS, la existencia de la sociedad CRC SALUD VIVA GRANADA SAS, y que con esta última negociación lo que se pretendió fue darle a la misma el carácter de franquicia de la sociedad demandante, hecho que en la práctica nunca ocurrió, dado que este Centro de Reconocimiento

de Conductores, no entró en operación y nada demostró la parte demandante en ese aspecto.

De ahí, que no se advierta que la delegada se equivocó al tener este hecho como demostrativo de actos de deslealtad menos de Confusión como lo declaró, pues no valoró ni estudio las demás pruebas obrantes en el proceso, para establecer que los socios de CRC SALUD VIVA SAS, sabían de la constitución de esta sociedad y de su falta de operación, y se limitó solo a considerar que era hecho de competencia desleal que se hubiera señalado la dirección de funcionamiento de CRC VIVA SAS, como dirección de notificación de una sociedad que como se demostró nunca operó y que se encontraba ubicada en el municipio de Granada, Meta.

Luego, pasa a analizar el certificado de existencia y representación de la sociedad demandada IPS RENOVANDO CONDUCTORES, y da por probado como acto de competencia desleal que esta sociedad cambio de razón social en dos oportunidades y además señala faltando a la verdad que operó en el mismo local donde operaba la sociedad demandante.

Acá nuevamente se incurre en un yerro de apreciación probatoria, toda vez que basada solamente en lo dicho por la parte demandante y el certificado de existencia y representación legal, deja de lado los interrogatorios practicados a la representante legal de la sociedad IPS RENOVANDO CONDUCTORES SAS, y no practica un análisis conjunto de estas pruebas y del precitado certificado para llegar a la realidad procesal.

Del referido documento se colige que la citada sociedad fue constituida el 31 de marzo de 2014, con el nombre IPS CRC de Restrepo SAS, luego el 8 de noviembre de 2017, cambia su nombre a IPS SALUD VIVA SAS, y por último el 31 de octubre de 2018 se registra como IPS RENOVANDO CONDUCTORES.

Dichos cambios no pueden ser por si solos constitutivos de actos de competencia desleal, ni para el señor JULIAN ANDRES MONTOYA CASTRO, ni mucho menos para su representante legal PAULA DEL MAR MENDOZA DUQUE.

En el interrogatorio de parte de la señora Mendoza Duque, que la señora delegada ni siquiera mencionó, la declarante manifestó la forma en que se negoció la compra de la citada sociedad, dejando claro acorde con lo que se avizora en el certificado de existencia y representación, que esa sociedad ya estaba constituida y acreditada desde el año 2014 con sede en el municipio de Restrepo y las circunstancias por las cuales entró al negocio y las razones que la motivaron a introducir su oferta de negocio a la ciudad de Villavicencio.

No es admisible que solo por el hecho de que el señor Julián Montoya haya consolidado con posterioridad a las compras y ventas celebradas por la demandada Paula del Mar Mendoza, frente a la sociedad IPS CRC de Restrepo SAS, una relación de pareja, sea éste el único argumento para concluir actos de su parte constitutivos de competencia desleal.

En su declaración la deponente manifestó que ante la posibilidad de instalar su negocio en el Centro Comercial Viva SAS, aprovecho la oferta y tomó el local 141 del sótano 1 de la citada propiedad horizontal, local que contrario a lo dicho por la juzgadora no es el mismo donde operaba la sociedad demandante CRC SALUD VIVA SAS.

Tiene coherencia su dicho cuando afirma que, al trasladar su negocio del municipio de Restrepo, Meta a Villavicencio, más específicamente al Centro Comercial VIVA, decidió por sugerencia del mismo centro comercial y por lógica comercial, utilizar la palabra VIVA por ser alusiva al centro comercial, dado además que no existía ninguna cláusula de exclusividad para que se pudiera utilizar dicha palabra, además atendiendo que su sociedad era una IPS. (46:47)

Aunado a lo anterior, se demostró que esta sociedad entró en operación solo hasta el mes de abril de 2018, luego no hay demostración de acto alguno que se configure como de competencia desleal, no se causó perjuicio alguno a la sociedad demandante, y lo que se advierte en este asunto son actos de libre competencia y acceso al mercado, que la sociedad CRC SALUD VIVA SAS, quiere desconocer, y por el contrario fue esta sociedad la que le causó perjuicios a la demandada.

Es de resaltar que en momento alguno en el acta de constitución de la sociedad demandante aparece cláusula de exclusividad para el señor JULIAN ANDRES MONTOYA, que el impidiera ejercer su conocimiento en el negocio, ni dentro de sus facultades o prohibiciones está establecido, aunado a que no se demostró que hubiera recibido algún lucro por ello.

Se demostró en el asunto que el señor JULIAN MONTOYA de manera individual constituyó la sociedad CRC SALUD VIVA SAS, fue él quien ubicó el lugar para su operación, como persona natural y acorde con sus relaciones comerciales con la propiedad horizontal Centro Comercial Viva S.A, logró antes de conformar la sociedad y a nombre propio suscribir contrato de arriendo del local comercial ubicado en la Calle 7 No 45-185 local 141 Sótano 1, con unas condiciones especiales para JULIAN MONTOYA como persona natural, hecho que no tuvo en cuenta la delegada y consideró que el cierre del establecimiento de comercio obedeció a que la sociedad no estaba dando rendimientos, sin tener en cuenta que en este hecho tenían responsabilidad los socios de la demandante, no podía atribuirse solo al demandado Julián Montoya, sino que el actuar del señor ALFONSO GARCÍA, llevó a ese desenlace, y fue este quien con la deshabilitación del software llevó a que perdieran la acreditación y obligó al señor Montoya a vender las acciones de la sociedad que había creado.

En punto a los actos de **desorganización** de que trata el artículo 9 de la ley 256 de 1996, tampoco aparece demostrado, pues todos los actos que se le endilgan al señor JULIAN MONTOYA como representante legal, devienen de la actitud negligente y ventajosa que empezó a desplegar el socio ALFONSO GARCÍA lo que generó el fracaso de la sociedad, abusó de mi prohijado JULIAN MONTOYA, en el ejercicio de las operaciones de la empresa, generándole grandes perjuicios económicos. No se demostró que MONTOYA CASTRO hubiese elevado actos para que se desestabilizara la sociedad por cuanto las pérdidas y fracaso de la misma obedeció como se dijo, a los actos deshonestos del señor ALFONSO GARCÍA, que pretendía desde el inicio de la operación obtener ganancias superiores a las pactadas y fue éste por el contrario quien desplegó conductas lesivas, dentro de ellas, como no pagar el SOFTWARE SOFIA, lo cual impidió la operación adecuada de la sociedad, lo cual entre otros actos llevaron a su fracaso y generación de pérdidas. Se demostró además en el asunto que contrario a lo manifestado por la demandante bajo la gravedad del juramento, ellos si tenían acceso a toda la parte contable, pues la revisoría fiscal como lo dicen los estatutos estaba a su cargo, y

además la contadora GINA CIFUENTES les remitía casi que a diario toda la información y eran ellos quienes manejaban el SOFTWARE CONTABLE, fueron citados a asambleas de socios por el representante legal y no concurrían a las mismas con el ánimo de que no fueran aprobados los estados financieros, todo ello demostrado en la diligencia de exhibición de documentos que se llevó a cabo.

Menos aun resultan demostrados los actos de **desviación de clientela**, por cuanto como se demostró la sociedad IPS RENOVANDO CONDUCTORES S.A.S., si bien con otro nombre, venía funcionando con anterioridad, no es un Centro de Reconocimiento de Conductores y no tiene acreditación para expedir certificaciones en porte y tenencia de armas. Además como desviar clientela de una sociedad que venía en pérdidas por los actos desleales y ventajosos de ALFONSO GARCÍA?. Ninguna actuación es este sentido aparece demostrada tampoco como realizada por la demandada IPS RENOVANDO CONDUCTORES S.A.S., pues no se demostró que efectivamente los clientes que eran de la sociedad CRC SALUD VIVA S.A.S, fueran desviados a esa sociedad y si en gracia de discusión algunos concurren a la IPS fue debido a que ya no estaba en operación el CRC SALUD VIVA S.A.S., y tenían libertad de solicitar servicios que necesitaban a cualquier empresa que estuviera en funcionamiento, acorde con la libre escogencia del mercado.

Por último, nada se demostró respecto a la **inducción a la ruptura contractual - art. 17 ley 256 de 1996**. Toda vez que no se demostró que los clientes de la CRC SALUD VIVA S.A.S., fueran desviados a la IPS RENOVANDO CONDUCTORES S.A.S., solo algunas personas que trabajaron en el CRC presentaron sus hojas de vida y por su idoneidad fueron aceptados para prestar sus servicios como cualquier profesional, no se trataba de conocimientos o secretos profesionales obtenidos en el CRC. Como se demostró en la diligencia de inspección judicial los equipos entregados en comodato en momento alguno son utilizados en esta sociedad, faltando la demandante a la verdad al señalar que allí operaban. En momento alguno se demostró instigación a los empleados para no cumplir con sus deberes u obligaciones o para inducirlos a trabajar en otro lugar, por el contrario, esa actitud si fue desplegada por la sociedad demandante y ALFONSO GARCÍA, en su actuar con la contadora GINA CIFUENTES, quien renuncia a la sociedad de forma intempestiva sin dejar soportes ni claves de sus operaciones.

Al punto la Corte ha dicho: "Por supuesto que prohibir a cualquier persona el desempeño de su labor con la información y experiencia adquirida en trabajos anteriores configuraría violación al derecho a la libertad de oficio, lo cual no obsta para acordar cláusulas de no competencia postcontractual, limitadas de forma rigurosa en cuanto a su vigencia temporal y, naturalmente, generadoras de una retribución económica. No es óbice para que la conducta sea tachada de desleal que concurren circunstancias reveladoras de una acción contraria a la exigencia de competencia basada en la eficiencia de las prestaciones propias y en la que esté presente el ánimo de obstaculización de la actividad de otro empresario u agente económico. (CSJ Radicación n.º 11001-31-99-001-2013-11183-01)

En ese orden su señoría la demandante teniendo la carga de demostrar los supuestos actos que configuran la competencia desleal, no lo hizo, por el contrario lo que se evidencia de las pruebas allegadas y practicadas en especial, los interrogatorios y testimonios recepcionados en la litis, es que a mi prohijado JULIAN MONTOYA, se le causaron unos perjuicios por el actuar desleal y

deshonesto del señor ALFONSO GARCÍA y de la sociedad CRC VIVA SALUD S.A.S., actos que en últimas fueron los que llevaron al fracaso de la sociedad, desconociendo que fue el señor JULIAN MONTOYA quien aportó todo su conocimiento y trayectoria en la materia y quien antes de la aparición del señor ALFONSO queriendo ser socio, ya tenía creada la sociedad.

Por ende, no hay lugar a declaración de perjuicios de ninguna índole, pues por el contrario son mis defendidos quienes deben ser indemnizados por todos los perjuicios económicos y morales que le han sido causados por la demandante, menos aún si nos remitimos al dictamen pericial allegado el cual se demostró claramente que no cumple con ninguno de los requisitos establecidos por el artículo 226 del CGP, la experticia estaba claramente parcializada, por la familiaridad del perito con el señor ALFONSO GARCÍA, alejado de la realidad, basado en conceptos personales, sin ningún método ni soporte científico que lo respalde, apartándose de la documentación contable y financiera que reconoció le fue entregada y que no quiso tener en cuenta, afirmando además que un análisis financiero es igual al lucro cesante.

Cercenó la juzgadora de instancia el derecho de contradicción y defensa de los demandados en la diligencia de exhibición de documentos e inspección judicial, pues contrariando lo dispuesto en el decreto 806 de 2020, no permitió mi asistencia virtual, evidenciándose irregularidades en la diligencia practicada, lo que tuvo como consecuencia que la delegada no valorara adecuadamente esta prueba y los documentos que allí se presentaron, así como que en las instalaciones de la demandada IPS RENOVANDO CONDUCTORES no se hallaba ninguno de los elementos de oficina ni equipos de la sociedad demandante, máxime cuando la parte demandante no aportó inventario para corroborar cuales eran los elementos que la delegada iba a revisar, atendiendo el objeto de la prueba. En esta misma diligencia se aportaron los documentos que prueban que la parte demandante tenía en su poder toda la parte contable, como quiera que a diario se le enviaban todos los correos contentivos de la misma.

Por último, violando su competencia resolvió frente al contrato de comodato celebrado entre las partes, sin tener en cuenta las pruebas aportadas, desconociendo que éste obedeció a un acuerdo de voluntades y que es otro escenario en el cual acorde con las pruebas pertinentes se debe resolver.

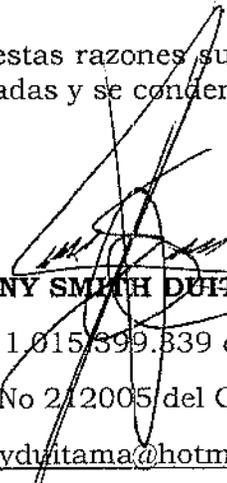
Habló en la sentencia de elementos que se aportaron para el funcionamiento de la sociedad, los cuales no obran en el acta de constitución de la misma, toda vez que todos estos elementos fueron aportados por el demandado JULIAN MONTOYA CASTRO, así como las instalaciones donde operaba administrativamente la sociedad demandante, emolumentos que nunca le fueron reconocidos y que él incluyó en los estados financieros para su aprobación, lo cual no se pudo lograr por la falta de asistencia del socio ALFONSO GARCÍA, lo cual está demostrado en las pruebas de oficio que la misma delegada decretó y que se aportaron en la diligencia de exhibición de documentos.

APELO como manifesté en los reparos a la sentencia además la condena en costas, cuyos reparos fundamento en la falta de congruencia con las declaraciones proferidas. Ello atendiendo que las pretensiones de la demanda no fueron acogidas

en su totalidad, por tanto, no podía condenarse en un 100% sino en un factor proporcional, y además en lo que atañe a las demandadas CRC SALUD VIVA GRANADA S.A.S., porque aunque debió ser absuelta en su integridad, en el fallo solo fue declarada en su contra solo una causal de competencia desleal, al igual que IPS RENOVANDO SAS que fue declarada su comisión en dos causales, por ende su proporción de condena deben ser menores a las del señor MONTOYA CASTRO.

Frente a la negativa de reconocimiento de perjuicios por daño emergente y lucro cesante NO SE TIENE NINGUN REPARO A LA DECISIÓN PROFERIDA.

Por estas razones su señoría solicitó se nieguen en su totalidad las pretensiones incoadas y se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandante.



BERNY SMITH DUITAMA VILLAMIZAR

C.C. 1.015.399.339 de Bogotá

T.P. No 2/2005 del C.S.J.

bernyduitama@hotmail.com

17 de enero de 2022

Honorable Magistrado
Juan Pablo Suárez Orozco
Tribunal Superior de Bogotá – Sala Civil
E.S.D.

Ref: Acción de Protección al consumidor.

Radicado: 11001-31-99-001-2020-88594-01

Demandante: Conjunto Cerrados Altos de Miramar.

Demandado: Construservicios B&H LTDA y Fiduciaria Bancolombia S.A. como vocera del Fideicomiso Altos de Miramar.

ASUNTO: Sustentación del recurso de apelación.

Carlos Eduardo Ossa Hernández, mayor de edad y vecino de la ciudad de Ibagué-Tolima, identificado con la cédula de ciudadanía N° 14.220.414 de Ibagué, abogado en ejercicio, portador de la tarjeta profesional N° 56.609 del C.S. de la J., obrando en calidad de apoderado de la parte demandante dentro del proceso de la referencia; por medio del presente escrito me permito sustentar dentro del término, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida el 25 de octubre de 2021, en la Sala Virtual N° 6 de la Superintendencia de Industria y Comercio, de conformidad con lo estipulado en el artículo 14 del Decreto 806 de 2020 y demás normas concordantes, teniendo en cuenta lo siguiente:

CONSIDERACIONES PREVIAS

El 25 de octubre de 2021, la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, profirió sentencia de primera instancia dentro del proceso de radicado N° 2020-188594.

En dicha decisión, el señor delegado, quien hace las veces de juez y quien resolvió el caso, decidió, entre otras cosas:

“PRIMERO: Declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva de la sociedad FIDUCIARIA BANCOLOMBIA S.A.S. SOCIEDAD FIDUCIARIA, como vocera y administradora del fideicomiso ALTOS DE MIRAMAR, de conformidad con la parte motiva de esta providencia”.

Igualmente, el señor delegado de la Superintendencia de Industria y Comercio, resolvió conceder la mayoría de las pretensiones de la demanda contenidas en el escrito de subsanación, con excepción, entre otras, de la pretensión N° 4, mediante la cual se solicitó que se sancionara al demandado por publicidad engañosa, por el ofrecimiento

de dos locales comerciales que, en la actualidad, no hacen parte de la copropiedad; y asimismo, la pretensión N° 18, mediante la cual se solicitó que se ordenara a Construservicios B&H LTDA la efectividad de la garantía y posterior entrega de los cobertizos de los pasillos externos de los edificios, en las condiciones de calidad e idoneidad ofrecidas.

De lo anterior se desprende, que, aunque el suscrito está conforme con gran parte de las decisiones tomadas por el señor delegado de la Superintendencia de Industria y Comercio, tiene 3 reparos puntuales en cuanto a la sentencia proferida, los cuales son el fundamento del recurso de alzada interpuesto en audiencia, como se expone a continuación.

FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN.

Inicialmente es menester establecer que son tres (3) los reparos que se tienen en cuanto a la decisión proferida el 25 de octubre de 2021 por la Delegatura Para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, los cuales, son el fundamento del recurso de apelación solicitado.

El primer reparo, gira en torno a la decisión del señor delegado de declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva de la sociedad FIDUCIARIA BANCOLOMBIA S.A., como administradora y vocera del fideicomiso Altos de Miramar.

Un segundo reparo, que surge con ocasión al no otorgamiento de la pretensión N° 4 de las pretensiones contenidas en el escrito subsanación de la demanda, mediante la cual se solicitó que se sancionara al demandado por publicidad engañosa, por el ofrecimiento de dos locales comerciales que, en la actualidad, no hacen parte de la copropiedad.

Finalmente, un tercer reparo, el cual tiene como fundamento la decisión del señor delegado de no conceder la pretensión N° 18 del escrito de subsanación de la demanda, en donde se solicitó que se ordenara a Construservicios B&H LTDA la efectividad de la garantía y posterior entrega de los cobertizos de los pasillos externos de los edificios, en las condiciones de calidad e idoneidad ofrecidas.

Dicho lo anterior, a continuación, se expondrán los argumentos de cada uno de los tres reparos mencionados, que surgen con ocasión a la sentencia proferida el 25 de octubre de 2021, y que son el fundamento del recurso de apelación interpuesto.

1. En cuanto a la falta de legitimación en la causa por pasiva de la sociedad FIDUCIARIA BANCOLOMBIA S.A. SOCIEDAD FIDUCIARIA.

Inicialmente, se debe señalar que el artículo 1226 del Código de Comercio reza lo siguiente:

“ARTÍCULO 1226. CONCEPTO DE LA FIDUCIA MERCANTIL. *La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.*

Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario.

Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios.”

De lo anterior se desprende que la labor de la Fiducia, no es más que cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en pro de los intereses de este o de unos terceros llamados beneficiarios, siendo en el presente caso estos últimos, los consumidores.

Entonces, si la finalidad que determina la Ley para la fiducia, es que esta se cumpla, siempre, en beneficio del fideicomitente y los consumidores, en el presente caso, claramente se puede establecer que la sociedad fiduciaria Bancolombia S.A. incumplió la finalidad que le fue encomendada por el fideicomitente, en desmedro de los intereses de este y, en especial, de los intereses de los beneficiarios o consumidores del proyecto inmobiliario.

El incumplimiento de la finalidad encomendada a la sociedad fiduciaria, se pudo observar en la declaración de parte rendida por la representante legal y/o jurídica de la misma, pues esta señaló que el proyecto inmobiliario había finalizado, y si bien, como lo advirtió el señor Delegado de la Superintendencia de Industria y Comercio, el proyecto pudo haber finalizado, lo cierto es que no se han entregado varios de los bienes no esenciales, los cuales fueron ofertado en etapa de preventa y que son fundamentales para la convivencia pacífica en la copropiedad.

De suerte que la Fiducia pasó por alto la finalidad para la cual fue constituido el negocio fiduciario, lesionando igualmente el deber de información, pues la misma no se puede escudar en que no puede derivarse responsabilidad alguna sobre esta, bajo la tesis que no son constructores ni proveedores y que simplemente es vocera y administradora.

Es importante señalar que en una interpretación que ha venido haciendo la Corte Suprema de Justicia, respecto de la Ley 1328 de 2009, en donde las fiducias actúan como gestoras o administradoras que se obligan a responder por la finalidad del contrato fiduciario, no pueden estar saltando en un espacio de irresponsabilidad; la misma corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, en referencia a la aplicación del estatuto financiero, se puede encontrar que las fiducias conjuntamente, con los fondos de pensiones que se crean al unísono y hacen parte del mismo título que trae el estatuto financiero, les ha venido señalando la corte unas responsabilidades, en el sentido de que se obligan a mantener informado al usuario, al cliente etc.

En este sentido, las sociedades fiduciarias deben propender por el cumplimiento de las disposiciones consagradas en el estatuto del consumidor, Ley 1480 de 2011 y demás disposiciones regulatorias, como las dispuestas para el consumidor financiero.

Por su parte, el artículo 1234 del Código de Comercio dispone los deberes del fiduciario, como se puede observar:

“ARTÍCULO 1234. OTROS DEBERES INDELEGABLES DEL FIDUCIARIO. *Son deberes indelegables del fiduciario, además de los previstos en el acto constitutivo, los siguientes:*

- 1) *Realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia;*
- 2) *Mantener los bienes objeto de la fiducia separados de los suyos y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios;*
- 3) *Invertir los bienes provenientes del negocio fiduciario en la forma y con los requisitos previstos en el acto constitutivo, salvo que se le haya permitido obrar del modo que más conveniente le parezca;*
- 4) *Llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente;*
- 5) *Pedir instrucciones al Superintendente Bancario cuando tenga fundadas dudas acerca de la naturaleza y alcance de sus obligaciones o deba apartarse de las autorizaciones contenidas en el acto constitutivo, cuando así lo exijan las circunstancias. En estos casos el Superintendente citará previamente al fiduciante y al beneficiario;*
- 6) *Procurar el mayor rendimiento de los bienes objeto del negocio fiduciario, para lo cual todo acto de disposición que realice será siempre oneroso y con fines lucrativos, salvo determinación contraria del acto constitutivo;*
- 7) *Transferir los bienes a la persona a quien corresponda conforme al acto constitutivo o a la ley, una vez concluido el negocio fiduciario, y*
- 8) *Rendir cuentas comprobadas de su gestión al beneficiario cada seis meses.”*

Por otro lado, en el artículo 1235 se consagran los derechos del beneficiario:

ARTÍCULO 1235. OTROS DERECHOS DEL BENEFICIARIO. *El beneficiario tendrá, además de los derechos que le conceden el acto constitutivo y la ley, los siguientes:*

- 1) *Exigir al fiduciario el fiel cumplimiento de sus obligaciones y hacer efectiva la responsabilidad por el incumplimiento de ellas;*

- 2) *Impugnar los actos anulables por el fiduciario, dentro de los cinco años contados desde el día en que el beneficiario hubiera tenido noticia del acto que da origen a la acción, y exigir la devolución de los bienes dados en fideicomiso a quien corresponda;*
- 3) *oponerse a toda medida preventiva o de ejecución tomada contra los bienes dados en fiducia o por obligaciones que no los afectan, en caso de que el fiduciario no lo hiciera, y*
- 4) *Pedir al Superintendente Bancario por causa justificada, la remoción del fiduciario y, como medida preventiva, el nombramiento de un administrador interino.”*

Ahora bien, el numeral b del artículo 2 de la Ley 1328 de 2009, señala que “*Usuario es la persona natural o jurídica quien, sin ser cliente, utiliza los servicios de una entidad vigilada*”; por lo tanto, en el presente caso, los usuarios son los mismos beneficiarios o consumidores, los cuales, sin haber concurrido a la firma del contrato de fiducia, son considerados por la Ley como usuario, y en ese sentido, la fiducia se obligó, en aras de cumplir el fin propuesto por el fideicomitente, máxime cuando el desarrollo del negocio fiduciario contó con una persona encargada de hacer vigilancia sobre el mismo, como lo es el contralor, cargo que es pagado también por los beneficiarios.

Es así, como en aras de cumplir las disposiciones de protección al consumidor, Fiduciaria Bancolombia S.A. como vocera del patrimonio autónomo Fideicomiso Altos de Miramar, debió informar y advertir sobre el desarrollo de cada una de las etapas del proyecto inmobiliario, así como la entrega de los bienes comunes que hacen parte de la copropiedad; no obstante, la sociedad fiduciaria como vocera del patrimonio autónomo conformado, hizo caso omiso e incumplió con la finalidad para la cual fue constituido.

Por las razones anteriores, Fiduciaria Bancolombia S.A. como vocera del patrimonio Autónomo Altos de Miramar, debe ser tenida como parte dentro de la acción de protección al consumidor instaurada.

2. En cuanto a la pretensión N° 4, mediante la cual se solicitó que se sancionara al demandado por publicidad engañosa, por el ofrecimiento de dos locales comerciales que, en la actualidad, no hacen parte de la copropiedad (Pretensión no concedida).

En cuanto a este reparo, se tiene que no se advirtió en primera instancia, que mediante Escritura Pública 1911 del 25 de agosto de 2017 se creó el reglamento de propiedad horizontal, y posteriormente, la constructora (demandado), acudió a la Curaduría Urbana de Ibagué y solicitó la subdivisión del predio que había sido entregado inicialmente a la copropiedad, específicamente el 20 noviembre de 2017, es decir tres meses después de que se creara el reglamento de propiedad horizontal.

De esta forma, Constructora B&H LTDA y Fiduciaria Bancolombia S.A. como vocera del patrimonio Autónomo Acqua Power Center, realizaron un reloteo o desenglobe,

excluyendo un área considerable de terreno que inicialmente fue parte del proyecto inmobiliario, siendo publicitado y ofertado de esta manera.

Adicional a lo anterior, se puede establecer que lo demandados no tenían la facultad para realizar actos de desenglobe, que, aun pretendiendo aplicar artículos del reglamento de propiedad que habla sobre reservas de derechos del constructor, viola disposiciones normativas, pues dice que *“las facultades previstas y la aceptación de los adquirientes de las cláusulas de reserva de derechos a favor del propietario inicial, comprenderá la de presentar solicitudes de licencia, ya sea en urbanismo, subdivisión, reloteo, englobe con otros predios incorporando nuevas áreas al lote donde se construye el proyecto, construcción, ampliación, adecuación, demolición, reconstrucción, cerramiento, así como la modificación de las mismas”*.

Es decir, es un abuso del derecho al atribuirse facultades que tanto la Ley 1480 de 2011 como la Ley 675 de 2001, únicamente le han conferido a la Asamblea General de la copropiedad.

El reloteo no es más, que la división de un predio, en el presente caso se cercenó a un predio una franja de terreno, siendo el predio cercenado inicialmente parte física de la copropiedad, tal como fue constituida la misma y el reglamento de propiedad horizontal.

Es así, como sin haber acudido a la Asamblea General, que para esos eventos requería de una mayoría especialísima del 70% de las cuotas de interés o de coeficiente, los demandados acudieron conjuntamente y realizaron el desenglobe de un área de la copropiedad, siendo la misma publicitada y ofertada como parte fundante del proyecto inmobiliario.

Lo anterior dio lugar a que posteriormente, los demandados solicitaron a la Curaduría Urbana de Ibagué, la expedición de una nueva licencia denominada “Licencia de construcción y edificación” con fecha del 17 de mayo del año 2018 y en la cual se estableció un uso comercial de tres pisos, el cual se encuentra en el proyecto Altos de Miramar, resultando entonces la matrícula inmobiliaria N° 350-235651 que no es de ninguna manera a aquella que corresponde al terreno de la copropiedad; por lo que como se puede observar, sustrajeron indebidamente un bien que en el presente caso, por tratarse de terrenos, es esencial.

A pesar de que el acto administrativo de la curaduría se encuentra en firme, no cabe duda el incumplimiento de las obligaciones de la constructora y los actos lesivos para los consumidores, pues habiendo publicitado y ofertado un proyecto con determinadas condiciones, una vez constituido el reglamento de propiedad horizontal, modifica la infraestructura del proyecto inmobiliario, negándose finalmente a la entrega de los locales comerciales que se encuentran en la instalación física de lo que sería la copropiedad en conjunto, resultando finalmente dicha operación, como una forma de

obtener otra utilidad para la constructora y la sociedad fiduciaria, en desmedro de los intereses de los beneficiarios del proyecto o consumidores.

Es así, como finalmente se establece que se configura una publicidad engañosa por parte del demandado, al publicitar y ofertar un proyecto inmobiliario con unas áreas determinadas, pero posteriormente a la fecha de consolidación del reglamento de propiedad horizontal, cambió la estructura de lo que serían las áreas del conjunto residencial, constituyendo un bien inmueble diferente, con matrícula inmobiliaria aparte al terreno de mayor extensión, tal cual como fue vendido el proyecto Altos de Miramar a los consumidores.

3. En cuanto a la pretensión N° 18, mediante la cual se solicitó que se ordenara a Construservicios B&H LTDA la efectividad de la garantía y posterior entrega de los cobertizos de los pasillos externos de los edificios, en las condiciones de calidad e idoneidad ofrecidas.

Finalmente, en cuanto a este reparo, se tiene que los consumidores del proyecto inmobiliario, no están conforme con las condiciones de calidad e idoneidad en que fueron entregados los cobertizos de los pasillos externos que conectan todas las torres del proyecto inmobiliario Altos de Miramar.

Lo anterior obedece a que el material del mismo no cumple con las condiciones a que debe estar sujeto un bien expuesto 100% a condiciones de lluvia, sol etc.

En este punto se debe resaltar que, indudablemente la calidad de un bien o servicio también está determinada por la costumbre y que dicho bien se debe entregar con determinada calidad y que deba corresponder a una que cumpla con todos los parámetros para la exposición constante a diferentes condiciones de sol, agua, luz etc y no a otra, en cuanto, como se estableció, es un bien que está expuesto a la intemperie.

Es así, que los materiales bajo los cuales se entregaron los cobertizos exteriores de los pasillos que conectan las torres, a todas luces, lo que pretendieron fue reducir costos en la construcción, no entregando en óptimas condiciones unas zonas comunes indispensables de la copropiedad, alejados de condiciones de calidad e idoneidad.

De esta forma, se afectó de manera grave los derechos de los consumidores, pues este es un área que permite una comunicación entre cada una de las torres, siendo espacios muy amplios e importantes, que debieron ser construidos con materiales de calidad e idoneidad, capaces de soportar condiciones extremas por un periodo de tiempo prolongado, para no significar a corto plazo, un gasto adicional a la copropiedad que no debe soportar.

Es así, que, por las razones expuestas, y atendiendo los reparos realizados, de la manera más respetuosa se solicita al honorable Magistrado lo siguiente:

1. Que se revoque el numeral primero de la sentencia proferida el 25 de octubre de 2021 y, en su defecto, atañe responsabilidad a Fiduciaria Bancolombia S.A. como vocera del Patrimonio Autónomo Altos de Miramar por la infracción de las normas de protección al consumidor.
2. Que se conceda la pretensión N° 4 y 18 contenidas en el escrito de subsanación de la demanda, y en su defecto, se sancione a los demandados por publicidad engañosa y se ordene la entrega en condiciones de calidad e idoneidad de los cobertizos de los pasillos exteriores que conectan las torres de la copropiedad respectivamente.
3. Que las demás decisiones proferidas en la sentencia del 25 de octubre de 2021 sean confirmadas.

Agradeciendo la atención prestada.

Cordialmente,



Carlos Eduardo Ossa Hernández
C.C. N° 14.220.414 de Ibagué.
T.P. 56.609 del C. S. de la J.
Apoderado.

RECURSO DE APELACION DE SENTENCIA

RAD 2012 0466

Demandante Hector Manuel Balaguera Quintana

Demandado BBVA SEGUROS y otro

1.CIUDAD Y FECHA

Bogotá, Enero 18 de 2022

2.AUTORIDAD

SEÑORES
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA – SALA CIVIL-.
MAG DR. JOSE ALFONSO ISAZA DAVILA
E.S.D.

3.REFERENCIA

PROCESO ORDINARIO
DEMANDANTE HECTOR MANUEL BALAGUERA QUINTANA
DEMANDADOS BANCO BBVA Y BBVA SEGUROS DE VIDA S.A.
RAD. 110013103002-2012-00466-01

4. ASUNTO

SUSTENTACION RECURSO DE APELACION DE SENTENCIA

5. SENTENCIA OBJETO DE APELACION.

SENTENCIA ESCRITA DESESTIMATORIA DE PRIMERA INSTANCIA
PROFERIDA POR: JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO TRANSITORIO DE BOGOTA
FECHA DE SENTENCIA: QUINCE (15) DE OCTUBRE DE 2020
TIPO DE PROCESO: ORDINARIO
DEMANDANTE: HECTOR MANUEL BALAGUERA QUINTANA
DEMANDADO: BANCO BILBAO VISCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A.
BBVA SEGUROS DE VIDA S.A.
RADICADO: 2012- 0466
FECHA DE NOTIFICACION: ESTADOS ELECTRONICOS DIECISEIS (16) DE OCTUBRE DE 2020

6. OPORTUNIDAD.

Para los efectos establecidos en los artículos 320, 321,327 del código general del proceso y 14 del decreto 806 de 2020; de acuerdo al artículo 322 del CGP , Y el auto proferido el 14 de diciembre de 2021, notificado el 11 de enero de 2022. “De acuerdo con el art. 14, inciso 3º, del decreto 806 de 2020, deberán atenderse las cargas para sustentación del recurso contra la sentencia y la réplica correspondiente. Con la prevención de que si no hay ninguna forma de sustentación del recurso “se declarará desierto”.

Me permito dentro del término de concedido de cinco (5) días sustentar el recurso de apelación interpuesto oportunamente y admitido en contra de la sentencia proferida dentro del proceso de la referencia, la que fuera desfavorable a los intereses de mi representado.

7. CONSIDERACIONES PREVIAS A LOS REPAROS

7.1. la parte demandante aquí apelante esta de acuerdo con las consideraciones del juzgado en los acápites 4.3 del contrato de seguro.

7.2. la parte demandante aquí apelante esta de acuerdo solo en parte con las consideraciones que el juzgado señalo en el 4.3. “adquieren relevancia y trascendencia los siguientes hechos para la decisión que esta por adoptarse”

7.2.1 Esta de acuerdo existe por lo menos un documento denominado certificado individual seguro de vida grupo deudores póliza No VDG 0110043 – 00130077604000240380

7.2.2 figuran como tomador y beneficiario BBVA

7.2.3. vigencia de 16 de abril 2008 hasta el final del crédito

7.2.4. Asegurado Hector Manuel Balaguera Quintana

7.2.5. Valor asegurado 60.000.000.oo

7.2.6. que aparece la leyenda “(...) Declaro expresamente que al momento de suscribir esta solicitud, no padezco ni me han diagnosticado: Hipertensión, enfermedades cardiovasculares, cáncer (tumores malignos) diabetes, sida, afecciones respiratorias, gastroenteritis (digestivas) mentales (nerviosas), endocrinas, muscoesquelicas, genitales (urinarias renales). ¿De padecer alguna de las enfermedades relacionadas con el anterior, sírvase cuál? _____ todas las respuestas contenidas aquí son exactas, completas y verídicas y acepto que cualquier omisión, inexactitud o reticencia de las mismas sean tratadas de acuerdo al artículo 1058 del código de comercio”

7.2.7. Que aparece la firma del asegurado.

7.2.8. literal b del aparte 4.3 hace referencia a los folios 52 a 54. Folios estos que fueron desconocidos por la parte demandante uno porque no reunían los requisitos legales como modelos (proformas), no correspondían a la verdad, y otros porque no estaban identificados como lo exige la ley para determinar a la póliza a la cual acceden.

7.2.9. literal c del aparte 4.3 se refiere a los folios 119 a 123 que al tenerlos en cuenta se evidencia que los anteriores 52 a 54 no reúnen los requisitos legales establecidos en el estatuto orgánico del sistema financiero y código de comercio, no corresponden a la verdad y no están correctamente identificados. En cuanto a su

contenido son contradictorios, en el primero desconocido sin explicación aparece o se exige un 75% y en los folios 119 a 123 se exige un 50% para configurar la incapacidad total y permanente.

7.2.10. el demandante aquí apelante esta de acuerdo con los literales e), f), g), h) i)

7.2.11. de acuerdo con el literal j) solo que constituye prueba en contra de la entidad que la expidió y no del demandante.

7.2.12. de acuerdo con el literal i) solo que esa circunstancia no aparece ni afirmada ni negada.

7.3. la parte apelante esta de acuerdo con el numeral 4.5 pero con la aclaración de que las condiciones están en los folios 119 a 123.

7.4 . en punto del numeral 4.6

7.4.1. el apelante está de acuerdo en que adquirió entre otros el crédito mencionado que también estaba amparado por la póliza de grupo de vida deudores en la que la interpelada fungió como tomadora y beneficiaria por ser la acreedora de las obligaciones del actor quien fungió como asegurado.

7.4.2. está de acuerdo de que se trata de un seguro colectivo, en el que la compañía aseguradora debe responder por el siniestro que sufra uno de sus integrantes, vinculados a una compañía, dentro de los límites de la respectiva póliza.

7.4.3. está de acuerdo que se trata o involucra igualmente el conocido como grupo deudores cuya finalidad específica consiste en que la aseguradora asume el pago de la suma requerida – para de esa suma aplicar lo pertinente al saldo insoluto de la obligación que da lugar a su contratación, al sobrevenir el fallecimiento o incapacidad total y permanente del deudor asegurado.

7.4.4. está de acuerdo en la cita jurisprudencia que el tomador puede adquirir una póliza individual o de grupo para que la aseguradora cubra el riesgo de muerte o incapacidad del deudor asegurado y en caso de que se configure el siniestro pague al acreedor hasta el valor del crédito pero nunca más – la razón al parecer es obvia el acreedor solo puede reclamar lo que se le debe, muy a pesar de que el valor asegurado haya sido mayor porque en el exceso le corresponde al tercero por disposición legal.

7.5 en punto al numeral 6.7 esta de acuerdo. El interés asegurable en el seguro de vida y específicamente en el grupo deudores esta en cabeza del deudor. Al acreedor solo le asiste un interés eventual o indirecto en la vida y en el seguro de vida grupo deudores.

7.6. en punto al numeral 4.7

7.6.1. se trata de revisar el incumplimiento del banco y de la aseguradora, el incumplimiento, que es cierto que en la solicitud de asegurabilidad se lee lo que señala el juzgado pero quien lo redactó fue la aseguradora o el banco, no el señor Manuel Balaguera, no cumpliendo con la forma del cuestionario, ahora bien la única pregunta que al parecer se le pudo haber hecho quedo en blanco, es decir NI AFIRMO NI NEGÓ, y esto porque como se vio en el interrogatorio no oculto la verdad el así lo informo al asesor. Por lo demás es un hecho cierto real incuestionable que el señor Héctor Manuel si padeció enfermedades y de mucho tiempo atrás pero de ahí no se seguía que la aseguradora la pudiera alegar porque : 1. el señor Héctor Manuel se las hizo saber al asesor, el artículo 1058 castiga a la aseguradora si no obro con la diligencia de un profesional experto y no realizo exámenes que descartaran las pre existencia “ ha debido conocer” señala la norma y tres porque su derecho a alegar la nulidad del contrato había prescrito pues no solamente a partir haber otorgado la póliza hasta cuando sucedió el siniestro ya se había superado los dos años de prescripción, mas recientemente desde cuando sucedió el siniestro a la fecha en que dio contestación a la demanda también se superaron dos años.

7.7 el apelante esta de acuerdo que la figura legal o sanción establecida para ello de llegar de faltar a la verdad u ocultar es LA NULIDAD RELATIVA – no obstante esa figura no opera automáticamente y está sujeta al fenómeno de la prescripción. Precisamente la providencia en su consideración trae este aparte “... las sanciones consagradas en este artículo no se aplican si el asegurador, antes de celebrarse el contrato, ha conocido o debido conocer los hechos o circunstancias sobre que versan los vicios de la declaración, o si, ya celebrado el contrato, se allana a subsanarlos o los acepta expresa o tácitamente”

8. REPAROS A LA SENTENCIA

8.1 Error concebido en el numeral 6.) “De otro lado, huelga puntualizar, que si bien el demandantes, planteo la excepción de prescripción contra la reticencia alegada por la aseguradora interpelada (fls 84 a 85) posibilidad admitida en la jurisprudencia (cas. Civil 3 de mayo de 2000; exp 5360) lo cierto es que lo hizo de manera extemporánea según auto del 5 de febrero de 2014 (fl 87) respecto del cual no fue interpuesto recurso alguno, adquiriendo sello de firmeza”

8.2. Varios yerros se le pueden imputar. 1. No es cierto que se haya presentado en forma extemporánea y menos vencido el término. 2. En el auto visto a folio 87 no se impone ninguna sanción procesal, no se rechaza, ni se inadmite, ni se declara precluido termino alguno para ejercer el derecho, muy por el contrario se coloca en conocimiento de la pasiva lo informado en escrito que antecede por parte del apoderado de la parte actora para lo que estime pertinente. y dice obsérvese que dicho escrito se encuentra fuera del término legal correspondiente a descorrer las excepciones propuestas por la pasiva; aun así, el despacho determinara dentro de su momento procesal oportuno evaluar lo propuesto en * a la contestación de la demanda 3. DESCONOCIÓ EL MEMORIAL POR MEDIO DEL CUAL SE DESCORRIERON LAS EXCEPCIONES “CONTESTA EXCEPCIONES” FOLIOS 124 AL 128, específicamente el folio 125 en donde se propone y se lee “sexto. La excepción de nulidad relativa se encuentra prescrita de acuerdo con el artículo 1081 de ccio en efecto desde la celebración del contrato de crédito o de la vinculación a la póliza ha pasado más de cinco años, superando los dos años exigidos para la prescripción ordinaria y los cinco para la prescripción extraordinaria- sírvase tener en cuenta el memorial el que se solicita declarar la prescripción de nulidad relativa. 4. Desconoció artículos 306 del cpc hoy 281 del código general del proceso “...En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio.” Según este artículo el juez al proferir la sentencia debió tener en cuenta que el derecho sustancial de alegar la nulidad relativa que le pudo haber asistido a la aseguradora estaba prescrito, solo bastaba que el interesado la propusiera incluso en los alegatos como por tercera vez también ocurrió en el presente caso.

8.3 desconoció el artículo 1058 del código de comercio que señala refiriéndose a la sanción de nulidad relativa: “Las sanciones consagradas en este artículo no se aplican si el asegurador, antes de celebrarse el contrato, ha conocido o debido conocer los hechos o circunstancias sobre que versan los vicios de la declaración, o si, ya celebrado el contrato, se allana a subsanarlos o los acepta expresa o tácitamente”. En efecto el asegurador dejo de establecer por sus medios estando obligado “debido conocer los hechos” las pre existencias que aquejaban al señor BALAGUERA.

8.4 supuso que las demandadas habían cumplido con sus deberes u obligaciones contractuales y legales, en efecto tuvo por probado sin estarlo que 1. Habían entregado la copia de la póliza de seguros y sus anexos, con esto impidieron conocer al señor Héctor Manuel Balaguera ejercer sus derechos, iniciar acciones ejecutivas, saber bajo qué condiciones y con que requisitos se hacia la reclamación, cuál era la verdadera denominación de los amparos, solicitar e insistir en el pago dada la imposibilidad de alegar la nulidad relativa de acuerdo al artículo 1058 y a la prescripción del derecho para invocarla, saber la fecha a partir de la cual se configuraba el siniestro, saber quién y de qué forma según la póliza se probaba el siniestro.

8.5 desconoció que en la etapa precontractual, contractual y procesal las demandadas actuaron de mala fe, se presentaron anexos o pólizas que no corresponden a los modelos o proformas verdaderos y allí se elevaron los porcentajes de incapacidad., que no exhibieron los documentos exigidos como soportes o créditos pero tampoco las pólizas y sus anexos.

8.6 desconoció precedentes de las cortes suprema de justicia y de la corte constitucional. Por ejemplo en cuanto a fechas de estructuración de la incapacidad y la ineficacia de las cláusulas abusivas ambiguas que afectan los derechos fundamentales , acerca del contrato de seguro , las colectivas o de grupo , las de seguros o de deudores a diferencia de las de las pólizas de seguro de crédito. Acerca de coligancia o unión contractual cuando subordinan o se relación el contrato de mutuo con el del seguro. SC18476-2017 Radicación n.º 68001-31-03-001-1998-00181-02 y tutela 597 de 2017.

Tutela 597 de 2017

“7.3.3. Análisis de fondo

BBVA Seguros, entidad accionada en el proceso de la referencia, objetó el pago de la “póliza de seguro vida grupo No. 102162066535” contratada por el accionante, con fundamento en dos argumentos centrales. El primero, consistente en que el actor no superaba el 50% de la pérdida de capacidad laboral y, el segundo, en que al momento de producirse el siniestro no se había contratado la póliza.

En consideración de esta Sala, ninguno de los dos argumentos aducidos por la aseguradora tienen la entidad suficiente para objetar el reclamo en comento....”

*“En cuanto al segundo, de acuerdo con el anexo de la póliza de seguro: “Si durante la vigencia de la póliza a la cual accede, el asegurado quedara incapacitado en forma total y permanente, la compañía pagará la indemnización hasta por el monto del valor asegurado contratado para este anexo y que consta en la caratula de la póliza y/o en sus condiciones particulares. (...) Dicha incapacidad se considera siempre y cuando haya persistido por un periodo continuo no inferior a ciento veinte (120) días comunes y cuando la pérdida de capacidad laboral calificada en primera instancia por el médico determinado por la aseguradora y en las demás instancias por las juntas regional y nacional de calificación de invalidez, sea superior al 50% y no haya sido provocada a sí mismo por el asegurado (...). **Este amparo se configura exclusivamente con la fecha de calificación de la incapacidad, la cual se considera la fecha del siniestro (...)**” (resalta la Corte).”*

*“Ante esto, sea lo primero advertir que por la particular situación que padece el accionante, persona calificada con 89,8% de pérdida de capacidad laboral, totalmente dependiente para desarrollar sus actividades básicas, quien no tiene movilidad, no controla esfínteres y, además, carece de recursos económicos, que “si bien es cierto que en los contratos de seguros las compañías tienen libres atribuciones para fijar sus cláusulas, no es menos cierto que esta modalidad negocial no puede erigirse como una estipulación que otorga plenas facultades a las entidades aseguradoras para tomar ventaja de su posición en el mercado e imponer a los tomadores condiciones que restringen el uso de sus derechos como consumidores. Por esta razón, la intervención del Estado se hace necesaria en aquellos eventos en los cuales se requiera volver **dúctil la interpretación de estos contratos con el fin de proteger derechos fundamentales de personas que se encuentren en estado de debilidad manifiesta**”[1] (negritas fuera de texto). Función que no le es ajena a esta Corporación como juez constitucional que es y, bajo esta perspectiva, debe leer el contrato de seguro puesto a su consideración.*

*Bajo esta luz se debe advertir que el riesgo, de acuerdo con el Código de Comercio, artículo 1054, se define como “el **suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador**. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento” (negritas fuera de texto). Y, de acuerdo con el artículo 1072 del Código de Comercio, “se denomina siniestro la realización del riesgo asegurado”. En el ordenamiento jurídico colombiano, la fecha de estructuración de invalidez, según el artículo 3º del Decreto 1507 de 2014[2], se determina teniendo en cuenta el momento a partir del cual una persona alcanza el 50% de pérdida de capacidad laboral, ya sea por un accidente o una enfermedad crónica, degenerativa o congénita. En el primer evento, la fecha de estructuración corresponde, por lo general, a aquella en la que se produjo el accidente. La pérdida de capacidad laboral del accionante, Andrés Felipe Cifuentes Echeverry, obedeció al accidente padecido por éste el 24 de agosto de 2014, fecha coincidente con la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral, definida por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia. En consecuencia, fue este accidente, el riesgo que generó la invalidez, no existe un suceso más allá de él y, por ende, es aquel que dio origen a la obligación de la aseguradora.”*

Por consiguiente, el riesgo asegurado en el presente caso deviene de una fecha objetiva y cierta, esto es el 24 de agosto de 2014, cuando el accionante padeció el accidente que le generó 89,9% de pérdida de capacidad laboral, conforme fue corroborado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, quien determinó en este día la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral. Este juez constitucional no se puede cegar a los formalismos del contrato que determinan la fecha de la calificación como la fecha del siniestro, pues ello sería negar la verdad evidente en los hechos.”

..”

Cabe aclarar que esta Corporación ha aceptado que la fecha de estructuración coincida con la del dictamen, y así fue plasmado en el contrato celebrado, pero ello se ha aceptado como una interpretación realizada en beneficio de los asegurados cuando se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta frente a la aseguradora. Sin embargo, en el caso de Andrés Felipe Cifuentes Echeverry, interpretar que el dictamen coincide con la ocurrencia del siniestro, al contrario de proteger sus derechos y causarle un beneficio, le causa un impacto negativo. No resulta posible acoger esta interpretación general sin tener en cuenta las particularidades del caso concreto, el cual evidencia que el riesgo acaeció en vigencia del contrato y conllevó a la potencial afectación de su derecho fundamental a la dignidad humana, desde el mismo momento del accidente”

Atendiendo a la pretensión subsidiaria de responsabilidad Extracontractual, a la que pueda haber lugar incluso por considerar que el asegurado es un tercero, es importante resaltar como a partir del ofrecimiento del contrato de vinculación nacía una serie de obligaciones constitucionales legales y contractuales para el banco demandado, como es el caso actuar de acuerdo a los principios orientadores del sistema financiero establecidos en la constitución, en la ley y particularmente en el sistema financiero, recuérdese el papel que cumplen las entidades a las que se les ha encomendado la captación del dinero y riqueza de la nación, la distribución para la producción de estos recursos como el crédito, recuérdese que deben responder ante la confianza pública que se les ha asignado, el banco incumplió su oferta de vincular todas las obligaciones que adquiriera el señor Balaguera bien con una o diferente póliza, el banco no entregó ni allego la póliza, ni los pagarés, ni los soportes para descartar que bajo el mismo pagare o crédito se amparan todos los créditos. Si ello es así el banco incumplió en parte porque solo había garantizado una obligación y no todas, aun así dejó desprotegido las restantes obligaciones incumplimiento con su deber ofertado. Se desprende ello también de los pantallazos de la página web en donde se señala en primer término un amparo automático y el cubrimiento

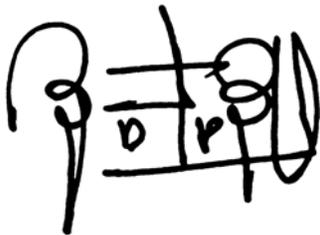
de los productos de consumo, así no lo hizo debe responder por haber actuado con culpa y debe responder por los daños y perjuicios causados al patrimonio del señor Héctor Manuel perjuicios estos que están probados porque corresponde de manera equivalente a lo que de haber contratado la póliza de seguro, la aseguradora hubiera pagado en cumplimiento de la póliza. Ahora bien el banco y la aseguradora son responsables extracontractualmente porque no cumplieron con sus obligaciones en las que el señor Héctor Manuel resultaba eventualmente ser un tercero si es que se niega la teoría de la unión de contratos, coligancia contractual pues mientras la una o no suscribió la póliza, o no hizo la reclamación, o sencillamente se conformó con la respuesta ante la oposición de la aseguradora que resultaba irrelevante, no alegable o por lo menos prescrita. Actuando así el banco y correspondencia la aseguradora que no tenía fundamentos para oponer causaron al no cubrir las obligaciones del señor Balaguera causándole un grave perjuicio económico. Si hubieran realizado el pago ningún daño ningún perjuicio se hubiera causado.

9. De haber tenido en cuenta el Juzgado de primera instancia los documentos desconocidos, las normas desconocidas hubiera aceptado 1. Que las demandadas no podían alegar la nulidad relativa del contrato O 2. que la posibilidad de oponer la nulidad relativa estaba prescrita, Y hubiera resuelto en forma contraria a como lo hizo esto es aceptando estimando o concediendo las pretensiones invocadas por la parte actora.

Solicitud

Sírvase señores magistrados dar tramite al presente recurso de apelación, revocar la sentencia impugnada, y en su lugar negar la Excepción de nulidad relativa del contrato de seguro y conceder las pretensiones solicitadas en la demanda.

Firma



BENEDICTO BALAGUERA QUINTANA
C.C. 91276762
T.P. 78759
CRA 9 11 74 PISO 2 BTA
Benedictobalaguera@yahoo.es

RV: PARA TRASLADO - RECURSO DE QUEJA 005-2018-00264-01 DRA LOZANO RICO

Reparto Procesos Civiles Sala Civil Tribunal Superior De Bogota

<rprocesosctsbtta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Vie 21/01/2022 11:23 AM

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Margarita Parrado Velasquez <mparradv@cendoj.ramajudicial.gov.co>

De: Reparto Procesos Civiles Sala Civil Tribunal Superior De Bogota <rprocesosctsbtta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: viernes, 21 de enero de 2022 10:51

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Margarita Parrado Velasquez

<mparradv@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: PARA TRASLADO - RECURSO DE QUEJA 013-2020-00253-01 DRA LOZANO RICO

Cordial Saludo,

Me permito informarle que el presente proceso se recibió en el correo de reparto el día 18 de enero de 2021, para radicar e ingresar.

Respetuosamente dejo constancia que mi función asignada es la de registro y reparto de los procesos civiles, por cuanto a la revisión del cumplimiento de protocolo es competencia de otro empleado.

Nota: Se ingresa al despacho con fecha del 21 de enero de 2022.

La carátula como el acta se encuentran en archivo adjunto en formato PDF.

Atentamente,

Laura Victoria Zuluaga Hoyos

Oficial Mayor

De: Correspondencia - Seccional Bogota <correspondenciabta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: miércoles, 19 de enero de 2022 8:16

Para: Reparto Procesos Civiles Sala Civil Tribunal Superior De Bogota

<rprocesosctsbtta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: RE: Remito el proceso de referencia No. 11001310300520180026400

Oficina de Apoyo para los Juzgados Civiles del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá

 [11001310300520180026400](#)

De manera respetuosa me permito remitir el proceso de referencia No. 11001310300520180026400, nuevamente, debido a que, la anterior misiva se envió en

un horario que no correspondía, el expediente perteneciente al Juzgado Quinto Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá con el fin de que sea resuelto el recurso de Queja.

Cordialmente

Área de Comunicaciones

De: Correspondencia - Seccional Bogota

Enviado: martes, 18 de enero de 2022 15:03

Para: Reparto Procesos Civiles Sala Civil Tribunal Superior De Bogota

<rprocesosctsbtta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: Remito el proceso de referencia No. 11001310300520180026400

Oficina de Apoyo para los Juzgados Civiles del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá

 [11001310300520180026400](#)

De manera respetuosa me permito remitir el proceso de referencia No. 11001310300520180026400, perteneciente al Juzgado Quinto Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá con el fin de que sea resuelto el recurso de Queja.

Cordialmente

Área de Comunicaciones

OSCAR REINALDO AVELLA BARRERO
ABOGADO

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA
H. MAGISTRADO: Dr. Luis Roberto Suárez González.
SALA CIVIL
SECRETARÍA
Ciudad.

REF:: RADICACIÓN No. 110013103016201700640-01

PERTENENCIA DE:

ALBERTO ALVAREZ Y ROSA ELENA MEDINA VEGA

Vs.

HEREDEROS DETERMINADOS E INDETERMINADOS DE MARCO ANTONIO FRANCO
LÓPEZ Y TERESA DE JESÚS MOYA CORNEJO DE FRANCO Y PERSONAS
INDETERMINADAS.

ASUNTO: APELACION SENTENCIA

=====

OSCAR REINALDO AVELLA BARRERO, conocido de autos como apoderado judicial de los demandantes en el proceso referido, en forma comedida y en tiempo, me permito desarrollar los argumentos a los reparos hechos en la audiencia de juzgamiento, a la Sentencia de primera instancia, proferida el pasado 22 de Abril del año 2021 por la señora Juez 16º Civil del Circuito de ésta ciudad, en los términos que a continuación se exponen:

PRIMER REPARO:

1. El primer reparo esgrimido por el suscrito, al interponer el recurso de APELACIÓN, consiste en que la señora Juez no tuvo en cuenta que los demandantes habían ejercido la posesión de la totalidad del inmueble a usucapir, desde el año **1993**, hasta la fecha de la diligencia de inspección judicial (08 de Abril/21), esto es, durante cerca de **28** años, en forma ininterrumpida, pacífica y pública, con ánimo de señores y dueños, en nombre propio. Ello pese a que, durante un tiempo, el inmueble fuera arrendado, sin que por ello se pudiera colegir -- como erradamente lo hace el fallo -- que se había perdido o abandonado la posesión pues, como lo tiene establecido el artículo **786** del C.C.:

El poseedor conserva la posesión, aunque transfiera la tenencia de la cosa, dándola en arriendo, comodato, prenda, depósito, usufructo, o cualquiera otro título no traslativo de dominio. [subrayo].

2. A su turno, el principal estribo de la decisión recurrida esgrimido por la señora Juez *a quo*, consiste en que, pese a reunir la mayor parte de los requisitos exigidos por la ley para adquirir por prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio el bien inmueble -- objeto del proceso de la referencia -- no se logró demostrar en forma contundente que los demandantes habían ejercido la *posesión* del bien, o que, si la ejercieron, luego la abandonaron.
3. Los demandantes, Alberto Álvarez y su señora Rosa Elena Medina Vega, afirma el Juzgado: (i) *no habitan en el inmueble ni residen en el mismo*, (ii) si bien los inquilinos residen en el bien, los actores lo hacen en el municipio de Quípama (Boyacá), (iii) no existen fechas del tiempo de ocupación del inmueble, (iv) los testigos no dan cuenta de la posesión de quienes le vendieron los derechos a los demandantes, (v) los testigos no afirmaron que la posesión hubiera sido en forma

pública, y (vi), concluyendo: la prueba recaudada es insuficiente para demostrar la posesión reclamada por los demandantes.

Adicional a lo anterior, la señora Juez asevera en su providencia, en forma totalmente contraria a la verdad que, como quiera que los testigos no dieron cuenta de la *posesión* de quienes le vendieron los derechos a los demandantes, la parte actora, en sus alegatos: *pretendió sumar ésta posesión a sus poderdantes*.

He revisado el audio de mis alegatos, honorables Magistrados -- así como la demanda -- y en ninguna parte de ellos encuentro que el suscrito haya planteado dicha pretensión. Por ello me abstengo de referirme a éste punto en el presente escrito.

4. Los presupuestos del Juzgado, desde luego, no corresponden a la realidad. Y paso a explicar en forma breve el porqué:
 - 4.1 En primer lugar, el señor ALBERTO ALVAREZ y la señora ROSA ELENA MEDINA VEGA entraron a poseer el inmueble, de buena fe, al adquirir, mediante la Escritura Pública No. 14255 del 30 de Septiembre de 1993, de la Notaría 27 de Bogotá, debidamente registrada en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de ésta ciudad (Matrícula Inmobiliaria No. **50S-579138**) los DERECHOS Y ACCIONES HERENCIALES que le pudieran corresponder en la sucesión del señor MARCO ANTONIO FRANCO LÓPEZ, tanto a la señora esposa de éste, de nombre TERESA DE JESÚS MOYA CORNEJO DE FRANCO (fallecida posteriormente), como a sus once (11) hijos, debidamente nombrados en la demanda.
 - 4.2 De acuerdo con lo consignado en el aparte **PRIMERO** de dicha Escritura Pública, los vendedores manifestaron: *Que transfieren a título de venta, en favor ROSA ELENA MEDINA VEGA DE RODRÍGUEZ y ALBERTO ALVAREZ, ambos mayores de edad los derechos y acciones que les puedan corresponder o les correspondan en la sucesión de su difunto esposo y padre MARCO ANTONIO FRANCO LÓPEZ... derechos y acciones vinculados únicamente al siguiente inmueble: una casa de habitación...* [subrayo].
 - 4.3 Y de acuerdo con lo consignado en el aparte **SEXTO**: *Los vendedores de los derechos herenciales, hacen entrega de los mismos a los compradores, en ésta misma fecha con todas sus costumbres y servidumbres que legalmente le corresponden, sin reservas ni limitaciones de ninguna naturaleza y manifestaron los COMPRADORES...* [subrayo]. Quedando demostrado, en esta forma que, a partir de la firma de la citada Escritura Pública, los demandantes entraban a poseer el inmueble y a ejercer actos de señor y dueño, como las mejoras que declaran haber hecho a partir del año 1998, según se explica enseguida.
 - 4.4 De acuerdo con lo declarado por los demandantes en los Interrogatorios de parte que, de oficio, el Juzgado decretó, así como del dicho de algunos testigos idóneos, como los señores EDGAR HERNÁNDEZ (de 68 años de edad), y RAFAEL PATARROYO (también de 68 años de edad), en el año 1998, aproximadamente, se le hicieron algunas mejoras al inmueble. La demandante, señora ROSA ELENA MEDINA VEGA, manifestó verbigracia

que la casa se recibió en *obra negra*, le *echaron piso*, la pintaron, hicieron baños, enchaparon la cocina, cambiaron las puertas y ventanas exteriores etc (20´ 46´´). Y según el citado testigo, señor RAFAEL PATARROYO: *Estaba todo sin arreglo y ellos fueron los que arreglaron* [la casa]. Por último, también el testigo EDGAR HERNÁNDEZ ha declarado (49´ 53´´) que los demandantes le hacen mejoras constantes al inmueble *pintándolo y haciéndole cosas*, vale decir, estando pendiente de él. Mejoras últimas a las que la perito que detalló el inmueble también hizo referencia expresa en su dictamen, así: *PINTURA GENERAL DEL INMUEBLE EN SU INTERIOR, REPARACION DE PISOS, REPARACIÓN DE TECHO y MANTENIMIENTO DE REDES SANITARIAS*, en el mes de Enero de año 2018.

- 4.5 En segundo lugar, los demandantes siempre ejercieron la posesión y residieron en el inmueble, hasta cuando, entrados ya en años ambos, adquirieron la enfermedad de la diabetes y tuvieron que trasladarse a un clima y lugar menos dañino para su salud que la ciudad de Bogotá, en este caso al municipio de Quípama (Boyacá), aunque sin renunciar a su ánimo de señor y dueño sobre el predio, ni a su administración, procediendo a ARRENDAR el mismo, mediante los dos (2) contratos de arrendamiento a continuación detallados.
- 4.6 En efecto, el primero de ellos, celebrado en forma escrita -- que reposa en el expediente a folio **21**-- fue celebrado el 30 de Marzo de 2012, entre la señora ROSA ELENA MEDINA VEGA, como ARRENDADORA y el señor EDGAR HERNÁNDEZ, como ARRENDATARIO, con un canon mensual de \$800.000,00. Éste inquilino, a su vez, lo cedió verbalmente a su hermano, NELSON HERNÁNDEZ, quien luego falleciera, para que allí él viviera, junto con su familia de escasos recursos económicos, durante un tiempo. Se advierte, al final de dicho contrato, la siguiente ADDENDA: *El arrendatario queda autorizado por la ARRENDADORA para SUB ARRENDAR el inmueble*. Debe deducirse que, al menos hasta ese año, **2012**, los demandantes estuvieron en posesión del inmueble y que, hasta ese año, cedieron o entregaron su *tenencia*, aunque sin resignarse a perder el ánimo de señores y dueños.
- 4.7 El segundo de ellos, celebrado en forma verbal, entre los demandantes y la viuda del señor Nelson Hernández, de nombre LUCÍA GARZON, hacía aproximadamente cinco o seis años, según el dicho de los propios demandantes, al igual que de la hija de aquella, de nombre DAYANA HERNÁNDEZ -- presente en el sitio de la diligencia de inspección judicial que se practicara en el inmueble el 08 de Abril/21 -- con un canon mensual de \$800.000,00 también. La demandante, señora Rosa Elena Medina Vega, era la encargada de venir a recoger los cánones mensuales de arrendamiento, descontados los servicios públicos que pagaban los inquilinos (25´ 31´´). Ocasión en la cual se quedaba en *una pıecita* que tenía en el inmueble, o donde su hija, según declaró. Tanto el testigo idóneo (de 57 años de edad), señor JOAQUÍN ELÍAS MENDOZA LOZADA, y quien tiene desde hace 15 años una tapicería al frente del inmueble en cuestión, como la testigo idónea, señora ANA LUCÍA RODRÍGUEZ PATARROYO (también adulta mayor), manifestaron que, efectivamente, desde hacía cinco o seis años, en el inmueble habitaban unos *inquilinos*. La señora Juez, antes de concluir la audiencia, pero en todo caso **dentro** de ella, según consta en el audio respectivo, preguntó a la hija de la señora LUCÍA GARZÓN, de nombre

OSCAR REINALDO AVELLA BARRERO
ABOGADO

Dayana Andrea Hernández Garzón, como ya se dijo, a título de qué residía en el inmueble, a lo que ella enseguida contestó: DE ARRENDATARIA. Las personas que ocupaban el inmueble, a voces de lo manifestado por la señora perito Martha Abril Latriglia, al presentar el dictamen, eran:

DAYANA HERNÁNDEZ (hija de la señora María Lucía Garzón)

WILLIAM GUERRERO

MARÍA LUCÍA GARZÓN (viuda del señor Nelson Hernández)

MARÍA CAMILA HERNÁNDEZ

SAMUEL GUERRERO y

LAURA CATALINA HERNÁNDEZ (menor de edad).

Éste contrato *verbal* -- debe deducirse -- subsumió el anterior, en cuanto a que, con excepción del anterior inquilino, siguió siendo usufructuado por los mismos inquilinos antes detallados y parientes de aquél. El cual tampoco interrumpió la *posesión* de los actores (cómo si no, si continuaron recibiendo la suma de \$800.000,00, como canon de arrendamiento), según se demostró *in situ*.

5. Todas las anteriores pruebas, señores Magistrados, si se aplica correctamente el artículo 176 del C.G.P.¹, permitirían deducir, sin mayor esfuerzo, que la *posesión* echada de menos por el Juzgado fue evidente (en relación con este aspecto), tranquila e ininterrumpida, durante el largo período de 28 años, por los aquí accionantes. Y que el hecho de no *residir* -- por fuerza mayor -- durante los últimos años, los demandantes en el inmueble, no significaba que lo habían abandonado, o que nunca lo habían poseído, porque, en el entretanto, la verdad demostrada es que ellos nunca se habían desprendido de su ánimo de señores y dueños, al ARRENDAR el bien, no en una, sino en dos ocasiones, según se explicó, al hacer mejoras y mantenimiento, e incluso, como se dice en la demanda, al tratar de adelantar, sin éxito, la condigna sucesión, y al pagar la mayoría de los impuestos prediales, como se detallará y demostrará enseguida, al referirnos al segundo reparo de la Sentencia. Basta ver el inmueble, como aparece en audios, para llegar a la conclusión de que el mismo se mantiene en muy buen estado, producto del cuidado de sus adquirentes.
6. Aunado a ello, como colofón, el hecho de que arrendar el inmueble, como también se explicó, conforme a la citada norma del Código Civil (art. 786), no implica que el poseedor pierda la posesión, pues, al entregar la tenencia, en estas condiciones, como quedó asentado, no se traslada el dominio que se tenga o se haya ejercido sobre la cosa.
7. Por estas breves razones el fallo ameritaría ser REVOCADO, al cumplirse tres de los principales requisitos exigidos por la ley para adquirir por ésta vía el dominio de un bien: (i) la posesión ininterrumpida, con ánimo de señor y dueño; (ii) el haberse

¹ Que *ad litteram* dice: *Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial, para la existencia o validez de ciertos actos. El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba.*

ejercido ésta posesión durante el término señalado por la ley (10 años); y (iii) el haberse ejercido la misma en forma pública, pacífica e ininterrumpida.

SEGUNDO REPARO:

1. Ha manifestado la señora Juez, en la decisión recurrida, en primer lugar, que: *La parte actora debe demostrar, con documentos idóneos, el ánimo de señor y dueño. Aquí brilla por su ausencia.* [Subrayo].
2. En segundo lugar, que el pago de los impuestos prediales: *sólo abarcarían un período de ocho (8) años, pues los anteriores fueron pagados por el señor Juvenal Vargas Lancheros. Los pagos de los servicios públicos no constituyen prueba de posesión.*
3. Contra estas afirmaciones, alejadas de la realidad demostrada, se dijo en audiencia que tanto los servicios públicos, como los impuestos prediales, fueron todos, o la mayoría, cancelados por los demandantes, en su totalidad y oportunidad, bien directamente o a través de otras personas, como don Edgar Hernández, o bien de don Juvenal Hernández, o de los mismos inquilinos (los servicios públicos), durante los últimos años, dada la distancia física del sitio donde se hallaban los demandantes (Quípama-Boyacá), por las razones de salud explicadas *ut supra*.
4. Pero como la señora Juez exige en su providencia *documentos idóneos*, debo especialmente remitirme al que obra en autos, invocando el pensamiento del procesalista uruguayo *Eduardo Juan Couture*, según el cual: *El mundo del Juez es el mundo del expediente; pues lo que no está dentro de él, no existe.*
5. Obra en efecto, a folios **37** y **38** del expediente, aportado en su oportunidad por el suscrito (que la señora Juez no tuvo en cuenta): **“EL REPORTE DE DECLARACIONES Y PAGOS DE LA DIRECCIÓN DISTRITAL DE IMPUESTOS”** el cual, como es la exigencia de la señora Juez, constituye un documento idóneo, por ser documento *oficial*.

Se detallan en él los pagos de los impuestos prediales del predio a usucapir, hechos desde el año **1998**, hasta el año de **2017** (fecha de presentación de la demanda), y quiénes los hicieron, así:

1998: ALBERTO ALVAREZ (demandante)
1999 a 2004: JUVENAL VARGAS LANCHEROS
2005 Y 2006: JUVENAL VARGAS LANCHEROS
2007 Y 2008: ROSA ELENA MEDINA VEGA (demandante)
2009 Y 2010: ROSA ELENA MEDINA VEGA
2011 Y 2012: ROSA ELENA MEDINA VEGA
2013 Y 2014: ROSA ELENA MEDINA VEGA
2015 Y 2017: ROSA ELENA MEDINA VEGA

Pero además, obra en autos el impuesto de **VALORIZACIÓN** del predio, que fue pagado por la señora **ROSA ELENA MEDINA VEGA**, por valor de \$649.600.00 (folio **36**), el día 03 de Febrero del año **2012**. Si bien en él aún figura como propietaria la señora TERESA DE JESÚS MOYA DE FRANCO, es obvio que ella no lo podía pagar,

OSCAR REINALDO AVELLA BARRERO
ABOGADO

pues su fallecimiento había ocurrido varios años antes (1º de Enero de 1996, como consta a folio **8** del *dossier*). Y mucho menos su esposo MARCO ANTONIO FRANCO LÓPEZ, por haber fallecido éste el 26 de Agosto de 1988 (folio **26**). El original del recibo condigno está en el expediente, al folio detallado, aportado por los actores.

6. Se advierte entonces, en dicho **REPORTE**, que no sólo el demandante pagó el predial del año **1998**, sino que su esposa -- también demandante -- pagó, desde el año 2007 y al menos hasta el año 2017, fecha de presentación de la demanda, es decir, durante **diez** (10) años seguidos, dicho impuesto, amén del impuesto de valorización. Quien no tenga ánimo de señor y dueño, enseña la experiencia, no paga los impuestos prediales. Pero si se llegara a afirmar, como al parecer lo hace la señora Juez, que el pago de los prediales es factor decisivo para demostrar el ánimo de señor y dueño, mis poderdantes lo habrían demostrado entonces con creces, al ajustar diez (10) años seguidos de estarlos pagando, como quedó evidenciado, más el de valorización del año 2012. Tiempo suficiente para usucapir, en forma *extraordinaria* (10 años), a voces del artículo 6º de la Ley 791 de 2002, que modificara el artículo **2529** del C.C.
7. El reparo, pues, señores Magistrados, también debería desquiciar el fallo recurrido, salvo mejor concepto, por las anteriores potísimas razones a las que en él se hace alusión.

TERCER REPARO:

1. Finalmente ha manifestado la señora Juez *a-quo*, luego de analizar los testimonios, que: *la prueba idónea es aquella que permite establecer la **tenencia**, pero con ánimo de señor y dueño, en forma ininterrumpida, por el término legal, lo cual no fue demostrado en forma contundente.* [Negritillas mías].
2. Igualmente, que: *como el presupuesto de la posesión carece de prueba, resulta inane analizar el resto y por lo tanto no se puede decretar la prescripción.*
3. Con base en la norma procesal que establece que *las pruebas deberán ser apreciadas en **conjunto** y de acuerdo con las reglas de la sana crítica*, se solicitó en audiencia, al formular el tercer reparo, que se nos diera un margen más amplio, para poder argumentar el hecho de que no sólo obran en el plenario todo tipo de pruebas que permiten arribar a conclusión contraria a la esgrimida por el operador judicial de primera instancia -- como ya se anotó -- sino en especial el examen que de los TESTIMONIOS se hiciera en los considerandos del fallo.
4. Según dicho análisis, ninguno de los cuatro (4) testigos ofrece elementos suficientes para arribar a la conclusión de que el señor ALBERTO ALVAREZ y la señora ROSA ELENA MEDINA VEGA ejercieron la *posesión* del inmueble durante el tiempo legal requerido, en forma pública y tranquila, para adquirir el dominio del bien, por prescripción extraordinaria. Ello por cuanto:

- 4.1 El primero de ellos, don JOSE EDGAR HERNÁNDEZ VEGA, si bien: (i) conoce a ALBERTO ALVAREZ y a ROSA ELENA MEDINA VEGA, desde hace **30** años, (ii) conoce el inmueble y (iii) manifiesta que la inquilina doña LUCÍA GARZÓN VIUDA DE HERNÁNDEZ, vive hace aproximadamente cinco años en el inmueble, no obstante ello, la señora Juez lo descarta o pone en duda su credibilidad, por el hecho de haber estado supuestamente asesorado por los presentes en la audiencia, al punto que hubo de llamarle en varias ocasiones la atención y conminarlo a declarar sólo lo que a él le constara.

Sobre éste último aspecto, se debe tener en cuenta que la señora Juez no estuvo presente físicamente en el recinto donde se celebró la audiencia, que no había en el lugar servicio de internet y, por lo tanto, se hubo de recurrir al uso del celular, y que, dentro del inmueble, o en las afueras del mismo, pero siempre pendientes de ser llamados, había varias personas, como los cuatro o cinco inquilinos, los cuatro testigos, la señora perito, el demandante y el suscrito apoderado. Fue necesario por lo tanto retirar lo más que se pudo a los citados para que la audiencia continuara sin ruidos ni voces, y el testigo pudiera seguir declarando.

Éste testigo, como se dijo, era uno de los más calificados, como quiera que, como se afirmó, conocía de varias décadas atrás a los demandantes (30 años, se itera) y, entre otras cosas, había firmado un CONTRATO DE ARRENDAMIENTO del inmueble con ellos, hacía varios años, y tenía además parentesco civil con los inquilinos (cómo si no, si la inquilina, señora LUCÍA GARZÓN VIUDA DE HERNÁNDEZ era la viuda de su propio hermano, don NELSON HERNÁNDEZ).

No tenía, en síntesis, por qué estar mirando a las personas que residían en el inmueble, ni mucho menos estar consultando a los otros testigos que se hallaban afuera del inmueble – en la calle –, como tampoco estar averiguando de qué constaba el bien si, además de estar en ese momento físicamente dentro de él, debía conocerlo, como quiera que, como se dice en la demanda (hecho 7º) tenía allí viviendo en forma gratuita y temporal tanto a su hermano, como a unos parientes pobres.

Quizás la excesiva suspicacia de la señora Juez la llevó a tomar semejante determinación, de la que por supuesto respetuosamente me aparto.

Haciendo a un lado este hecho, se puede afirmar que con el testimonio del señor EDGAR HERNANDEZ queda ampliamente demostrada la posesión de los demandantes, por conocerlos el testigo desde antes incluso del año 1993 [fecha de adquisición del inmueble]; por haber celebrado años después (2012) un contrato de arrendamiento con ellos, y por ser los actuales inquilinos sus propios

parientes. Y finalmente por haber dado fe de que los demandantes hicieron mejoras en el bien, especialmente ALBERTO – según lo afirmó –. *Después que la compraron [la casa], la arreglaron* – dijo el testigo.

4.2 En igual forma el testigo siguiente, señor JORGE ELÍAS MENDOZA LOZADA, de 57 años de edad, dijo conocer a don ALBERTO ALVAREZ, desde hacía *como quince (15) años*, por ser cliente suyo del taller de tapicería que desde esa época tenía al frente de la casa de marras. Y refirió que desde hacía como cinco o seis años, vivían en el inmueble unos inquilinos. Testimonio claro, preciso y suficiente para deducir hechos configurativos de la posesión de los demandantes, vecinos suyos.

4.3 El testigo -- de 68 años -- señor RAFAEL HUMBERTO PATARROYO, pensionado y vecino de los demandantes desde hace más de 30 años, avanza en su testimonio afirmando que le consta que estos le compraron al *finado Franco* [Marco Antonio Franco López]. Que vivieron un tiempo y se fueron y que: *Estaba todo sin arreglo y ellos fueron los que arreglaron [la casa]*.

Con lo cual quedan demostrados algunos actos posesorios de los demandantes, como que compraron el inmueble, o los derechos sobre el mismo, que hicieron arreglos al bien y que, no siempre estuvieron residiendo en él, hecho que se debe hacer coincidir con el tiempo en que el bien ha estado arrendado, desde el año 2012. Si nunca se hubieran ausentado del inmueble, nunca habrían podido arrendarlo. Igualmente, que esta posesión fue PÚBLICA y PACÍFICA, como es fácil colegirlo.

4.4 Y, por último, la testigo ANA LUCÍA RODRÍGUEZ DE PATARROYO, también persona de edad avanzada y esposa del anterior, quien ha manifestado o ratificado lo dicho por su esposo y por los otros testigos, en el sentido de que los demandantes son los *dueños del inmueble*, los inquilinos *llevan más o menos cinco años viviendo allí* y añadiendo que: *Antes, Juvenal, su esposa Sara y dos hijos, ocupaban el inmueble*. La univocidad del testimonio, en relación con lo declarado por su marido, no hacen otra cosa que demostrar lo responsivo de sus dichos, a la vez que la verdad en la coincidencia de lo afirmado por ambos.

5. La conclusión a la que entonces se arriba es que el Juzgado dejó de lado la apreciación en conjunto de estas declaraciones, las que no fueron además tasadas, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, que requiere medir el testimonio conforme las circunstancias del hecho a probar (como la *vecindad* de los testigos, la *edad avanzada* de todos ellos, el *largo período* acerca de lo acontecido – posesión de más de 28 años -- etc.). Arribando a la errada

OSCAR REINALDO AVELLA BARRERO
ABOGADO

conclusión de que, por medio de esta prueba, no se pudo tampoco demostrar la *posesión*.

Existía, por lo tanto, suficiente material probatorio para acceder a las súplicas de la demanda, que la señora Juez de Primera Instancia no valoró debidamente y, por ello, se hacía necesario apelar tal decisión; pues además, al parecer, nada le dijo el hecho más relevante de todos, y es que los accionantes habían comprado los derechos herenciales a los herederos de los copropietarios, según se puede observar en la documentación aportada. Esto es, la forma legal, pacífica y de buena fe, con la que entraron a poseer el bien los esposos Alvarez-Medina, aquí demandantes.

Por las anteriores razones ruego a los señores Magistrados revocar la SENTENCIA aquí recurrida y, en tal virtud, conceder la totalidad de las Pretensiones de la demanda.

Atentamente:



OSCAR REINALDO AVELLA BARRERO
C.C. No. 17.188.581 de Bogotá
T.P. # 25.367 del C.S.J.
e-mail: osaba62@yahoo.com.co

Dr.
JESUS EMILIO MUNERA VILLEGAS
H. MAGISTRADO
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL
BOGOTÁ D.C.
E. S. D.

Rad.	110013103 017 2018 00525 02
Asunto:	SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN
Demandante:	BAXALTA S.A.S.
Demandado:	COOPERATIVA EPSIFARMA EN LIQUIDACIÓN

NESTOR ORLANDO HERRERA MUNAR, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bogotá, identificado como aparece al pie de mi correspondiente firma, obrando en calidad de apoderado Judicial de la COOPERATIVA EPSIFARMA EN LIQUIDACIÓN, entidad identificada con el NIT 800.152.311-1, comedidamente acudo ante este Despacho con el fin de SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN DE LA SENTENCIA, formulado dentro de la audiencia de juzgamiento celebrada en el asunto de la referencia, en los siguientes términos:

1. ANTECEDENTES:

Mediante audiencia llevada a cabo el 19 de octubre de 2021, por el Juzgado Diecisiete Civil del Circuito se dictó sentencia dentro del proceso de la referencia y se dispuso lo siguiente:

PRIMERO: NEGAR las excepciones propuestas.

SEGUNDO: SEGUIR adelante la ejecución de la forma prevista en los autos de mandamiento ejecutivo.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandada. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$ 50'000.000.00.

CUARTO: LIQUIDAR el crédito.

Contra la referida decisión se formuló recurso de apelación durante la audiencia, sustentado por escrito en la oportunidad correspondiente.

2. DE LOS MOTIVOS DE INCONFORMIDAD FRENTE A LA DECISIÓN ADOPTADA POR EL DESPACHO:

2.1. FRENTE AL DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA POR EMITIR UN FALLO EXTRA PETITA:

El procedimiento civil contiene una relación jurídico-procesal, en virtud de la cual la actividad de las partes y el campo de decisión del fallador quedan vinculados a los términos de la demanda y su contestación. En términos de la Corte Suprema de Justicia:

«Los hechos y las pretensiones de la demanda, y las excepciones del demandado -tiene dicho esta Corte- trazan en principio los límites dentro de los cuales debe el juez decidir sobre el derecho disputado en juicio; por consiguiente, la incongruencia de un fallo se verifica mediante una labor comparativa entre el contenido de lo expuesto en tales piezas del proceso y las resoluciones adoptadas en él, todo en armonía con el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil; de ese modo se podrá establecer si en verdad el juzgador se sustrajo, por exceso o por defecto, a tan precisas pautas» (CSJ SC, 6 Jul. 2005, Rad. 5214; CSJ SC, 1º Nov. 2006, Rad. 2002-01309-01).

El artículo 281 del Código General del Proceso (antes 305 del C.P.C.) fija los límites que debe atender el sentenciador para que no exista desarmonía entre lo que resuelve en la sentencia y lo perseguido por el demandante, ni entre esa decisión y las defensas, de modo que si no ajusta su comportamiento a las pautas señaladas por esa disposición incurre en un error de procedimiento por vulneración del principio de congruencia.

La norma precitada establece de manera perentoria:

“La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

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

Si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último.

En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión, y cuando éste no proceda, antes de que entre el expediente al despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio.”

Con miras a establecer la presencia de esa irregularidad -ha indicado la Sala- es necesario *«el cotejo objetivo entre lo pedido por el actor, el fundamento fáctico de las súplicas, las excepciones aducidas por el demandado y las que, sin requerir ser invocadas, resulten probadas en el proceso, por una parte, y el contenido concreto de la decisión del juzgador, por la otra, en orden a determinar si evidentemente se ha materializado alguna distorsión, defecto o exceso que habilite al interesado para aducir esta causal en el recurso extraordinario»* (CSJ SC, 15 Dic 2006, Rad. 2003-00217-01).

Bajo tales predicados, lo primero que debemos advertir es que en el caso concreto, el Despacho libró un segundo mandamiento de pago que contiene valores superiores a los reclamados por el extremo actor en su demanda, inconsistencia que no fue corregida en la sentencia pese a haberse

puesto de presente durante la respectiva audiencia, y que se puede visualizar mejor a través del siguiente cuadro:

No. de la FACTURA	VALOR DE LA FACTURA	VALOR PRETENSION DEMANDA	VALOR MANDAMIENTO DE PAGO	DIFERENCIA VALOR FACTURA VS VALOR PRETENSION DEMANDA
5467	\$ 16.500.000	\$ 5.306.638	\$ 16.500.000	\$ (11.193.362)
6012	\$ 15.600.000	\$ 15.210.000	\$ 15.600.000	\$ (390.000)
6073	\$ 3.468.480	\$ 3.381.768	\$ 3.468.480	\$ (86.712)
6075	\$ 1.734.240	\$ 1.690.884	\$ 1.734.240	\$ (43.356)
6199	\$ 3.468.480	\$ 3.381.768	\$ 3.468.480	\$ (86.712)
6516	\$ 15.300.000	\$ 14.917.500	\$ 15.300.000	\$ (382.500)
7399	\$ 17.617.050	\$ 17.176.624	\$ 17.617.050	\$ (440.426)
7408	\$ 3.840.000	\$ 3.744.000	\$ 3.840.000	\$ (96.000)
8270	\$ 2.936.175	\$ 2.862.771	\$ 2.936.175	\$ (73.404)
8272	\$ 2.936.175	\$ 2.862.771	\$ 2.936.175	\$ (73.404)
9121	\$ 2.936.175	\$ 2.862.771	\$ 2.936.175	\$ (73.404)
9122	\$ 35.234.100	\$ 34.353.247	\$ 35.234.100	\$ (880.853)
9123	\$ 30.153.225	\$ 29.399.394	\$ 30.153.225	\$ (753.831)
9130	\$ 14.680.875	\$ 14.313.853	\$ 14.680.875	\$ (367.022)
9131	\$ 14.093.640	\$ 13.741.299	\$ 14.093.640	\$ (352.341)
9132	\$ 4.697.880	\$ 4.580.433	\$ 4.697.880	\$ (117.447)
9134	\$ 21.140.460	\$ 20.611.948	\$ 21.140.460	\$ (528.512)
9135	\$ 17.617.050	\$ 17.176.624	\$ 17.617.050	\$ (440.426)
9149	\$ 3.840.000	\$ 3.744.000	\$ 3.840.000	\$ (96.000)
9150	\$ 9.600.000	\$ 9.360.000	\$ 9.600.000	\$ (240.000)
9151	\$ 5.760.000	\$ 5.616.000	\$ 5.760.000	\$ (144.000)
9153	\$ 21.140.460	\$ 20.611.948	\$ 21.140.460	\$ (528.512)
9181	\$ 27.217.050	\$ 26.536.624	\$ 27.217.050	\$ (680.426)
9182	\$ 2.936.175	\$ 2.862.771	\$ 2.936.175	\$ (73.404)
9183	\$ 23.489.400	\$ 22.902.165	\$ 23.489.400	\$ (587.235)
9186	\$ 14.093.640	\$ 13.741.299	\$ 14.093.640	\$ (352.341)
9248	\$ 17.617.050	\$ 17.176.624	\$ 17.617.050	\$ (440.426)
9230	\$ 3.840.000	\$ 3.744.000	\$ 3.840.000	\$ (96.000)
9256	\$ 10.570.230	\$ 10.305.974	\$ 10.570.230	\$ (264.256)
9308	\$ 5.872.350	\$ 5.725.541	\$ 5.872.350	\$ (146.809)
9335	\$ 7.680.000	\$ 7.488.000	\$ 7.680.000	\$ (192.000)
TOTALES	\$ 377.610.360	\$ 357.389.239	\$ 377.610.360	\$ (20.221.121)

***Para la factura 5467 la diferencia de valor obedece a pago parcial y retención en la fuente del 2.5%, en las demás, corresponde únicamente a esta última deducción legal.**

Correspondía al Despacho, entonces, que independientemente de la ejecutoria del segundo mandamiento de pago librado dentro del proceso de la referencia, se precisara en la sentencia, que el contenido del referido auto de apremio debía ajustarse a los valores reclamados en la demanda, so pena de materializarse una vulneración del principio de “congruencia”, previamente analizado, y que en el marco del proceso que nos convoca, prohíbe al operador jurídico, ordenar seguir adelante con la ejecución por un monto superior al solicitado por el ejecutante, es decir, proferir un fallo “*extra petita*”, como en efecto se hizo.

Además, tampoco le era dado la Juzgador, exigir a mi representada alguna prueba adicional para demostrar las diferencias entre el valor librado en el segundo mandamiento de pago y lo reclamado por el propio ejecutante, pues precisamente, se trata de hechos susceptibles de confesión que al haber sido reconocidos en la demanda adquieren tal connotación, tornando en innecesaria cualquier otra probanza.

2.2 FRENTE A LA FORMA EN QUE FUE DECIDIDA LA EXCEPCIÓN DENOMINADA COBRO DE LO NO DEBIDO POR RECLAMAR EL VALOR TOTAL DE LAS FACTURAS SIN HACER LA REDUCCIÓN DEL 2.5% DE RETENCIÓN EN LA FUENTE:

Es de vital importancia aclarar al despacho que **COOPERATIVA EPSIFARMA** es una entidad catalogada por la ley como **AGENTE DE RETENCIÓN**¹. En ese sentido, está legalmente obligada a realizar la retención en la fuente sobre los impuestos de RENTA, IVA e ICA, según la calidad tributaria de cada acreedor (demandante – sujeto pasivo), descontando del valor a pagar la tarifa del impuesto, suma que es transferida a la DIAN o a la Secretaria de Hacienda correspondiente.

¹ Los **AGENTES DE RETENCIÓN** son aquellas personas naturales o jurídicas obligadas por la ley para efectuar la retención o percepción del tributo correspondiente (Retención en la fuente: art.368 E.T, - Resolución DDI-000601 del 15 de enero de 2019 de la Secretaria de Hacienda Distrital de Bogotá).

Estatuto Tributario. ARTICULO 368. QUIENES SON AGENTES DE RETENCIÓN. “Son agentes de retención o de percepción, las entidades de derecho público, los fondos de inversión, los fondos de valores, los fondos de pensiones de jubilación e invalidez, los consorcios, las comunidades organizadas, {las uniones temporales} y **las demás personas naturales o jurídicas**, sucesiones ilíquidas y sociedades de hecho, **que por sus funciones intervengan en actos u operaciones en los cuales deben, por expresa disposición legal, efectuar la retención o percepción del tributo correspondiente.** (Subraya y negrilla fuera de texto).

Resolución DDI-000601 del 15 de enero de 2019 de la Secretaria de Hacienda Distrital de Bogotá. ARTICULO 1. (...) son agentes retenedores del impuesto de industria y comercio, los contribuyentes del impuesto de industria y comercio que sean responsables del IVA, cuando realicen pagos o abonos en cuenta cuyos beneficiarios sean contribuyentes que sean responsables del IVA y/o no lo sean del mismo impuesto, en operaciones gravadas con el mismo en la jurisdicción del Distrito Capital.

Algunas de las obligaciones del agente retenedor consagradas entre los artículos 375 y 382 del Estatuto Tributario son:

- Efectuar la retención o percepción del tributo. (artículo 375 del ET)
- Consignar los valores retenidos en los lugares y dentro de los plazos señalados por el Gobierno, dado que la consignación extemporánea causará intereses de mora, los cuales se liquidarán y pagarán por mes o fracción de mes calendario de acuerdo con el tiempo de retardo en el pago (artículo 376 del ET).
- Expedir anualmente certificados de retenciones, correspondientes al año gravable inmediatamente anterior, los cuales deberán cumplir con las indicaciones señaladas por ley. (artículo 381 del ET)
- Presentar la declaración mensual de las retenciones que se debieron efectuar durante el respectivo mes. (artículo 382 del ET)

Al tratarse de una obligación legal, es de obligatorio cumplimiento para Cooperativa Epsifarma efectuar tales retenciones, so pena de incurrir en las sanciones correspondientes².

Una vez aclarado que efectuar las retenciones se trata de una obligación legal³ de la cual no puede eximirse Cooperativa Epsifarma, procederemos a indicar al despacho cuándo y cómo se practican tales retenciones.

➤ **¿Cuándo se realiza la retención?**

El hecho que genera la **RETENCIÓN**⁴ es el **PAGO O EL ABONO EN CUENTA**⁵:

*Se entiende por “**pago**”, la prestación de lo que se debe, extinguiéndose así total o parcialmente una obligación; es un concepto jurídico.*

² **Los agentes de retención son responsables con el contribuyente:** el agente retenedor que no cumpla con la obligación de realizar la retención, responderá por la suma que está obligado a retener sin perjuicio de su derecho de reembolso contra el contribuyente, cuando aquel satisfaga la obligación (ver artículo 370 del ET).

³ **Estatuto Tributario. ARTICULO 375. EFECTUAR LA RETENCIÓN.** Están obligados a efectuar la retención o percepción del tributo, los agentes de retención que por sus funciones intervengan en actos u operaciones en los cuales deben, por expresa disposición legal, efectuar dicha retención o percepción.

⁴ **Estatuto Tributario. ARTICULO 392. SE EFECTUA SOBRE LOS PAGOS O ABONOS EN CUENTA.** Están sujetos a retención en la fuente los pagos o abonos en cuenta que hagan las personas jurídicas y sociedades de hecho por concepto de honorarios, comisiones, servicios y arrendamientos.

⁵https://xperta.legis.co/visor/exprenta/exprenta_1ebd2773e3f143b5b8c39efa1964bcc4/regimen-explicado-de-renta/pago-o-abono-en-cuenta. Se entiende por “pago”, la prestación de lo que se debe, extinguiéndose así total o parcialmente una obligación; es un concepto jurídico. El concepto de “**abono en cuenta**” es de naturaleza contable y consiste en reconocer o asentar en la contabilidad, una obligación en favor de un tercero para su posterior pago; implica la existencia de una contabilidad regida por el concepto contable del devengo.

*El concepto de “**abono en cuenta**” es de naturaleza contable y consiste en reconocer o asentar en la contabilidad, una obligación en favor de un tercero para su posterior pago; implica la existencia de una contabilidad regida por el concepto contable del devengo.*

La ocurrencia de alguno de estos dos eventos (**pago o abono en cuenta**⁶), señala el momento de practicar la retención en la fuente, **lo que ocurra primero, no puede el retenedor en forma discrecional decidir cuándo efectuar la retención, sino que debe efectuarla cuando se produzca el primero de ellos**⁷, según sea el sistema contable empleado o la modalidad de la operación.

⁶ <https://actualicese.com/retencion-en-la-fuente/f. Pago o abono en cuenta>: hace referencia al concepto que establece la fecha en la que debe contabilizarse la retención en la fuente.

Así las cosas, debe entenderse que el término “pago” alude al reconocimiento total o parcial, en dinero o especie, respecto de las obligaciones resultantes en la adquisición de un bien o servicio.

Por su parte, el término “abono en cuenta” corresponde al reconocimiento contable de tales obligaciones.

⁷ <https://www.gerencie.com/abono-en-cuenta.html> En contabilidad, y principalmente en el estatuto tributaria leemos mucho el término abono en cuenta, lo cual no es otra cosa que contabilizar un valor o un hecho económico.

Qué es el abono en cuenta.

Abonar en cuenta es registrar en la respectiva cuenta contable un concepto. Se podría decir que es lo mismo que causar, puesto que se trata de consignar en la contabilidad cualquier movimiento o hecho económico sucedido que se debe reconocer.

Para el abono en cuenta no implica necesariamente que el pago se haya hecho. Basta con que surja el derecho o la obligación. Cuando la obligación es exigible, se suele decir abono en cuenta en calidad de exigible.

El abono en cuenta obedece al principio de devengo o causarían, donde la operación se contabiliza cuando sucede independientemente de si hay pago o desembolso de dinero.

En lo relacionado con los impuestos, la obligación surge con el pago o abono en cuenta, lo que ocurra primero se suele leer, a excepción de la retención en la fuente por ingresos laborales, la que opera al hacer el pago exclusivamente.

Afirman las normas tributarias que los impuestos y retenciones se causan al momento del pago o abono en cuenta, lo que ocurra primero, de modo que por ejemplo una retención en la fuente por compras, se aplicará en el momento que se pague o se emita la factura o cuando se contabilice, lo que ocurra primero de las dos.

Para el caso de Baxalta (sujeto pasivo de la retención⁸ y demandante dentro de este proceso), tenemos que una vez efectuada la entrega de medicamentos procedió a la expedición y radicación de las respectivas facturas, algunas de las cuales son objeto de cobro en el presente proceso. Una vez radicadas las facturas, Cooperativa Epsifarma realizó el reconocimiento de las mismas por medio de la causación contable o reconocimiento del pasivo (**equivalente a lo que la ley tributaria denomina ABONO EN CUENTA, el cual como se indicó no se refiere a un abono o pago en una cuenta bancaria sino al reconocimiento de la deuda en una cuenta contable de un pasivo**). De tal forma, y en atención a la dificultad en la situación de la caja de la Cooperativa el hecho constitutivo de la retención que ocurrió primero fue el **abono en cuenta** o reconocimiento de la obligación en la contabilidad a través de la causación de la factura, generándose la obligación para Epsifarma de realizar las retenciones correspondientes (art. 375 E.T)

Sobre dichas facturas, COOPERATIVA EPSIFARMA efectuó las retenciones de ley, declaró y pago dichas retenciones a las autoridades tributarias correspondientes las cuales constan en los certificados de retención que fueron remitidos mediante correos electrónicos a Baxalta⁹, de acuerdo con la solicitud del sujeto pasivo de la retención (Baxalta) tal y como lo indica la ley y la Jurisprudencia¹⁰. Los valores retenidos fueron descontados de la cuenta por pagar en favor de Baxalta por lo cual no pueden reconocerse como deuda ya que la norma indica que el Agente Retenedor debe retener¹¹ y efectuar los pagos a la DIAN o al Distrito según corresponda, así como las declaraciones correspondientes.

⁸ **Sujeto Pasivo:** corresponde a la persona a la que se le practica la retención en la fuente, porque sobre ella recae la obligación de pagar el impuesto.

⁹ Mediante correos electrónicos remitidos el 20 de abril de 2016 y 27 de febrero de 2017, a KATHERINE ROSADA analista de impuestos de Baxalta Colombia SAS, al correo katherine.rosadab@shire.com, fue puesto en conocimiento del demandante las retenciones en la fuente efectuadas a las facturas, de acuerdo con la solicitud efectuada por Baxalta, retenciones que fueron reconocidas por el mismo demandante en las pretensiones de la demanda y en todo momento reconocidas en favor de Epsifarma en las diferentes conciliaciones financieras, en especial en la última realizada e el mes de noviembre de 2018.

¹⁰ **Sentencia del Consejo de Estado 15762 del 30 de octubre 2008, Magistrado Ponente. Dr. Héctor J. Romero Díaz**, en la cual se aclara que la obligación con respecto a la expedición de certificados de retención en la fuente se cumple al tenerlos a disposición de los sujetos de retención oportunamente y efectuar su entrega cuando los sujetos de retención los soliciten, de tal forma que en caso que los sujetos de retención soliciten tardíamente la entrega de los certificados, la expedición de los mismos se considera oportuna si la información estuvo disponible a tiempo, pues, la obligación de expedir oportunamente los certificados de retención en la fuente por los conceptos distintos a los laborales, no implica la de entregar los certificados, por lo que la entrega de los documentos sólo procede cuando los sujetos de retención lo solicitan.

¹¹ <https://calendariotributario.org/paso-a-paso-para-calcular-el-reteica>: Es el recaudo anticipado del impuesto que surge como una estrategia para asegurar y agilizar la tributación en Colombia. Un impuesto como el de Industria y Comercio (ICA), se paga de manera bimestral o anual (dependiendo del municipio). Sin embargo, las necesidades que se cubren con este tributo no dan espera, por eso se creó el Reteica como una forma de aumentar la frecuencia del recaudo y garantizar que los municipios reciban

El no reconocer las retenciones, restándolas del valor a pagar a Baxalta, constituiría para Cooperativa Epsifarma un doble pago¹², por una parte, el valor de la factura y por otra parte el valor que fue retenido y ya pagado a la autoridad tributaria en su momento.

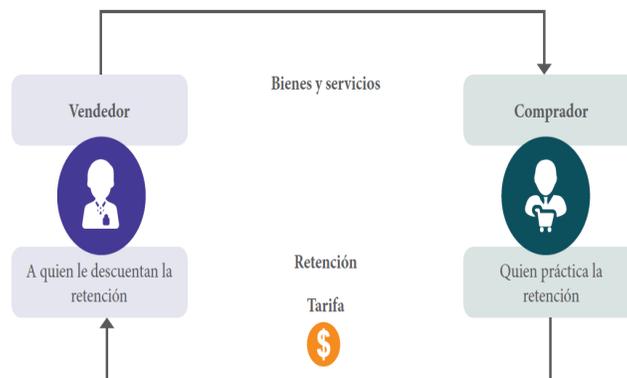
La retención en la fuente se debe catalogar como un pago realizado al sujeto de retención (en este caso a Baxalta) y no pueden ser objeto de cobro por parte de este al agente retenedor, dado que según lo contemplado en el artículo 373 del Estatuto Tributario *“Los valores retenidos se imputan en la liquidación privada. En las respectivas liquidaciones privadas los contribuyentes **deducirán del total del impuesto sobre la renta y complementarios el valor del impuesto que les haya sido retenido**”*. (Subrayado y Negrilla fuera de texto). Por ende, la retención representa para acreedor retenido (sujeto pasivo – Baxalta) una disminución real, material y tangible del valor del impuesto a pagar en sus declaraciones privadas de impuestos, que, en caso de ser pagado nuevamente por parte del Agente retenedor, constituye un pago doble y por ende la percepción de un ingreso de lo no debido por parte del acreedor.

También es importante aclarar que Cooperativa Epsifarma en Liquidación no debe retenciones en la fuente a la DIAN, por cuanto todas las retenciones efectuadas se encuentran efectivamente pagadas.

Se aclara también, que la retención para este caso se realiza una sola vez al momento del abono en cuenta (causación contable) y no se realizará nuevamente al momento del pago efectivo de la factura al sujeto de retención (Baxalta), pues como se indicó anteriormente, la retención se debe

recursos constantemente. El Reteica no es un tributo como tal; es la retención anticipada de parte del impuesto del ICA. Se efectúa durante transacciones comerciales: el comprador, al momento de adquirir un producto o servicio, retiene parte del pago que debe hacerle al vendedor.

¹² <https://actualicese.com/retencion-en-la-fuente/> El funcionamiento del mecanismo de retención en la fuente parte de la ocurrencia de una transacción en la que se intercambia un bien o **un servicio**, y en la que intervienen un vendedor y un comprador que además de pagar es quien practica la retención en la fuente como se muestra en la siguiente gráfica:



La retención en comento que realiza el comprador debe ser reportada a la Dian y **se entiende como el pago anticipado** de un impuesto **para el vendedor**.

realizar cuando se produzca el primero de los dos eventos¹³ (abono en cuenta o pago) que ocurra primero.

Ahora bien, en atención a lo manifestado por el despacho y el demandante, como se ha evidenciado no es correcto indicar que la retención solamente se realiza al momento del pago, máxime teniendo en cuenta que la finalidad de la retención es conseguir que el impuesto se recaude dentro del mismo ejercicio gravable en que se cause¹⁴, lo que implica que, desde la misma causación o reconocimiento de la obligación o abono en cuenta, como lo establece el artículo 392 del E.T, sin ser requisito que ocurra el pago, deben efectuarse tales retenciones.

Se reitera que el término ABONO EN CUENTA equivale a la causación y reconocimiento contable de la factura como un PASIVO, y no se refiere a un abono en una cuenta bancaria como si lo es **UN PAGO**.

De tal forma se ha establecido el cuándo deben practicarse las retenciones: esto es cuando haya pago “o” abono en cuenta (uno de los dos).

➤ **¿Cómo se realiza la retención?**

Ahora bien, en cuanto al cómo, tenemos que las operaciones de COMPRA realizadas por EPSIFARMA a un proveedor (en este caso BAXALTA), se encuentran catalogadas por la normatividad tributaria como OTROS INGRESOS TRIBUTARIOS para dicho proveedor, y están cobijados en cuanto a la retención en la fuente por su naturaleza por lo dispuesto en el Art 1.2.4.9.1 DECRETO 1625 de 2016 Retención en la fuente por otros ingresos. *“A partir del 27 de junio de 1985 (Fecha de publicación del Decreto 1512 de 1985, D. O. 37030), todos los pagos o abonos en cuenta, susceptibles de constituir ingreso tributario para quien los recibe, que efectúen las personas jurídicas, sociedades de hecho, las demás entidades y personas naturales que tengan la calidad de agentes retenedores por conceptos que al 27 de junio de 1985 (D. O. 37030) no estuvieren sometidos a retención en la fuente, deberán*

13<https://www.shd.gov.co/shd/sistema-retenciones>. El sistema de retenciones se rige en lo aplicable a la naturaleza del Impuesto de Industria y Comercio por las normas específicas adoptadas por el Distrito Capital y las generales del sistema de retenciones aplicables al impuesto sobre la renta y complementarios.

Todos los que sean agentes retenedores deben presentar su declaración en un formulario diseñado para tal fin, independiente del formulario de impuesto de ICA. Tanto para el sujeto de retención como para el agente retenedor, la retención del Impuesto de Industria y Comercio se causará en el momento del pago o abono en cuenta por parte del agente de retención, lo que ocurra primero, siempre y cuando en la operación económica se cause el Impuesto de Industria y Comercio en la jurisdicción del Distrito Capital de Bogotá.

14 Las retenciones efectuadas se realizaron conforme lo dispuesto por el Art 367 ET que dispone como finalidad de la retención “La retención en la fuente tiene por objeto conseguir en forma gradual que el impuesto se recaude en lo posible dentro del mismo ejercicio gravable en que se cause”.

someterse a una retención del dos punto cinco por ciento (2.5%) sobre el valor total del pago o abono en cuenta”.

De tal forma, sobre las 136 facturas objeto del mandamiento de pago, solo en 31 se presentan diferencias, principalmente por el tema de las retenciones, mientras que en las otras 84 facturas¹⁵ el mismo demandante (BAXALTA) reconoció las retenciones practicadas, procediendo a descontarlas (como debe ser de acuerdo al principio de la buena fe y la lealtad procesal que debe regir entre las partes) y solicitando al despacho en las pretensiones de la demanda que el mandamiento de pago fuera librado solamente por el saldo de las facturas, restando el valor de las retenciones, como se ve a continuación:

- **Sobre 84 facturas el demandante SI reconoce las retenciones, a pesar de que las facturas no han sido objeto de pago:**

cant.	No. de la FACTURA	VALOR DE LA FACTURA	VALOR PRETENSION DEMANDA	VALOR MANDAMIENTO DE PAGO	DIFERENCIA VALOR FACTURA VS VALOR PRETENSION DEMANDA
1	3115	\$ 1.734.240	\$ 1.690.884	\$ 1.690.884	\$ (43.356)
2	5518	\$ 16.500.000	\$ 16.087.500	\$ 16.087.500	\$ (412.500)
3	5567	\$ 2.200.000	\$ 2.145.000	\$ 2.145.000	\$ (55.000)
4	5742	\$ 14.850.000	\$ 14.296.699	\$ 14.296.699	\$ (553.301)
5	5845	\$ 144.000.000	\$ 140.400.000	\$ 140.400.000	\$ (3.600.000)
6	5891	\$ 3.468.480	\$ 3.381.768	\$ 3.381.768	\$ (86.712)
7	5915	\$ 16.500.000	\$ 16.087.500	\$ 16.087.500	\$ (412.500)
8	5921	\$ 27.500.000	\$ 26.812.500	\$ 26.812.500	\$ (687.500)
9	5922	\$ 11.550.000	\$ 11.261.250	\$ 11.261.250	\$ (288.750)
10	6001	\$ 1.580.000	\$ 1.540.500	\$ 1.540.500	\$ (39.500)
11	6025	\$ 82.500.000	\$ 80.437.500	\$ 80.437.500	\$ (2.062.500)
12	6026	\$ 11.000.000	\$ 10.725.000	\$ 10.725.000	\$ (275.000)
13	6034	\$ 13.750.000	\$ 13.406.250	\$ 13.406.250	\$ (343.750)
14	6060	\$ 19.800.000	\$ 19.305.000	\$ 19.305.000	\$ (495.000)
15	6070	\$ 8.671.200	\$ 8.454.420	\$ 8.454.420	\$ (216.780)
16	6071	\$ 12.139.680	\$ 11.836.188	\$ 11.836.188	\$ (303.492)
17	6072	\$ 1.734.240	\$ 1.690.884	\$ 1.690.884	\$ (43.356)
18	6074	\$ 15.608.160	\$ 15.217.956	\$ 15.217.956	\$ (390.204)
19	6101	\$ 5.877.000	\$ 5.730.075	\$ 5.730.075	\$ (146.925)
20	6107	\$ 3.468.480	\$ 3.381.768	\$ 3.381.768	\$ (86.712)
21	6108	\$ 1.100.000	\$ 1.072.500	\$ 1.072.500	\$ (27.500)
22	6272	\$ 16.500.000	\$ 16.087.500	\$ 16.087.500	\$ (412.500)

¹⁵ Se debe aclarar que de las 136 facturas objeto de mandamiento de pago, solo 115 son objeto de retención. El demandante siempre reconoció tales retenciones, tal y como se puede observar en la demanda pues en las pretensiones solicitó que el pago fuera ordenado descontando de cada factura las retenciones efectuadas.

cant.	No. de la FACTURA	VALOR DE LA FACTURA	VALOR PRETENSION DEMANDA	VALOR MANDAMIENTO DE PAGO	DIFERENCIA VALOR FACTURA VS VALOR PRETENSION DEMANDA
23	6303	\$ 22.000.000	\$ 21.450.000	\$ 21.450.000	\$ (550.000)
24	6315	\$ 7.700.000	\$ 7.507.500	\$ 7.507.500	\$ (192.500)
25	6316	\$ 13.200.000	\$ 12.870.000	\$ 12.870.000	\$ (330.000)
26	6317	\$ 8.800.000	\$ 8.580.000	\$ 8.580.000	\$ (220.000)
27	6323	\$ 26.400.000	\$ 25.740.000	\$ 25.740.000	\$ (660.000)
28	6367	\$ 2.750.000	\$ 2.681.250	\$ 2.681.250	\$ (68.750)
29	6404	\$ 16.800.000	\$ 16.380.000	\$ 16.380.000	\$ (420.000)
30	6405	\$ 14.400.000	\$ 14.040.000	\$ 14.040.000	\$ (360.000)
31	6414	\$ 5.500.000	\$ 5.362.500	\$ 5.362.500	\$ (137.500)
32	6415	\$ 8.800.000	\$ 8.580.000	\$ 8.580.000	\$ (220.000)
33	6473	\$ 14.300.000	\$ 13.942.500	\$ 13.942.500	\$ (357.500)
34	6518	\$ 18.960.000	\$ 18.486.000	\$ 18.486.000	\$ (474.000)
35	6677	\$ 76.306.560	\$ 74.398.896	\$ 74.398.896	\$ (1.907.664)
36	6697	\$ 3.850.000	\$ 3.753.750	\$ 3.753.750	\$ (96.250)
37	6733	\$ 7.929.600	\$ 7.731.360	\$ 7.731.360	\$ (198.240)
38	6967	\$ 20.900.000	\$ 20.377.500	\$ 20.377.500	\$ (522.500)
39	7185	\$ 48.449.400	\$ 47.238.165	\$ 47.238.165	\$ (1.211.235)
40	7186	\$ 5.872.350	\$ 5.725.541	\$ 5.725.541	\$ (146.809)
41	7187	\$ 17.617.050	\$ 17.176.624	\$ 17.176.624	\$ (440.426)
42	7231	\$ 23.377.050	\$ 22.792.624	\$ 22.792.624	\$ (584.426)
43	7232	\$ 21.457.050	\$ 20.920.624	\$ 20.920.624	\$ (536.426)
44	7233	\$ 9.600.000	\$ 9.360.000	\$ 9.360.000	\$ (240.000)
45	7327	\$ 15.855.345	\$ 15.458.961	\$ 15.458.961	\$ (396.384)
46	7328	\$ 23.489.400	\$ 22.902.165	\$ 22.902.165	\$ (587.235)
47	7329	\$ 26.425.575	\$ 25.764.936	\$ 25.764.936	\$ (660.639)
48	7330	\$ 17.617.050	\$ 17.176.624	\$ 17.176.624	\$ (440.426)
49	7341	\$ 40.320.000	\$ 39.312.000	\$ 39.312.000	\$ (1.008.000)
50	7471	\$ 32.400.000	\$ 31.590.000	\$ 31.590.000	\$ (810.000)
51	7472	\$ 11.744.700	\$ 11.451.082	\$ 11.451.082	\$ (293.618)
52	7473	\$ 16.500.000	\$ 16.087.500	\$ 16.087.500	\$ (412.500)
53	7503	\$ 17.280.000	\$ 16.848.000	\$ 16.848.000	\$ (432.000)
54	7511	\$ 14.093.640	\$ 13.741.299	\$ 13.741.299	\$ (352.341)
55	7531	\$ 20.400.000	\$ 19.890.000	\$ 19.890.000	\$ (510.000)
56	7793	\$ 15.300.000	\$ 14.917.500	\$ 14.917.500	\$ (382.500)
57	7911	\$ 7.680.000	\$ 7.488.000	\$ 7.488.000	\$ (192.000)
58	7960	\$ 3.840.000	\$ 3.744.000	\$ 3.744.000	\$ (96.000)
59	8017	\$ 16.442.580	\$ 16.031.515	\$ 16.031.515	\$ (411.065)

cant.	No. de la FACTURA	VALOR DE LA FACTURA	VALOR PRETENSION DEMANDA	VALOR MANDAMIENTO DE PAGO	DIFERENCIA VALOR FACTURA VS VALOR PRETENSION DEMANDA
60	9133	\$ 14.680.875	\$ 14.313.853	\$ 14.313.853	\$ (367.022)
61	9137	\$ 17.617.050	\$ 17.176.624	\$ 17.176.624	\$ (440.426)
62	9336	\$ 49.920.000	\$ 48.672.000	\$ 48.672.000	\$ (1.248.000)
63	9667	\$ 38.170.275	\$ 37.216.018	\$ 37.216.018	\$ (954.257)
64	9668	\$ 17.617.050	\$ 17.176.624	\$ 17.176.624	\$ (440.426)
65	9713	\$ 28.800.000	\$ 28.080.000	\$ 28.080.000	\$ (720.000)
66	10051	\$ 52.851.150	\$ 51.529.871	\$ 51.529.871	\$ (1.321.279)
67	10310	\$ 3.523.410	\$ 3.435.325	\$ 3.435.325	\$ (88.085)
68	10338	\$ 2.936.175	\$ 2.862.771	\$ 2.862.771	\$ (73.404)
69	10374	\$ 40.320.000	\$ 39.312.000	\$ 39.312.000	\$ (1.008.000)
70	10525	\$ 15.360.000	\$ 14.976.000	\$ 14.976.000	\$ (384.000)
71	10829	\$ 15.360.000	\$ 14.976.000	\$ 14.976.000	\$ (384.000)
72	10897	\$ 17.617.050	\$ 17.176.624	\$ 17.176.624	\$ (440.426)
73	5750	\$ 8.671.200	\$ 8.454.420	\$ 8.454.420	\$ (216.780)
74	5751	\$ 3.468.480	\$ 3.381.768	\$ 3.381.768	\$ (86.712)
75	5753	\$ 3.468.480	\$ 3.381.768	\$ 3.381.768	\$ (86.712)
76	5754	\$ 5.202.720	\$ 5.072.652	\$ 5.072.652	\$ (130.068)
77	5761	\$ 13.873.920	\$ 9.034.876	\$ 9.034.876	\$ (4.839.044)
78	5762	\$ 33.000.000	\$ 32.175.000	\$ 32.175.000	\$ (825.000)
79	11212	\$ 17.617.050	\$ 17.176.624	\$ 17.176.624	\$ (440.426)
80	11274	\$ 3.840.000	\$ 3.744.000	\$ 3.744.000	\$ (96.000)
81	11443	\$ 241.920.000	\$ 235.872.000	\$ 235.872.000	\$ (6.048.000)
82	11925	\$ 157.440.000	\$ 153.504.000	\$ 153.504.000	\$ (3.936.000)
83	12122	\$ 3.523.410	\$ 3.435.325	\$ 3.435.325	\$ (88.085)
84	12212	\$ 17.617.050	\$ 17.176.624	\$ 17.176.624	\$ (440.426)
	TOTALES	\$ 1.930.804.175	\$ 1.877.859.825	\$ 1.877.859.825	\$ (52.944.350)

➤ Solo sobre 31 Facturas el demandante no reconoce las retenciones, a pesar de estar en las mismas condiciones de las otras 84 facturas en las que si las reconoce:

Cant	No. de la FACTURA	VALOR DE LA FACTURA	VALOR PRETENSION DEMANDA	VALOR MANDAMIENTO DE PAGO	DIFERENCIA VALOR FACTURA VS VALOR PRETENSION DEMANDA	DIFERENCIA VALOR PRETENSION DEMANDA VS MANDAMIENTO DE PAGO
1	5467	\$ 16.500.000	\$ 5.306.638	\$ 16.500.000	\$ (11.193.362)	\$ (11.193.362)
2	6012	\$ 15.600.000	\$ 15.210.000	\$ 15.600.000	\$ (390.000)	\$ (390.000)

Cant	No. de la FACTURA	VALOR DE LA FACTURA	VALOR PRETENSION DEMANDA	VALOR MANDAMIENTO DE PAGO	DIFERENCIA VALOR FACTURA VS VALOR PRETENSION DEMANDA	DIFERENCIA VALOR PRETENSION DEMANDA VS MANDAMIENTO DE PAGO
3	6073	\$ 3.468.480	\$ 3.381.768	\$ 3.468.480	\$ (86.712)	\$ (86.712)
4	6075	\$ 1.734.240	\$ 1.690.884	\$ 1.734.240	\$ (43.356)	\$ (43.356)
5	6199	\$ 3.468.480	\$ 3.381.768	\$ 3.468.480	\$ (86.712)	\$ (86.712)
6	6516	\$ 15.300.000	\$ 14.917.500	\$ 15.300.000	\$ (382.500)	\$ (382.500)
7	7399	\$ 17.617.050	\$ 17.176.624	\$ 17.617.050	\$ (440.426)	\$ (440.426)
8	7408	\$ 3.840.000	\$ 3.744.000	\$ 3.840.000	\$ (96.000)	\$ (96.000)
9	8270	\$ 2.936.175	\$ 2.862.771	\$ 2.936.175	\$ (73.404)	\$ (73.404)
10	8272	\$ 2.936.175	\$ 2.862.771	\$ 2.936.175	\$ (73.404)	\$ (73.404)
11	9121	\$ 2.936.175	\$ 2.862.771	\$ 2.936.175	\$ (73.404)	\$ (73.404)
12	9122	\$ 35.234.100	\$ 34.353.247	\$ 35.234.100	\$ (880.853)	\$ (880.853)
13	9123	\$ 30.153.225	\$ 29.399.394	\$ 30.153.225	\$ (753.831)	\$ (753.831)
14	9130	\$ 14.680.875	\$ 14.313.853	\$ 14.680.875	\$ (367.022)	\$ (367.022)
15	9131	\$ 14.093.640	\$ 13.741.299	\$ 14.093.640	\$ (352.341)	\$ (352.341)
16	9132	\$ 4.697.880	\$ 4.580.433	\$ 4.697.880	\$ (117.447)	\$ (117.447)
17	9134	\$ 21.140.460	\$ 20.611.948	\$ 21.140.460	\$ (528.512)	\$ (528.512)
18	9135	\$ 17.617.050	\$ 17.176.624	\$ 17.617.050	\$ (440.426)	\$ (440.426)
19	9149	\$ 3.840.000	\$ 3.744.000	\$ 3.840.000	\$ (96.000)	\$ (96.000)
20	9150	\$ 9.600.000	\$ 9.360.000	\$ 9.600.000	\$ (240.000)	\$ (240.000)
21	9151	\$ 5.760.000	\$ 5.616.000	\$ 5.760.000	\$ (144.000)	\$ (144.000)
22	9153	\$ 21.140.460	\$ 20.611.948	\$ 21.140.460	\$ (528.512)	\$ (528.512)
23	9181	\$ 27.217.050	\$ 26.536.624	\$ 27.217.050	\$ (680.426)	\$ (680.426)
24	9182	\$ 2.936.175	\$ 2.862.771	\$ 2.936.175	\$ (73.404)	\$ (73.404)
25	9183	\$ 23.489.400	\$ 22.902.165	\$ 23.489.400	\$ (587.235)	\$ (587.235)
26	9186	\$ 14.093.640	\$ 13.741.299	\$ 14.093.640	\$ (352.341)	\$ (352.341)
27	9248	\$ 17.617.050	\$ 17.176.624	\$ 17.617.050	\$ (440.426)	\$ (440.426)
28	9230	\$ 3.840.000	\$ 3.744.000	\$ 3.840.000	\$ (96.000)	\$ (96.000)
29	9256	\$ 10.570.230	\$ 10.305.974	\$ 10.570.230	\$ (264.256)	\$ (264.256)
30	9308	\$ 5.872.350	\$ 5.725.541	\$ 5.872.350	\$ (146.809)	\$ (146.809)
31	9335	\$ 7.680.000	\$ 7.488.000	\$ 7.680.000	\$ (192.000)	\$ (192.000)
	TOTALES	\$ 377.610.360	\$ 357.389.239	\$ 377.610.360	\$ (20.221.121)	\$ (20.221.121)

*Se puede evidenciar que, en la pretensión de la demanda, el demandante reconoció las retenciones debidamente efectuadas en cumplimiento de un deber legal, así como el pago parcial de la factura 5467, hechos que son susceptibles de confesión.

En conclusión:

- Las retenciones se practicaron de acuerdo con los preceptos legalmente establecidos, es decir en el momento de realizar el abono en cuenta (reconocimiento del pasivo en la contabilidad) que fue lo que ocurrió primero,
- Las mismas fueron efectuadas en cumplimiento de un deber legal.
- Fueron reportadas a BAXALTA, en cumplimiento de su solicitud como se puede apreciar a través de las siguientes comunicaciones:

De: Bernal Lara Pedro Luis <plbermall@epsifarma.com.co>
Enviado el: miércoles, 20 de abril de 2016 8:36 a. m.
Para: 'Rosada, Katherine'
CC: Oscar Andres Mendoza Montaña
Asunto: RESPUESTA SOLICITUD Y ENVIO DE CERTIFICADO RETEFUENTE PROVEEDOR: BAXALTA COLOMBIA S.A.S. NIT 900783939
Datos adjuntos: CERTIFICADO RETEFUENTE 2015 900783939 BAXALTA COLOMBIA S.A.S..pdf

Buenos días,

Adjunto certificado de retención en la fuente a título de Renta correspondiente al año gravable 2015 expedido por Cooperativa Epsifarma.

Quedo atento a cualquier duda.

Pedro Luis Bernal Lara

Analista de Impuestos
 Cooperativa Epsifarma
 Tel 5556660 Ext 2029
 Celular: 312-3139431
 Avenida Carrera 45 numero 108 - 27 Torre 3 piso 20 Edificio paralelo 108
 E-mail interno: plbermall@saludcoop.com.co
 E-mail externo: plbermall@epsifarma.com.co
 Skype: pedro.bernal70

De: Rosada, Katherine [mailto:katherine_rosada@baxter.com]
Enviado el: martes, 19 de abril de 2016 11:01 a.m.
Para: Pedro Luis Bernal Lara
Asunto: RV: Certificados de Retencion año 2015

Buenos días

*De conformidad con el Artículo 381 del Estatuto Tributario, les solicitamos el favor nos expidan a la mayor brevedad posible los **CERTIFICADOS DE RETENCION** en la Fuente, con el fin de efectuar el soporte Declaración de Renta por el año gravable del 2015*

Nit 900.783.939-4 Baxalta Colombia SAS

Cordial Saludo,

*Katherine Rosada Berón
 Contingent Labor- Tax
 Laboratorios Baxter
 Calle 36 # 2 C - 22 Planta 1
 Tel: (572)444-7616
 Cali – Colombia
 E-mail: Katherine_rosada@baxter.com*

De: Bernal Lara Pedro Luis <plbernal@epsifarma.com.co>
Enviado el: lunes, 27 de febrero de 2017 12:33 p. m.
Para: 'Rosadab, Katherine'
CC: Oscar Andres Mendoza Montaña
Asunto: RESPUESTA SOLICITUD Y ENVIO CERTIFICADOS 2016 900783939 BAXALTA COLOMBIA S.A.S.
Datos adjuntos: C. RETERENTA 2016 ENERO A DICIEMBRE 900783939 BAXALTA COLOMBIA S.A.S..pdf

Buenos días,

En atención a su solicitud, adjuntamos certificados de retención en la fuente correspondientes al año 2016, expedidos por la empresa COOPERATIVA EPSIFARMA.

Quedamos atentos a cualquier duda.

Pedro Luis Bernal Lara

Analista de Impuestos
Cooperativa Epsifarma
Tel 4320630 Ext 2029
Celular: 312-3139431
Avenida Carrera 45 numero 108 - 27 Torre 3 piso 20 Edificio paralelo 108
E-mail interno: plbernal@saludcoop.com.co
E-mail externo: plbernal@epsifarma.com.co
Skype: pedro.bernal70

De: Rosadab, Katherine [mailto:katherine.rosadab@shire.com]
Enviado el: viernes, 24 de febrero de 2017 04:21 p.m.
Para: Rosadab, Katherine
Asunto: Certificado de retención en la fuente e Ica año 2016

Buenas tardes

De conformidad con el Artículo 381 del Estatuto Tributario, les solicitamos el favor nos expidan a la mayor brevedad posible los **CERTIFICADOS DE RETENCION** en la Fuente, con el fin de efectuar el soporte de la Declaración de Renta por el año gravable del **2016**

Nit 900.783.939-4 Baxalta Colombia SAS

Por su colaboración muchas gracias,

Katherine Rosada Beron
Analista de Impuestos
Cl 36 2c 22
Telf 4447616

- Las retenciones efectuadas a BAXALTA fueron declaradas y pagadas por EPSIFARMA a la DIAN, a la tarifa legal correspondiente.

De tal forma, no hay razón alguna para que el Despacho desconociera o pusiera en duda tales retenciones, por lo que se solicita respetuosamente proceda a revocar la sentencia objeto de recurso y se declare la prosperidad de la excepción formulada con fundamentos en el descuento de las retenciones realizadas sobre el capital de las 31 facturas en las que no se han reconocido tales reducciones y el pago parcial sobre la factura No. 5467, pese a que el mismo demandante en sus pretensiones, como se pudo observar en los cuadros incluidos en este escrito y de la

lectura del líbello introductorio, las aceptó al momento de solicitar el pago de las facturas (ver acápite de pretensiones) ante al Despacho.

Vale la pena aclarar que, en todas las conciliaciones financieras de cartera, de acuerdo con la información que reposa en la entidad, BAXALTA reconoció los descuentos efectuados a título de retenciones, aceptando el deber legal de efectuarlas que le asiste a EPSIFARMA.

2.3. FRENTE A LA DECISIÓN DE LA EXCEPCION DE PAGO PARCIAL DE LA FACTURA No. 5467

Así mismo, en cuanto a las diferencias que se presentan sobre la **factura 5467** vale la pena resaltar que no solo es por efecto de la retención (que asciende a \$412.500), sino que también se efectuó un pago parcial por valor de \$10.780.862, como obra en el expediente el soporte contable de la aplicación del pago parcial de tal factura efectuado por Cooperativa Epsifarma así:

Fecha	Num. Pago	N. Fac. Prov.	Descripcion	V_Bruto	V_Descue	V_Iva	V_ReteF	V_Retelva	V_Retelca	V_O_Rete	V_Cruces	V_Anticipo	Total	V_Transferencia Regional
COOPERATIVA EPSIFARMA EN LIQUIDACION														
Página: 1														
Programa: Stsrptrp														
Usuario: blopezmp														
Fecha: 13/02/2020														
Hora: 4:19:10PM														
RELACION DE PAGOS POR TRANSFERENCIA DETALLADA POR PROVEEDOR														
<hr/>														
Proveedor:	900783939	BAXALTA COLOMBIA S.A.S.												
Proceso:	5977	EPSIFARMA LAB 20171019		CONFIRMADO		Cuenta:		5077515013		Banco:		9 CITIBANK		
19/10/2017	29256	5764	CG-CF-74185/II/INE	12.139.680.00	0.00	0	0	0	0	-303.492	0	0	11.836.188.00	11.836.188.00 CUNDINAM
19/10/2017	29256	5467	CG-CF-74259/II/INE	16.500.000.00	0.00	0	0	0	0	-412.500	0	0	16.087.500.00	10.780.862.00 CUNDINAM
													TOTAL PROCESO	22.617.050.00
													TOTAL PROVEEDOR	22.617.050.00
													TOTAL GENERAL	22.617.050.00

En el mismo, se puede evidenciar que la factura fue radicada a COOPERATIVA EPSIFARMA por valor de \$16.500.000 (*V_Bruto*), procediendo a efectuarse una retención con base en los argumentos previamente expuestos de \$412.500 (*V_O_Rete*), quedando un saldo por pagar de \$16.087.500 (*Total*). Procediendo EPSIFARMA el 19 de octubre de 2017 a realizar un pago parcial de \$10.780.862 (*V_Transferencia Regional*), pago que fue efectuado en la cuenta de ahorros 5077515013 del Banco Citibank de la que es titular el demandante, tal y como se evidencia en el comprobante de la transferencia:



Bogotá, Octubre 19 de 2021

Señores
BAXALTA COLOMBIA SAS
Ciudad

De manera atenta nos permitimos informarle que en virtud de la instrucción impartida por la sociedad
COOPERATIVA EPSIFARMA
y de acuerdo a la información suministrada por ésta, se ha afectado su cuenta del BANCO
GNB SUDAMERIS con la siguiente operación, a través del sistema ACH - CENIT :

Cilente Ordenante del Pago:	COOPERATIVA EPSIFARMA
Fecha de la orden del abono:	19/10/2017
Identificación del Beneficiario del Pago:	900783939
Nombre del Beneficiario del Pago:	BAXALTA COLOMBIA SAS
Cuenta Acreditada:	5077515013 - Cta Ahorros
Banco Originador:	CITIBANK
Valor Abonado :	22.617.050,00

EPSIFARMA PAGO INDUSTRIA 20171019

Vale la pena resaltar que la transferencia fue efectuada por valor total de \$22.617.050, afectando el pago de dos facturas a saber:

- La factura 5764 (que no es objeto de la presente demanda) por valor de \$11.836.188
- y la factura **5467** (que si es objeto de demanda) por \$10.780.862, como se evidencia en el comprobante que se encuentra en el expediente.

No obstante, como en el oficio remitido al banco Citibank por el Despacho, se indagó puntualmente por un pago exacto equivalente a \$10.780.862, la respuesta de la entidad fue negativa, pues se reitera, el valor de la factura No. 5467 fue cancelado mediante un giro por un monto superior que el propio banco emisor certifica. Pero que además desvirtúa lo manifestado en el interrogatorio de parte rendido por el representante legal de la parte demandante quien negó haber recibido pago alguno de parte de mi representada, pese a que el deber de lealtad procesal le imponía su reconocimiento.

Como se puede evidenciar, el valor efectivamente adeudado por COOPERATIVA EPSIFARMA a la demandante presenta una diferencia de \$20.221.121, correspondiente a \$9.440.259 derivados de las retenciones en la fuente practicadas debidamente sobre 31 facturas y \$ 10.780.862 por concepto del pago parcial de la Factura 5467, valores que se encuentran debidamente informados y probados dentro del expediente, por lo que se solicita al Despacho proceder al reconocimiento de los mismos modificando los valores por los cuales se debe seguir adelante la ejecución, que debe ser la suma de \$3.583.641.324.

2.4. DE LA EXCESIVA CONDENA EN COSTAS:

De conformidad con el numeral 5° del artículo 366 del C.G.P., la liquidación de las costas (expensas y monto de las agencias en derecho) sólo podrá controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que aprueba la liquidación.

Ahora bien, las costas pueden ser definidas como aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial. Esta carga económica comprende, por una parte, las **expensas**, es decir, todos aquellos gastos necesarios para el trámite del juicio distintos del pago de apoderados (honorarios de peritos, impuestos de timbre, copias, gastos de desplazamiento en diligencias realizadas fuera de la sede del despacho judicial, etc.) y, de otro lado, las **agencias en derecho**, correspondientes a los gastos efectuados por concepto de apoderamiento, las cuales debe reiterarse, se decretan en favor de la parte y no de su representante judicial.

Sin embargo, lo anterior no significa que en todos los procesos judiciales deban liquidarse costas, pues como lo señaló la Corte Constitucional en la Sentencia C-037 de 1996, *“será responsabilidad del legislador definir, en cada proceso, si se amerita o no el cobro de las expensas judiciales, así como el determinar, según las formas propias de cada juicio, si se incluye o no a las entidades públicas dentro de la liquidación de agencias en derecho, costas y otras expensas judiciales”*.

Respecto de las *expensas*, el numeral 3° del artículo 366 del C.G.P., señala los requisitos específicos para su procedencia, y exige que *“aparezcan comprobados, hayan sido útiles, y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley”*. No obstante, la utilidad del gasto debe ser entendida como una *utilidad razonable y proporcionada*, tomando en consideración tanto la naturaleza del proceso como la finalidad de la actuación desplegada, a fin de atender los principios de justicia material y equidad.

Por su parte, para la fijación de las agencias en derecho el numeral 4 del artículo 366 ya citado, establece que deberán aplicarse por una parte las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura y si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, *“el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.”*

De acuerdo con el criterio de la Corte Constitucional, plasmado en la sentencia C-089 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Llynet, la tasación de las expensas y agencias en derecho, debe llevarse a cabo cumpliendo un debido proceso que involucra los siguientes aspectos:

“En primer lugar, no puede olvidarse que las costas solamente serán decretadas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación (C.P.C., art.392-8). Esto supone entonces que

las partes actúen con la debida diligencia a lo largo de todo el proceso judicial, aportando los documentos y demás elementos idóneos para demostrar la causación de costas.

“En segundo lugar, es necesario volver sobre la distinción entre expensas y agencias en derecho. La liquidación de expensas corresponde esencialmente a un trámite de verificación y cálculo sumatorio de los costos en que incurrió la parte con ocasión del proceso, para lo cual deberá acudir al material probatorio obrante en el expediente. A su turno, la liquidación de agencias en derecho, aunque necesariamente remite al expediente, supone sin embargo un análisis más reposado del juez o magistrado de cada uno de los factores para su cálculo.”
(Subrayado fuera del texto)

Por consiguiente, aunque el juez tiene cierto margen de discrecionalidad para la tasación de las agencias en derecho, de ninguna manera puede considerarse que esa facultad supone arbitrariedad, pues, como se indicó, su decisión deberá sujetarse a las exigencias de **(i) naturaleza, (ii) calidad y (iii) duración de la gestión**, y además, la cuantía del proceso, sin que pueda llegar a excederse el máximo de las tarifas fijadas por el Consejo Superior de la Judicatura.

Bajo tales predicados, lo primero que debe aclararse es que en el caso concreto, no existen argumentos para considerar que bajo los criterios de naturaleza del asunto, calidad o duración de la gestión a los que se hiciera alusión, deba imponerse una condena por un monto tan considerable, como el que dispuso el Despacho.

Por el contrario, debe tenerse en cuenta la situación económica que afronta mi representada COOPERATIVA EPSIFARMA EN LIQUIDACIÓN, y que llevó a que desde el 5 de diciembre de 2018 se inscribiera ante la Cámara de Comercio de Bogotá, la decisión de disolver e iniciar el proceso de liquidación voluntaria, adoptada por la asamblea general de asociados del día 30 de noviembre del mismo año, como consta en el certificado de existencia y representación legal obrante en el plenario.

No se puede compartir entonces, la tasación de las agencias en derecho, para cuantificar una sola actuación como lo es la formulación de la demanda ejecutiva, cuya naturaleza y complejidad, difícilmente podrían considerarse suficientes para un reconocimiento de una suma de tal magnitud (\$50.000.000), teniendo en cuenta, además, que al hacerlo se podría estar generando una afectación aún mayor en los recursos de la entidad, que se requieren para satisfacer obligaciones prevalentes por disposición legal, como las contraídas con los trabajadores.

3. PETICIÓN:

Con fundamento en los argumentos expuestos como sustento del recurso de APELACIÓN formulado durante la audiencia de juzgamiento, solicito al H. Tribunal:

REVOCAR la sentencia proferida dentro del presente asunto, y en su lugar, se declaren probadas las excepciones de mérito, con la consecuente reducción del valor a reconocer, e igualmente del monto de la condena en costas, y además, se ajuste el fallo a lo solicitado en la demanda.

Atte,



Néstor Orlando Herrera Munar

CC. 80.500.545

T.P. 91455 del C. S de la J.

Apoderado Judicial

COOPERATIVA EPSIFARMA EN LIQUIDACIÓN

Bogotá D.C., enero de 2022.

U R G E N T E

Honorable Magistrado.

MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

E.

S.

D.

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL.

RADICADO: 11001310302420110036101.

DEMANDANTE: MAURICIO ALFONSO SANTACOLOMA RESTREPO.

DEMANDADO: SALUDCOOP EPS, CLÍNICA DE LAS FRACTURAS LTDA Y ADOLFO LEÓN SAAVEDRA ABADIA.

ASUNTO: ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

CARLOS SÁNCHEZ CORTÉS, identificado con la Cédula de Ciudadanía número 79.724.539 de Bogotá D.C. y Tarjeta Profesional número 137.037 del Consejo Superior de la Judicatura, en mi calidad de Apoderado del Señor **MAURICIO ALFONSO SANTACOLOMA RESTREPO**, dentro del proceso de la referencia, mediante el presente escrito, me permito presentar escrito de **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**.

I. OPORTUNIDAD.

“Artículo 14. Apelación de sentencias en materia civil y familia. El recurso de apelación contra sentencia en los procesos civiles y de familia, se tramitará así:

Sin perjuicio de la facultad oficiosa de decretar pruebas, dentro del término de ejecutoria del auto que admite la apelación, las partes podrán pedir la práctica de pruebas y el juez las decretará únicamente en los casos señalado en el artículo 327 del Código General del Proceso. El juez se pronunciará dentro de los cinco (5) días siguientes.

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. De la sustentación se correrá traslado a la parte contraria por el término de cinco (5) días. Vencido el término de traslado se proferirá sentencia escrita que se notificará por estado. Si no se sustenta oportunamente el recurso, se declarará desierto.

Si se decretan pruebas, el juez fijará fecha y hora para la realización de la audiencia en la que se practicaran, se escucharan alegatos y se dictará sentencia. La sentencia se dictará en los términos establecidos en el Código General del Proceso”. (Subrayado propio)

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

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

Medellín Calle 6 Sur N° 43a - 96 oficina 404 ● Torre Affinity. El Poblado. PBX: (+57) 4 590 46 36

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

Teniendo en cuenta que el recurso de apelación fue admitido mediante providencia del 16 de diciembre de 2021, notificada por Estado del 11 de enero de 2022, el cual quedo ejecutoriado el día lunes 17 de enero de 2022, por lo cual el término para presentar los alegatos respectivos vence el día 21 de enero de 2022.

II. FUNDAMENTOS FÁCTICOS.

Sea lo primero resaltar que no existe congruencia entre las pruebas debidamente recaudadas, con la exclusión de responsabilidad a favor de los demandados, debido a la indebida valoración de las mismas, y la falta de aplicación de las reglas probatorias y la carga de la prueba respectiva, como se ahondará a continuación:

A. FRENTE AL ROMPIMIENTO DE LA LEX ARTIS.

Es importante resaltar que en la sentencia proferida el 8 de octubre de 2021 por el Juzgado Civil del Circuito de Cárquez, resolvió negar las pretensiones de la demanda haciendo alusión de manera somera a que no se evidenciaba el rompimiento de la *lex artis*, para lo cual se torna necesario citar su definición, de conformidad con la Doctrina:

*"La Lex Artis se aplica para la medición de la obra o el resultado obtenido por un profesional. "...Es el criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del acto y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida derivando de ello tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación a actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios prestados y, en particular, de la posible responsabilidad de su autor/ médico por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado"*¹

En virtud de lo anterior, como argumento central de la sentencia objeto de reproche se indicó que no se había acreditado el rompimiento de la *lex artis*, puesto que no se había probado la necesidad de exámenes adicionales a los practicados, ni la evidencia de un error en el procedimiento, no obstante lo anterior, se reprochan las anteriores afirmaciones teniendo en cuenta que el A-quo indica y trata de atribuirle a mi mandante un tipo de desidia o desinterés relacionado con los términos para proceder con los trámites y gestiones relacionadas con la práctica de la intervención médica, así como la caída como detonante para dañar la cirugía, al hacer énfasis en que: *"el paciente según su historia clínica, sufrió la lesión en su rodilla, mucho tiempo atrás, y que solo hasta cuatro años después decidió realizarse la intervención quirúrgica, así mismo, esta persona no tuvo los cuidados recomendados por*

¹ Yungano A. Responsabilidad profesional de los médicos. Buenos Aires. Ed Universidad. 1982

el especialista, lo que pudo generar que la primera cirugía no tuviera el resultado esperado, pues al caerse los tornillos se desacomodaron y así se lo explicaron al paciente, por ello tuvieron que retirarlos”.

Al respecto es importante señalar su Señoría, que de conformidad con las reglas probatorias en el caso que nos ocupa, la carga de la prueba recaía en cabeza de la parte demandada a quien le correspondía probar el actuar diligente, al respecto, por encontrarse en una posición más favorable para ello, situación que no ocurrió, no obstante ello, aun al no existir prueba alguna que diera fe que la atención, diagnóstico, procedimiento, y tratamiento de rehabilitación fueron adecuados de conformidad con la *lex artis* aplicable existe un rompimiento de la misma, situación que si fue acreditada por mi mandante e ignorada por el a quo, así hubiese manifestado en su parte motiva que el caso que nos ocupaba merecía un análisis de la responsabilidad médica por indebido procedimiento “*atendiendo a las presunciones a que hicimos referencia en párrafos precedentes, en especial en lo que atañe al nexo causal entre el daño y el servicios medico prestado*” haciendo alusión a la aplicación de la culpa probada, no obstante tergiversada al afirmar y dar por ciertos hechos que no fueron probados de conformidad con lo esbozado, demostrando, al evidenciarse lo siguiente:

1. En la consulta realizada el día 24 de octubre de 2008, el médico tratante emitió un **DIAGNÓSTICO ERRADO**, hecho generador de la responsabilidad endilgadas a los demandados, puesto que:
 - 1.1. En la mencionada consulta médica se ordenó la práctica de la cirugía de *reconstrucción del ligamento cruzado anterior en la rodilla izquierda*, sin contar con los análisis diagnósticos requeridos, para determinar la existencia actual, gravedad y avance de la lesión por el paso del tiempo, así como la procedencia de la cirugía reconstructiva correspondiente, cuyos exámenes diagnósticos correspondían a:
 - 1.2. **Imágenes por resonancia magnética:** con el fin de determinar a la fecha la extensión de la lesión del ligamento o la existencia de algún tipo de daño, que comprometiera otros tejidos de la rodilla.
 - 1.3. **Ecografía:** Con el fin de verificar las estructuras y lesiones en los ligamentos que ya se habían evidenciado con anterioridad.

Nótese su señoría, que no existe prueba siquiera sumaria que permita desvirtuar la falta de diligencia y cuidado por parte del médico frente a la **EMISIÓN DEL DIAGNÓSTICO** previamente a la orden de cirugía, puesto que realizó únicamente un examen físico denominado “*examen de movilidad articular*” del paciente y tuvo en cuenta la información desactualizada sobre la lectura y conclusión emitido desde hacía 1 año y 11 meses, esto es el **24 DE NOVIEMBRE DE 2006** por el Doctor Jorge Iván Ospina Alzate, al hallazgo encontrado con ocasión a la **resonancia magnética practicada**, la cual como quedó acreditado si era necesario para probar el tipo de lesión y

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

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

Medellín Calle 6 Sur N° 43a - 96 oficina 404 ● Torre Affinity. El Poblado. PBX: (+57) 4 590 46 36

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

en el que caso puntual era necesaria para corroborar lo encontrado, compararlo para analizar su evolución, la posible afectación de otros tejidos, como cartilago, o el menisco, así como la urgencia de la intervención quirúrgica, que además de ser necesario era razonable, de conformidad con lo afirmado por el demandado, el Doctor **ADOLFO LEON SAAVEDRA**, donde manifiesta que: ²(...) *“la resonancia es el examen de elección más sofisticado en la actualidad para hacer la confirmación de lesiones de ligamento y de meniscos en la rodilla”* así mismo en respuesta a la pregunta número cuatro que: *“Para las lesiones de ligamento cruzado anterior con inestabilidad de rodilla esta estudiado y comprobado en la literatura médica que si el paciente no se opera, a corto y largo plazo va a tener lesiones meniscales, lesiones condrales y 95% de los pacientes evolucionan con artrosis, en la actualidad la literatura médica también confirma que 30 de los pacientes operados con ligamento cruzado anterior pueden evolucionar con artrosis, entonces es mandatorio que cuando un paciente tiene lesión de ligamento cruzado anterior se debe operar y realizarle la reconstrucción, de no hacerlo estaría condenando la rodilla a una artrosis”*...

No obstante, lo anterior, se entiende que el galeno conocía las implicaciones de la no intervención quirúrgica oportuna y las secuelas y consecuencias adversas que implicaban la mora en la misma, **NO OBSTANTE ELLO NO ORDENÓ UN EXAMEN DIAGNÓSTICO PARA CORROBORAR COMO SE EL ESTADO ACTUAL DE LA LESION DEL PACIENTE**, por lo cual se infiere honorable Magistrado que el médico tratante incumplió en forma injustificada lo contemplado en el artículo 10 de la Ley 23 de 1981, que establece:

“ARTÍCULO 10. El médico dedicará a su paciente el tiempo necesario para hacer una evaluación adecuada de su salud e indicar los exámenes indispensables para precisar el diagnóstico y prescribir la terapéutica correspondiente”.

Aunado a lo anterior, es cierto, claro y quedó debidamente acreditado con las pruebas practicadas, especialmente el interrogatorio del galeno demandado que la enfermedad que fue diagnosticada mediante radiografía de rodilla (el 6 de noviembre de 2006) y resonancia magnética (del 24 de noviembre de 2006), de manera posterior a la cirugía realizada el día 24 de octubre de 2008, denominada *gonoartrosis*, es **proporcional al tiempo de la lesión**, por lo cual se puede inferir que la misma surgió como secuela de la ruptura de los ligamentos y la falta de intervención médica de manera oportuna, no obstante, es importante resaltar que la misma debía poseer una fecha de estructuración anterior al 6 de noviembre de 2006, por lo cual se concluye que de haberse practicado siguiera el examen diagnóstico de radiografía previo a la intervención quirúrgica, se hubiese encontrado la mencionada enfermedad y se hubiese logrado una corrección de la misma en la intervención.

² Respuesta a la pregunta numero 2, interrogatorio de parte, audiencia del 1 de agosto de 2012.

De conformidad con las manifestaciones efectuadas por el apoderado del demandado, el galeno **ADOLFO LEÓN SAAVEDRA**, se hizo alusión a que durante la intervención: *“se practicó un nuevo examen al paciente bajo anestesia con el fin de confirmar las lesiones encontradas en la valoración previa”*, afirmación que no goza de ningún sustento siquiera documental, sobre el cual no existe certeza alguna puesto que no quedó consignada dicha afirmación ni el estado o hallazgos encontrados en el mencionado examen, en la evolución, ni historia clínica, máxime cuando mi mandante se encontraba bajo anestesia y tampoco puede corroborar ello, por lo cual se itera, que no existió un cotejo entre el examen de resonancia magnética del 24 de noviembre de 2006 con el examen ocular y físico efectuado el día 24 de octubre de 2008, puesto que como quedó acreditado en la respuesta al derecho de petición del 25 de junio de 2009, específicamente en el numeral 4, *“El aparato de video presento falla técnica y no quedo grabada la cirugía”*.

Dicho lo anterior, es preciso indicar que de conformidad con lo plasmado en el acta de revisión del comité ad hoc numeral 2 se estableció que *“Dr Marin: De acuerdo con la revisión del caso no es posible determinar si hubo error medico respecto al proceder quirúrgico inicial”* cuya manifestación debe ser valorada en conjunto con la totalidad del material probatorio recaudado, puesto que los demandados no lograron acreditar la **DILIGENCIA** frente a la primera intervención quirúrgica, donde se itera, **existió un desplazamiento anormal del tornillo**.

Ahora bien, no entiende el suscrito en que razonamiento o prueba se basa el Despacho para afirmar de manera completamente errada que mi mandante *“sufrió la lesión en su rodilla, mucho tiempo atrás, y que hasta cuatro años después decidió realizarse la intervención quirúrgica”*, puesto que se encuentra debidamente acreditado y no existe duda respecto del diagnóstico de la lesión del ligamento fue entregado el **24 DE NOVIEMBRE DE 2006**, y el procedimiento quirúrgico de corrección fue practicado en el mes de **OCTUBRE DE 2008**, no obstante ello a pesar de que se haya escrito de manera errónea en la historia clínica que la ruptura se había efectuado desde hacia *“cuatro años”*, no hay certeza del diagnóstico primigenio sobre el cual se hizo alusión en la mencionada anotación ni de un examen adicional al aportado por mi mandante.

1.4. NO SE INDICÓ EN EL CONSENTIMIENTO INFORMADO, NI EN LAS EXPLICACIONES BRINDADAS DE MANERA VERBAL QUE UNA POSIBLE COMPLICACION DE LA CIRUGIA PODIA SER EL DESPLAZAMIENTO DEL TORNILLO.

En este punto se torna preciso manifestar que dicha complicación, no fue informada a mi mandante, puesto que no se prevé taxativamente en el documento suscrito por mi mandante el 24 de octubre de 2008 que dicha consecuencia hubiese sido informada.

Nótese además que en la anotación contenida en el folio 31 de la historia clínica con fecha del 19 de marzo de 2009, se informó sobre los riesgos del

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

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

Medellín Calle 6 Sur N° 43a - 96 oficina 404 ● Torre Affinity. El Poblado. PBX: (+57) 4 590 46 36

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

procedimiento relacionados con: “*infección, tromboembolismo, embolia pulmonar*” así mismo se corroboró en el interrogatorio de parte practicado a mi mandante en respuesta a la pregunta número 7 relacionada con el consentimiento informado, indicando que: “*Si entiendo la descripción pero dicha descripción no expresa que podía perder mis arcos de movilidad que podía necesitar más cirugías y que el tornillo o dichos tornillos iban a quedar en una posición donde se me iba a desgastar mi rotula, mis meniscos y todo lo que comprende como cartílagos, y liquido que comprende dichas articulaciones*”...

En virtud de lo anterior, es preciso señalar lo establecido por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, mediante salvamento de voto efectuado en la sentencia SC2809-2019, por el Magistrado Ariel Salazar Ramírez, frente a las consecuencias y relación directa del rompimiento de la *lex artis*, por la falta de información al paciente:

“La conclusión que se imponía era diametralmente opuesta a la que adoptó la Sala: la falta de consentimiento informado genera per se un daño a un bien jurídico tutelado por el ordenamiento civil, por lo que constituye un daño autónomo que debe ser indemnizado.”

Por ello, no es admisible exigir la prueba del “nexo causal” entre la falta de consentimiento y los daños derivados de la culpa médica, pues los bienes jurídicos que se tutelan con la exigencia del consentimiento son distintos a la salud y la vida del paciente, como lo reconoció el mismo fallo de casación; de ahí la incoherencia de tal planteamiento. Si el mismo fallo admitió que el bien jurídico tutelado no es la integridad personal, entonces es manifiestamente absurdo exigir la prueba de la “relación causal” entre la falta de consentimiento informado y los daños a la integridad física y moral del paciente.

El consentimiento informado que se obtiene del paciente es un requisito que debe cumplir el médico y, por tanto, su ausencia constituye un factor de culpa respecto de la lesión a la libertad y autonomía del paciente; por lo que su sola violación genera responsabilidad civil, sin que se requiera demostrar una “relación causal” entre la falta de consentimiento del paciente y el daño derivado de la infracción de los estándares de la *lex artis medicorum*, pues la culpa médica por mala praxis lesiona bienes jurídicos distintos”. (Subrayado propio)

- 1.5. NO EXISTE PRUEBA DEL ACOMPAÑAMIENTO NI SEGUIMIENTO DEL PACIENTE DURANTE LA ETAPA DEL POST OPERATORIO,** sobre el cual brilla por su ausencia el estudio de los resultados de la cirugía, y las terapias de rehabilitación adecuadas que permitiera lograr la recuperación del ligamento y movilidad de mi mandante, puesto que se ignoró de manera injustificada el dolor constante por éste padecido.

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

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

Medellín Calle 6 Sur N° 43a - 96 oficina 404 ● Torre Affinity. El Poblado. PBX: (+57) 4 590 46 36

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

Frente a este aspecto, se itera que, no existe examen diagnóstico que permitiera inferir la mejoría o seguimiento, durante la rehabilitación, puesto que las terapias generaban en mi mandante un dolor y no mostraban mejoría alguna, lo cual implica que el tratamiento terapéutico de recuperación no fue proporcional, dirigido, puesto que como quedó probado y obra en la historia clínica, inicialmente fueron ordenadas 20 terapias, y al no encontrar mejoría alguna, fortalecimiento, ni el movimiento adecuado se ordenaron **CINCUENTA Y SIETE (57)** posteriores, adicionales y de manera consecutiva a la culminación de las primeras 20, sin indagar en por qué no se lograba alguna mejoría, siendo claro el incumplimiento del principio consagrado en el numeral segundo de la Ley , que reza:

“2°- El hombre es unidad síquica y somática, sometido a variadas influencias eternas. El método clínico puede explorarlo como tal, merced a sus propios recursos, a la aplicación del método científico natural que le sirve de base, y a los elementos que las ciencias y la técnica ponen a su disposición. En consecuencia, el método debe considerar y estudiar al paciente, como persona que es, en relación su entorno, con el fin de diagnosticar la enfermedad y sus características individuales y ambientales, y adoptar las medidas, curativas y de rehabilitación correspondientes”.

De conformidad con lo indicado en los numerales anteriores, es evidente que el juzgador de primera instancia no tuvo en cuenta el valor probatorio del examen diagnóstico de radiografía practicado el día 6 de noviembre de 2008 se encontró “artrosis” y “un poco de genu varu”, lo cual demuestra en virtud de la doctrina del *res ipsa loquitur*, la **preexistencia** y complicación del estado en el que se encontraba mi mandante en comparación con los hallazgos encontrados mediante la práctica de la resonancia magnética tomada en el año 2006.

Asi mismo, se ignoró que posterior a la culminación de la totalidad de las terapias ordenadas se diagnosticó y encontró en la resonancia magnética tomada el día 16 de marzo de 2009 que: “con tornillo que se encuentra en el espesor de la porción proximal y anterior de la tibia otro tornillo que se encuentra a nivel de la cavidad intercondílea posterior, **dando la impresión en las diferentes secuencias de encontrarse por fuera del hueso**” (Negrilla propia)

Es lamentable recalcar señor Magistrado que como consta en la historia clínica de mi mandante específicamente en la anotación del **18 de noviembre de 2008**, por la fisioterapeuta **LUZ KARIME LASSO** que: “Paciente estable, manifiesta presentar dolor e inestabilidad cuando apoya (no es legible) movimiento de Extensión y flexión, El paciente fue donde el medico y dice que el presente desplazamiento de un tornillo, no trae orden ni recomendaciones del medico queda pendiente para el día de mañana continua igual manejo termina sin complicaciones”, por lo cual no es de recibo alguno el ignorar el alcance de dicha afirmación y valorar las pruebas generalizando, ni mucho menos únicamente haciendo alusión o resaltando

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

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

Medellín Calle 6 Sur N° 43a - 96 oficina 404 ● Torre Affinity. El Poblado. PBX: (+57) 4 590 46 36

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

los comentarios que a criterio de la Juez pueden ser válidos en el caso que nos ocupa, escapando de la sana crítica, al indicar que *“figura la historia clínica de las fisioterapias, donde se observa que las inicio el 11 de noviembre de 2008, cuando llego deambulando en dos muletas sin apoyo, con dolor moderado y no se le valoro la flexibilidad por dolor, a folio 34 dice que culmino la terapia sin complicaciones, al igual que en las siguientes sesiones donde termina estable, sin complicaciones hasta marzo 13 de 2009”...*

En este mismo sentido se aborrece la afirmación contenida en la sentencia respecto de la cual se afirma que *“no se probó que las consecuencias presentadas según historia clínica, después de 3 cirugías realizadas en su rodilla izquierda, se produjeron por causas que se podían encasillas como falencias en atención y procedimientos realizados por el galeno ADOLFO LEON SAAVEDRA en las instalaciones de la CLINICA DE LAS FRACTURAS LTDA”*. Ignorando que el tornillo colocado a mi mandante en la primera intervención quirúrgica migró a un espacio intra articular, situación que no fue prevista, informada, ni mucho menos corregida en un tiempo prudente.

No hay que ignorar señor Magistrado que desde el 18 de noviembre de 2008, momento en el cual mi mandante no contaba siquiera con un mes de recuperación desde la intervención quirúrgica había evidenciado la molestia y desplazamiento del material, no obstante ello se nota la desidia del grupo que le prestó la atención médica y de rehabilitación al afirmar, **que no existía complicación**, al no ordenar la práctica de un examen diagnóstico o remisión a un especialista, para ahondar en los problemas evidenciados y manifestados por mi poderdante, y por el contrario procedieron a practicarle nuevamente una serie de terapias físicas que empeoraban su situación, siendo claro el **INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES OBJETIVOS DE CUIDADO QUE LE ASISTIAN A LOS GALENOS**, por lo cual no se entiende y no se evidencia la existencia de algún sustento factico o jurídico alguno que permita corroborar como se afirmó en la sentencia objeto de reproche que *“el medico cirujano actuó de conformidad con todos los protocolos asignados a la operación y al tratamiento que debía seguirse para su recuperación”*.

1.6. Contrario a lo manifestado por el juzgador de primera instancia, es preciso señalar que los demandados no efectuaron ni practicaron los análisis, exámenes de laboratorio, ni físicos que permitieran inferir que la cirugía de reconstrucción del ligamento cruzado anterior hubiese sido alterada, o su resultado negativo hubiese sido consecuencia de la caída o golpe recibido por el señor Santacoloma, y en caso de que ello hubiese sido posible tampoco se actuó con urgencia al corroborar el impacto de tal caída ni mucho menos las consecuencias.

Por lo resaltado anteriormente no se entiende en que prueba se basó el Despacho para afirmar de manera fehaciente y contrario a la realidad que *“pues al caerse los tornillos se desacomodaron y asi se lo explicaron al paciente”*, puesto que la única afirmación efectuada al respecto esta basada

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

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

Medellín Calle 6 Sur N° 43a - 96 oficina 404 ● Torre Affinity. El Poblado. PBX: (+57) 4 590 46 36

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

en una suposición de conformidad con la declaración rendido por el testigo **EDUARDO SALCEDO UMAÑA** al indicar que "una caída en una cirugía de rodilla puede tirarse la cirugía por el trauma", sin especificar ni referirse al caso concreto y ni siquiera al procedimiento practicado a mi mandante al efectuar una afirmación general.

Nótese que por la negligencia del galeno tratante, se configura además la responsabilidad de la **CLÍNICA DE FRACTURAS** por la **CULPA IN VIGILANDO E IN ELIGENDO** atribuible al médico, en ejercicio de las funciones propias de su profesión, toda vez que, "(...) **no previó los efectos nocivos de su acto habiendo podido preverlos o cuando a pesar de haberlos previsto, confió imprudentemente en poderlos evitar... De lo expuesto se deduce que la capacidad de prever no se relaciona con los conocimientos individuales de cada persona, sino con los conocimientos que son exigidos en el estado actual de la civilización para desempeñar determinados oficios o profesiones (...)**".³ (Lo resaltado es propio).

Al respecto, resulta pertinente traer a colación lo contenido en el artículo 2 del Decreto 1485 de 1994, mediante el cual se regula la organización y funcionamiento de las Entidades Promotoras de Salud y la protección al usuario en el Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud, de la siguiente manera:

"Establecer procedimientos garantizadores de la calidad, atención integral, eficiente y oportuna a los usuarios en las instituciones prestadoras de salud" (Subrayas y negrillas fuera del texto original).

De acuerdo con los fundamentos fácticos y los medios probatorios que se aportaron con la demanda, los practicados en las oportunidades procesales correspondientes, específicamente la historia clínica, los exámenes diagnósticos practicados, la acción de tutela impetrada por mi mandante para acceder al procedimiento médico, puesto que a pesar de que a pesar de encontrarse consignado en el certificado emitido por el Doctor **IVÁN RODRÍGUEZ RIAÑO** en su numeral 5, donde se establece que: "El 9 de marzo del 2009 nueva radiografía, muestra que los tornillos están sueltos y se pide retiro de los tornillos" de conformidad con el estudio y lo establecido en la historia clínica de mi mandante, únicamente hasta el 17 de septiembre de 2009, aunado a las declaraciones y confesiones efectuadas en el interrogatorio de parte por el Doctor **ADOLFO LEON SAAVEDRA**, se encuentra claramente demostrada la **CULPA**, configurada en la **CONDUCTA OMISIVA** del médico tratante, así como del personal que evidenció la caída del señor **MAURICIO SANTACOLOMA** y **NO PUSO A SU ALCANCE Y DISPOSICIÓN TODOS LOS MEDIOS, INSUMOS, CONOCIMIENTO Y AYUDA EFECTIVA CON EL FIN DE CORROBORAR LA COMPLICACIÓN DE LA CIRUGIA**, puesto que **LA CAIDA DEL SEÑOR SANTACOLOMA QUE OCURRIÓ APROXIMADAMENTE EL 31 DE OCTUBRE DE 2008, NO FUE**

³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de Junio 2 de 1958.

EL MOTIVO POR EL CUAL EL TORNILLO IMPLANTADO SE ENCONTRABA POR FUERA, puesto que se ser cierto en la radiografía tomada el día 6 de noviembre de 2008 se hubiese evidenciado ello, lo cual no ocurrió como se indicó anteriormente hasta el 16 de marzo de 2009, momento en el cual ya había culminado el periodo de recuperación de mi mandante.

Es este aspecto es importante señalar la conclusión y **confesión** efectuada por el demandado y profesional de la salud el Doctor **ADOLFO LEÓN SAAVEDRA**, el cual manifiesta en su interrogatorio de parte, como consecuencias de la caída de mi mandante **UNICAMENTE** las siguientes: *“(...) y consulto posterior como dos o tres días después de haberse caído, eso es una consecuencia grave para la recuperación del paciente, lo que puede generar fallas en la cicatrización y fibrosis” ...*

No obstante ello, en la última pregunta manifestó que: *...“en el caso del señor SANTACOLOMA al sufrir esta caída puede haber modificado la posición de los tornillos de fijación de dicho ligamento, al ser valorado en el examen físico se observó que la rodilla estaba estable y que no había roce pero el paciente presentaba dolor a lo cual se le realizó una radiografía que se le solicito y el diligencio en su EPS la cual se observó en una consulta, una semana después donde el tornillo se modifico pero **no estaba suelto ni afectando la cirugía del paciente**”...* (Subrayado y resaltado es propio)

Asi mismo se avizora en respuesta al derecho de petición datado del 25 de junio de 2009 el numeral 7 y 8, donde se indicó que: *“7. La finalidad de la fisioterapia es la recuperación del paciente. Como aparece en la historia clínica el usuario presento una caída en el posoperatorio lo que dificulto el proceso de recuperación. 8. Valorado por el Dr Fausto Diaz Granados se encuentra que el tornillo migro a espacio intra articular, la deformidad en flexión se debe a un proceso de cicatrizal de la rodilla y la atrofia del cuádriceps femoral a la falta de uso por antecedente de lesión hace mas de 4 años”*

Ahora bien, de haber recibido el tratamiento médico pertinente, oportuno y eficiente, es bastante probable que el señor **MAURICIO SANTACOLOMA** no hubiese padecido los daños y secuelas que dan lugar a la imputación de la responsabilidad contractual a cargo de los demandados, así es preciso tener en cuenta que la mala práctica médica ha sido denominada doctrinalmente como:

“Una impericia, negligencia o indolencia profesional, donde el galeno produce un resultado que no previó, que no anticipó y que sin embargo era anticipable y objetivamente previsible. y donde la imprudencia grave es entendida como la omisión de todas las precauciones exigibles que debieron adoptarse” .

Claramente al ser la prestación de servicios de salud, uno de aquellos servicios estrictamente vigilado por el Estado, en razón a la importancia que reviste frente a la integridad de los administrados, resulta imperioso que

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

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

Medellín Calle 6 Sur N° 43a - 96 oficina 404 ● Torre Affinity. El Poblado. PBX: (+57) 4 590 46 36

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

QUIENES SE DEDICAN PROFESIONALMENTE A TAL SERVICIO, esto es, las Entidades Promotoras de Salud (EPS), Instituciones Prestadoras de Servicios (IPS) y los galenos, éstos últimos quienes de manera personal y directa están obligados a usar su Lex Artis, al servicio de sus pacientes; **TIENEN LA OBLIGACIÓN DE UTILIZAR TODAS LAS MEDIDAS TENDIENTES A GARANTIZAR LA EXCELENCIA EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO, UTILIZANDO TODOS LOS MEDIOS DISPONIBLES PARA TAL FIN**, lo cual en el caso que nos ocupa no ocurrió.

B. FRENTE A LA SUPUESTA FALTA DE ACREDITACIÓN DE LOS PERJUICIOS.

Los perjuicios cuya indemnización se solicitó en la demanda se encontraban debidamente acreditados, adicional a ello no hay que perder de vista que el daño causado por los demandados fue en el mayor de los casos y tuvo un impacto superior futuro, por las secuelas y problemas que se generaron con ocasión al mismo, tanto de índole psicológica, física, anímica y económica.

Nótese que existió una indebida valoración probatoria respecto de las pruebas aportadas, puesto que como quedo debidamente acreditado con la historia clínica de psicología el señor MAURICIO SANTACOLOMA fue remitido a psicología por: *“Su constante bajo de ánimo, falta de interés por las cosas que entes le interesaban, complejo por una lesión que tiene en una de sus piernas, perdida de la memoria en su familia están muy preocupados por los que le suceda”* (...) *“insomnio, pérdida de apetito, disminución de apetito sexual”*

Asi mismo se acreditó con los testimonios de los señores **JESÚS EVELIO OROZCO HURTADO** y **DIEGO FERNANDO GÓMEZ LÓPEZ** manifestaron la afectación que habían evidenciados en el señor Santacoloma como consecuencia de las complicaciones generadas con posterioridad a la práctica de la cirugía del 24 de octubre de 2008, al indicar que conocían que por ello no había podido reintegrarse laboralmente y no podía practicar futbol, asi mismo se afirmó la existencia del estado anímico de tristeza por no poder disfrutar de ciertos aspectos o de su familia como lo hacía antes de la intervención.

Asi mismo en el testimonio rendido por el señor **JULIÁN ANDRÉS VÁSQUEZ**, se indicó que el señor Santacoloma después de la intervención quirúrgica de rodilla *“No volvió a ser el mismo”* adicional a que *“no puede gozar plenamente con su hijo y con su esposa, limitando asi su vida personal, familiar y profesional”*.

Por lo cual quedó plenamente probada la existencia de los daños morales y a la vida de relación que sufrió el señor Santacoloma, aun contrario a lo manifestado por la Juez de primera instancia quien resta valor probatorio a las manifestaciones aludidas por no establecerse las circunstancias de tiempo, modo y lugar que permitan corroborar las mismas, lo cual resultaría

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

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

Medellín Calle 6 Sur N° 43a - 96 oficina 404 ● Torre Affinity. El Poblado. PBX: (+57) 4 590 46 36

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

apenas ilógico, puesto que dichas circunstancias específicamente no fueron objeto de cuestionamiento, no obstante ello, si se hace alusión en las declaraciones indicadas a que las mismas se generaron posteriores a la cirugía de rodilla y desplegados o evidenciados de conformidad con la relación y espacios compartidos por los testigos con el demandante respectivamente.

En este punto es preciso aclarar la definición del daño mencionado, de conformidad a los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia del 20 de enero de 2009, expediente 000125 consistentes en:

“Huelga memorar que, si bien la jurisprudencia colombiana al referirse en un comienzo a los perjuicios extrapatrimoniales solamente aludía a los morales, lo cierto es que hoy reconoce que de esa naturaleza participa el denominado ‘daño a la vida de relación’, aceptando que éste tiene una entidad jurídica propia y, por ende, no puede confundirse con otras clases de agravios que posean alcance y contenido disímil, ni subsumirse en ellos.

(...)

“Sobre las particularidades del daño en cuestión, puntualizó los siguientes aspectos: a) su naturaleza es de carácter extrapatrimonial, ya que incide o se proyecta sobre intereses, derechos o bienes cuya apreciación es inasible, porque no es posible realizar una tasación que repare en términos absolutos su intensidad; b) se proyecta sobre la esfera externa del individuo; c) en el desenvolvimiento de la víctima en su entorno personal, familiar o social se revela en los impedimentos, exigencias, dificultades, privaciones, vicisitudes, limitaciones o alteraciones, temporales o definitivas que debe soportar y que no son de contenido económico; d) pueden originarse tanto en lesiones de tipo físico, corporal o psíquico, como en la afectación de otros bienes intangibles de la personalidad o derechos fundamentales; e) recae en la víctima directa de la lesión o en los terceros que también resulten afectados, según los pormenores de cada caso, por ejemplo, el cónyuge, compañero (a) permanente, parientes cercanos, amigos; f) su indemnización está enderezada a suavizar, en cuanto sea posible, las consecuencias negativas del mismo; g) es un daño autónomo reflejado ‘en la afectación de la vida social no patrimonial de la persona’, sin que comprenda, excluya o descarte otra especie de daño -material e inmaterial- de alcance y contenido disímil, como tampoco pueda confundirse con ellos”.

1. PERJUICIOS MATERIALES

Se ignoró que mi mandante al contar con 28 años de edad al momento de la ocurrencia de los hechos, al afirmar y encontrarse consignado en su historia clínica que se dedicaba al comercio, al no lograr una cuantificación

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

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

Medellín Calle 6 Sur N° 43a - 96 oficina 404 ● Torre Affinity. El Poblado. PBX: (+57) 4 590 46 36

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

o razonamiento sobre el valor real percibido o el dejado de percibir deja abierta la oportunidad para que dicho calculo sea tasado de conformidad con el salario mínimo legal mensual vigente y su respectivo incremento, puesto que al no hacerse se estaría desconociendo un precedente jurisprudencial, puesto que entre otros, en el fallo proferido por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, mediante sentencia del 6 de agosto de 2009, radicación 1994-01268-01, donde se expuso que:

“Evidentemente, en aquellos casos en los que, a raíz de las peculiaridades propias que este ofrece, se carece de la prueba directa que permita establecer, sin mayores tropiezos, la respectiva remuneración pecuniaria —por ejemplo, cuando se tiene certeza de que la víctima ejercía actividades lícitas lucrativas, no en desarrollo de una relación laboral o de una contratación semejante sino de una gestión independiente—, como lo ha dicho la Corte, se tornaría inviable sostener, a rajatabla, que la víctima ‘no las hubiera realizado, o que no se causó o percibió la respectiva contraprestación’; es claro ‘que resultaría abiertamente contrario a la equidad que —por las resaltadas dificultades de tipo probatorio— se negara a los afectados la indemnización a que ciertamente tienen derecho de conformidad con las normas que regulan el tema, contenidas, principalmente, en los artículos 1613, 2341, 2343 y 2356 del Código Civil’; desde luego que ‘hay casos en que sería injusto no concretar el valor de la indemnización so pretexto de que a pesar de estar demostrada la existencia del daño, su cuantificación no ha sido posible, pues, ante esta circunstancia, el juez... ha de acceder a criterios de equidad que le impiden soslayar los derechos de las víctimas’ (...).

Igualmente, sobre dicha temática, proferido por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, mediante sentencia 20 de noviembre de 2013, radicación 2002-01011-01, la Sala señaló:

“tratándose de la indemnización de perjuicios patrimoniales, si en el proceso respectivo aparece demostrado que el afectado se desempeñaba de manera permanente como trabajador vinculado mediante contrato de trabajo, o que, con idéntica dedicación, desarrollaba una actividad económica independiente que suponía para él la obtención de un lucro, pero no figura la prueba del valor del ingreso que recibía a cambio, es dable presumir, en desarrollo de ‘los principios de reparación integral y equidad’ mencionados en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, que percibía como tal el salario mínimo legal o la cantidad de dinero que por dicha actividad o por una semejante otros reciben”.

En concreto, DE UNA VALORACIÓN ADECUADA DE LAS PRUEBAS OBRANTES EN EL PROCESO, LA APLICACIÓN DE LOS PRESUPUESTOS PROBATORIOS, FRENTE A LOS DEBERES QUE DEBIAN CUMPLIR LOS DEMANDADOS Y QUE NO CUMPLIERON, PERMITEN CONCLUIR LA EXISTENCIA Y ATRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD A LOS

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

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

Medellín Calle 6 Sur N° 43a - 96 oficina 404 ● Torre Affinity. El Poblado. PBX: (+57) 4 590 46 36

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

DEMANDADOS ASI COMO EL RECONOCIMIENTO DE LOS PERJUICIOS OCASIONADOS A MI MANDANTE CON OCASIÓN A LA RELACIÓN Y NEXO CAUSAL ENTRE EL HECHO DAÑOSO Y DICHS PERJUICIOS.

Del señor Magistrado, con distinción y respeto.

Atentamente,



CARLOS SÁNCHEZ CORTÉS.
C.C. 79.724.539 de Bogotá D.C.
T.P. 137.037 del C.S.J.

RV: PARA TRASLADO - RECURSO DE QUEJA 025-2003-00180-03 DRA GALVIS VERGARA

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Vie 21/01/2022 4:48 PM

Para: GRUPO CIVIL <grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

PARA TRASLADO

Cordial Saludo,

OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA

Secretario Sala Civil

Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá

Avenida Calle 24 N° 53-28 Torre C Oficina 305

Teléfono 423 33 90 Extensión 8349

Email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

De: Reparto Procesos Civiles Sala Civil Tribunal Superior De Bogota <rprocesosctsbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: viernes, 21 de enero de 2022 4:41 p. m.

Para: Margarita Parrado Velasquez <mparradv@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: PARA TRASLADO - RECURSO DE QUEJA 025-2003-00180-03 DRA GALVIS VERGARA

Cordial Saludo,

Me permito informarle que el presente proceso se recibió en el correo de reparto el día 20 de enero de 2021, para radicar e ingresar.

Respetuosamente dejo constancia que mi función asignada es la de registro y reparto de los procesos civiles, por cuanto a la revisión del cumplimiento de protocolo es competencia de otro empleado.

Nota: Se ingresa al despacho con fecha del 21 de enero de 2022.

La carátula como el acta se encuentran en archivo adjunto en formato PDF.

Atentamente,

Laura Victoria Zuluaga Hoyos

Oficial Mayor

De: Correspondencia - Seccional Bogota <correspondenciabta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: jueves, 20 de enero de 2022 8:08

Para: Reparto Procesos Civiles Sala Civil Tribunal Superior De Bogota <rprocesosctsbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: Remito el proceso de referencia No. 11001310302520030018000

Oficina de Apoyo para los Juzgados Civiles del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá

 [11001310302520030018000](#)

De manera respetuosa me permito remitir el proceso de referencia No. 11001310302520030018000, perteneciente al Juzgado Quinto Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá con el fin de que sea resuelto el recurso de Queja.

Cordialmente

Área de Comunicaciones

AVISO DE CONFIDENCIALIDAD: Este correo electrónico contiene información de la Rama Judicial de Colombia. Si no es el destinatario de este correo y lo recibió por error comuníquelo de inmediato, respondiendo al remitente y eliminando cualquier copia que pueda tener del mismo. Si no es el destinatario, no podrá usar su contenido, de hacerlo podría tener consecuencias legales como las contenidas en la Ley 1273 del 5 de enero de 2009 y todas las que le apliquen. Si es el destinatario, le corresponde mantener reserva en general sobre la información de este mensaje, sus documentos y/o archivos adjuntos, a no ser que exista una autorización explícita. Antes de imprimir este correo, considere si es realmente necesario hacerlo, recuerde que puede guardarlo como un archivo digital.

AVISO DE CONFIDENCIALIDAD: Este correo electrónico contiene información de la Rama Judicial de Colombia. Si no es el destinatario de este correo y lo recibió por error comuníquelo de inmediato, respondiendo al remitente y eliminando cualquier copia que pueda tener del mismo. Si no es el destinatario, no podrá usar su contenido, de hacerlo podría tener consecuencias legales como las contenidas en la Ley 1273 del 5 de enero de 2009 y todas las que le apliquen. Si es el destinatario, le corresponde mantener reserva en general sobre la información de este mensaje, sus documentos y/o archivos adjuntos, a no ser que exista una autorización explícita. Antes de imprimir este correo, considere si es realmente necesario hacerlo, recuerde que puede guardarlo como un archivo digital.

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN CIVIL – M.P. OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA

E.

S.

D.

REF.: RADICADO NO. 11001-3103-032-2020-00325-01

EJECUTANTE: CARLOS FERNANDO CASTAÑEDA BEDOYA

EJECUTADO: HB INTERNATIONAL CORP S.A.S.

ASUNTO: RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO APELACIÓN AUTO MEDIANTE EL CUAL SE DECLARA DESIERTO EL RECURSO INTERPUESTO

ALEX YESID BELALCAZAR GUERRERO identificado como aparece debajo de mi firma y actuando en mi calidad de apoderado judicial del extremo ejecutado en el proceso que hoy nos convoca, por medio del presente escrito interpongo recurso de reposición en subsidio apelación contra la decisión contenida en el auto fechado a diecisiete (17) de enero de dos mil veintidós (2022) notificado en estado del dieciocho (18) de enero de la presente anualidad, mediante el cual se declaró desierto el recurso de apelación interpuesto por mí y radicado el pasado cinco (5) de noviembre de dos mil veintiuno (2021) dentro de la oportunidad legal.

En este orden de ideas, considero fundamental mencionar que si bien es cierto que en el inciso final del artículo 322 del Código General del Proceso se determina que: *“el juez de segunda instancia declarará desierto el recurso de apelación contra una sentencia que no hubiere sido sustentado.”*, también lo es que en el escrito mediante el cual se presentó e interpuso el recurso contra la decisión de primera instancia se argumentó y se presentaron las razones de inconformidad contra la decisión recurrida. En este sentido, el precitado artículo menciona en penúltimo inciso: *“Para la sustentación del recurso será suficiente que el recurrente exprese las razones de su inconformidad con la providencia apelada”*, lo cual ocurrió en el escrito radicado ante el *a quo* el cinco (5) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

Finalmente, en virtud del principio de economía procesal el cual se definió por la Corte Constitucional en Sentencia C-037 de 1998 así:

“El principio de la economía procesal consiste, principalmente, en conseguir el mayor resultado con el mínimo de actividad de la administración de justicia. Con la aplicación de este principio, se busca la celeridad en la solución de los litigios, es decir, que se imparta pronta y cumplida justicia.”

De conformidad a la definición expuesta con anterioridad, no se encuentra razón para declarar desierto un recurso que se sustentó en debida forma en el escrito que interpuso el mismo dentro de la oportunidad legal, puesto que, en el mismo se indicaron las razones y fundamentos que sustentan las inconformidades presentadas dentro de la sentencia de primera instancia cumpliendo así con lo requerido por la Ley *ibídem*, en este sentido con la decisión adoptada se estaría vulnerando por parte del Magistrado Ponente el principio invocado con anterioridad, por tal razón, se solicita al Honorable Tribunal proceda a reponer el auto mediante el cual se declaró desierto el recurso y en su lugar se dé trámite al mismo.

En los anteriores términos,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'A. B. G.', with a horizontal line underneath.

ALEX YESID BELALCAZAR GUERRERO
C.C. 79.628.043 de Bogotá D.C.
T.P. 110.053 del C.S. de la J.

H. Magistrados
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA
Sala Civil
M. Ponente: **Dr. JOSE ALFONSO ISAZA DAVILA**
E.S.D.

Ref. **PROCESO No. 11001310303520160055501. VERBAL IPT
COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL S.A. contra PIJAO GRUPO
DE EMPRESAS CONSTRUCTORAS S.A.**

JUZGADO 35 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA

Obrando en mi condición de apoderada judicial de **IPT COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL S.A.**, parte demandante dentro del proceso de la referencia, por medio del presente escrito me permito sustentar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el A-quo, en audiencia celebrada el día 27 de agosto de 2020, todo con fundamento en lo previsto en el artículo 327 del Código General del Proceso, en los siguientes términos:

Tal como lo manifesté al interponer el mencionado recurso, son 2 los errores que se le endilgan a la respectiva sentencia, y que tienen que ver con pretensiones solicitadas y no concedidas por el juzgado.

El primero de ellos tiene que ver la indexación de las sumas a las que fue condenada a pagar la sociedad demandada y que fueron expresamente solicitadas en el libelo.

En la demanda se pidió declarar previamente la existencia de los contratos, y su incumplimiento por la sociedad demandada. Adicional a ello, que se condenara a pagar las sumas dejadas de pagar y que tenían su fuente en los negocios jurídicos celebrados entre las partes.

Veamos, en la pretensión TERCERA se dijo que, “como consecuencia de lo anterior, se condene a la sociedad demandada PIJAO GRUPO DE EMPRESAS CONSTRUCTORAS S.A., a pagar el valor de los daños y perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante) causados a I.P.T. COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL S.A., por el monto que se demuestre en el proceso con la correspondiente corrección monetaria, devaluación y utilidad estimada de capital de trabajo”

Bien sabido es que la devaluación es la pérdida o disminución del valor de la moneda con respecto a otra. Cuando nuestra moneda se devalúa o se deprecia, se produce una pérdida de su poder de compra respecto a las del extranjero, dado que se hace más costosa una unidad de moneda extranjera (como el dólar); así, cuando vemos que la tasa de cambio aumenta, nuestro peso se ha debilitado frente al dólar.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, ha sido reiterativa en señalar que es deber de juez de realizar actualización monetaria con base en el I.P.C., en consideración a la economía inflacionaria, donde el transcurso del tiempo determina la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Por supuesto, el efecto más notable de la devaluación es la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

En el presente asunto el A-quo entendió que se encontraban probados los requisitos axiológicos necesarios para que se abrieran paso a las pretensiones principales de la demanda, pero omitió reconocer la devaluación y corrección monetaria de esas cifras de dinero desde el año 2014. La corrección monetaria forma parte del daño causado al acreedor y debe ser reconocido para traer a valores presentes las cifras o signos monetarios adeudados por el deudor y que sea envilecido a causa de la desvalorización monetaria.

Evidentemente, no es lo mismo condenar a pagar las cifras de dinero que debían reconocerse y pagarse en el año 2014 sin corrección monetaria que con corrección monetaria, pues el acreedor, no tiene por qué, soportar dicha carga.

El segundo reparo tiene que ver con los intereses a los cuales fue condenada la sociedad demandada PIJAO GRUPO DE EMPRESAS CONSTRUCTORAS S.A., pues en la providencia apelada se concedieron fueron intereses civiles a una tasa del 6% anual sobre las sumas a las que fue condenada la demandada, mientras, en el libelo se solicitaron expresamente intereses de moratorios a la tasa máxima legal autorizada por la ley.

Para escudriñar este aspecto hay que tener en cuenta que entre los particulares y los negocios lícitos que están permitidos para celebrar se distinguen dos clases, así pueden celebrar negocios civiles y negocios mercantiles.

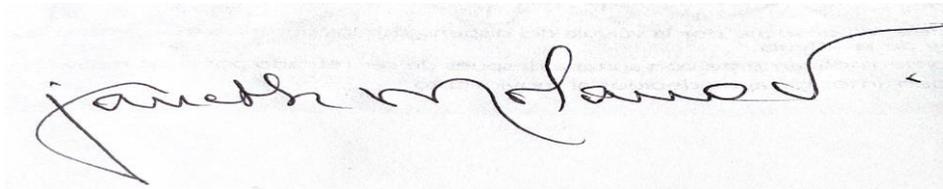
Frente a los negocios civiles ha dispuesto el Código Civil en su art 2232, que regirá la tasa de 6% anual cuando no se pacten los intereses, en tratándose de remuneratorios, esto es, al no mediar pacto expreso, no obstante, cuando exista voluntad y medie pacto entre las partes podrá aplicarse por disposición del art. 2231 ibidem hasta el exceso de la mitad al interés corriente, es decir, habilitando como máximo una tasa de 9% para los negocios civiles.

De otro lado, se encuentra la regulación de los intereses comerciales, en este tipo de negocios vale la pena precisar se pueden encontrar los ciudadanos cuando uno de ellos es comerciante o cuando la naturaleza mercantil del negocio así lo señale, en este caso los intereses al igual que en el régimen civil podrán ser, de un lado remuneratorios y de otro moratorios. En tratándose de los intereses remuneratorios y al no indicarse tasa en el negocio celebrado por los comerciantes, se entenderá que rige el Interés Bancario Corriente en el negocio y en caso de que no exista pacto frente a los intereses moratorios regirá la tasa del 150% o una y media veces el Interés Bancario Corriente.

Teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de los contratos celebrados entre las partes, que no son precisamente de obra, sino de suministro, tal como quedó demostrado dentro del plenario, esa condena debe ser sobre intereses comerciales, debido entre otras cosas, a que los contratos de suministro se encuentran tipificados dentro de nuestro estatuto comercial. Adicional a ello, tanto la sociedad demandante como demandada son empresas mercantiles, por lo que se ajustan a los lineamientos establecidos en el art 20 del C. de Co.

Por las anteriores consideraciones, le solicito a los H. Magistrados, se sirvan revocar la sentencia proferida por el Señor Juez 35 Civil del Circuito de Bogotá, en relación con la naturaleza de los intereses a que fue condenada la sociedad demandada, en el sentido de que se le condene a pagar intereses moratorios a la tasa máxima legal permitida por la ley y se reconozca la corrección monetaria desde que entró en mora.

De los H. Magistrados, con el debido respeto,

A handwritten signature in black ink on a light-colored background. The signature is cursive and appears to read 'Janeth Patricia Molano Villate'.

JANETH PATRICIA MOLANO VILLATE
C.C. No. 51.975.303 de Bogotá
T.P. No. 88.667 del C. S. de la J.

SEÑORES:

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C. – SALA CIVIL – DESPACHO 17

MAGISTRADA ADRIANA AYALA PULGARÍN

E. S. D.

REFERENCIA: EJECUTIVO POR SUMAS DE DINERO
EXPEDIENTE: 11001 3103 038 2019 00446 01
DEMANDANTE: JOSÉ FERNANDO OLIVEROS ABRAJIM
DEMANDADO: BELISARIO ACEVEDO DÍAZ
ASUNTO: SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN

GUILLERMO DÍAZ FORERO, mayor de edad y domiciliado en Bogotá D.C., identificado con cédula de ciudadanía No. 80.819.933 de Bogotá D.C., abogado en ejercicio acreditado con tarjeta profesional No. 246.158 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando como apoderado judicial de la parte demandada, respetuosamente me permito presentar SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN en contra de la sentencia proferida el día 20 de octubre de 2021 notificada por estado el día 21 de octubre de 2021; por medio de la cual se declararon no probadas las excepciones propuestas por el apoderado de la parte demandada y se ordenó seguir adelante la ejecución en el proceso de la referencia, recurso presentado el día 26 de octubre de 2021, en los siguientes términos:

1. PROCEDENCIA Y OPORTUNIDAD

El artículo 322 del Código General del Proceso, trata de oportunidad y requisitos para sustentar y agregar nuevos argumentos al recurso de apelación formulado, así:

“ARTÍCULO 322. OPORTUNIDAD Y REQUISITOS. (...) Cuando se apele una sentencia, el apelante, al momento de interponer el recurso en la audiencia, si hubiere sido proferida en ella, o dentro de los tres (3) días siguientes a su finalización o a la notificación de la que hubiere sido dictada por fuera de audiencia, deberá precisar, de manera breve, los reparos concretos que le hace a la decisión, sobre los cuales versará la sustentación que hará ante el superior.

Para la sustentación del recurso será suficiente que el recurrente exprese las razones de su inconformidad con la providencia apelada.

Si el apelante de un auto no sustenta el recurso en debida forma y de manera oportuna, el juez de primera instancia lo declarará desierto. La misma decisión adoptará cuando no se precisen los reparos a la sentencia apelada, en la forma prevista en este numeral. El juez de segunda instancia declarará desierto el recurso de apelación contra una sentencia que no hubiere sido sustentado.

(...)”

Así mismo, mediante auto de 16 de diciembre de 2021 notificado por estado el día 11 de enero de 2022, el Despacho *ad quem* señaló el término de cinco (5) días para sustentar el recurso interpuesto por este extremo; en tal sentido, el término indicado para sustentar el recurso de apelación debe contarse desde el día 12 de enero de 2022 hasta el día 18 de enero siguiente, por lo que el presente escrito se radica

dentro de la oportunidad correspondiente.

2. MOTIVOS DEL RECURSO

Invoca el Despacho *A quo* en la parte motiva de la sentencia para denegar las excepciones formuladas los siguientes argumentos a cada una de estas así:

2.1. FRENTE A LA DESESTIMACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DENOMINADA INEXISTENCIA DEL NEGOCIO JURÍDICO QUE DIO ORIGEN A LA FACTURA NO. MIS-18022 Y COBRO DE LO NO DEBIDO.

Advierte el Despacho *A quo* que le asistía a la parte ejecutada la carga de probar que en efecto no le fueron prestados los servicios descritos en el título valor objeto de cobro, pues no basta únicamente con aducir que nunca los recibió, más aún cuando la parte demandante allegó un título valor factura.

Lo primero a denotar al Despacho *A quem* respecto a la decisión adoptada es, que si se observa con detenimiento la factura No. MIS-18022 del 27 de julio de 2018, que es objeto en este proceso, se logra determinar que la sociedad MULTIMEDIOS.CO prestó servicios de gestión de sistemas de información **empresarial** para el desarrollo y **soporte de aplicaciones de laboratorio** al señor BELISARIO ACEVEDO DÍAZ como persona natural, situación que **no obedece a la realidad, puesto que si bien el señor ACEVEDO DÍAZ es el representante legal de la sociedad ASINAL S.A.S., él no adquiere servicios a título personal para ser desarrollados en la sociedad que representa.**

Así mismo, se precisa que el demandante JOSÉ FERNANDO OLIVEROS ABRAJIM, presentó para su cobro ejecutivo la factura No. MIS-18022 del 27 de julio de 2018, título que, aun cuando se menciona en la demanda que se realizó un endoso en propiedad por la sociedad MULTIMEDIOS.CO a él y, que, de conformidad con el interrogatorio surtido en la primera instancia de este proceso, se logró demostrar que éste se efectuó en el mes de septiembre de 2018 (min. 15:47 audiencia inicial), por lo que se concluyó que fue posterior a la fecha de exigibilidad de la obligación y en tal sentido, se pudo establecer que tal endoso produce efectos de cesión ordinaria a la parte accionante, conllevando a que se pudiera proponer la excepción que aquí se trata.

Establecido lo precedente, es necesario traer a colación lo manifestado por la Corte Suprema de Justicia¹, respecto a la existencia de un negocio causal o subyacente en el cobro de títulos valores, de la siguiente manera:

“Es apenas lógico entender por qué no puede predicarse absolutamente la literalidad entre quienes han sido partícipes del negocio causal o subyacente, determinante de la creación o la emisión del título valor, ya que en este caso no estaría en juego la seguridad en el tráfico jurídico, prevista como razón fundamental para su consagración legal. Por idéntico motivo, el alcance de la presunción legal que

¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 20-02-2003, M. P.: José Fernando Ramírez Gómez. Expediente No. 1100102030002003-00074-01

ostenta este principio respecto de terceros, en el sentido de considerar que la existencia y magnitud del derecho se condiciona y mide por el contenido del documento mismo, cede ante la prueba que acredite el conocimiento de los mismos en torno a la situación subyacente, constitutiva de excepción personal frente a él.”

En tal sentido, se indica que entre la sociedad MULTIMEDIOS.CO y el señor BELISARIO ACEVEDO DÍAZ como persona natural no existió ningún tipo de relación contractual, en la cual, el aquí demandado adquiriera la prestación de algún tipo de servicios ofrecido por la compañía cesionaria, al respecto se aportaron y establecieron como pruebas las siguientes:

1. Interrogatorio de parte – BELISARIO ACEVEDO.
2. Testimonio OSCAR ORLANDO PÉREZ VÉLEZ.
3. Respuesta DIRECCIÓN IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN.
4. Copias simples proceso ejecutivo singular JUZGADO TRECE (13) CIVIL DEL CIRCUITO 2019-00662.

Es igualmente procedente precisar en este punto que, aun cuando para el *A quo* no resultaran suficientes las pruebas aportadas, la Corte Constitucional² se ha manifestado respecto de la carga de la prueba frente a las afirmaciones o negaciones indefinidas, precisando lo siguiente:

“(…)

Las reglas generales de la carga de la prueba admiten excepciones si se trata de hechos indefinidos o si el hecho objeto de prueba está respaldado por presunciones legales o de derecho.

En el primer evento, se trata de aquellos hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido - bien sea positivo o negativo - radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ello no sucede cuando se trata de negaciones que implican una o varias afirmaciones contrarias, de cuya probanza no está eximida la parte que las aduce. A este respecto establece el inciso 2 del artículo 177 del C.P.C.: "Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba".

(…)” (Resaltado fuera de texto).

De lo anterior, es propio interpretar que no debe abusarse de la norma procesal y permitir que cualquier negativa exonere el deber de probar, para ello es necesario que opere el criterio de la indefinición. Por ende, para el doctrinante Hernando Devís Echandía “*el carácter indefinido de la negación o la afirmación no requiere que las circunstancias de tiempo y espacio, o una de éstas, sean absolutamente ilimitadas; por el contrario, para estos efectos es igual que implique no haber ocurrido nunca o haber ocurrido siempre o que se refiera a todos los instantes de un espacio de tiempo más o menos largo (como la vida de una persona) o relativamente corto (como un año) si envuelve una situación o actividad u omisión permanente, que en la práctica no es general susceptible de prueba por ningún medio, por lo cual se*

² Corte Constitucional. Sentencia C-070 del 25 de febrero de 1993 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

*exime de ella a quien la alega*³

En consecuencia, en el caso concreto, la excepción del negocio causal, está encaminada a prosperar, teniendo en cuenta que el tenedor legítimo obtuvo el título mediante endoso posterior al vencimiento y por ende, este produce efectos de cesión ordinaria, esto consecencialmente trae consigo, que se puedan formular las excepciones que se hubieren podido formular contra el librador del título valor, tal como se señaló con anterioridad; razón por la cual, este extremo puede protestar el negocio causal, como si con el demandante se hubiese contratado⁴; así mismo deberán ser estudiadas las pruebas aportadas al proceso que acreditan lo informado; y en caso de no considerarse suficientes, se deberá entender que los servicios descritos en el título valor objeto de cobro no se prestaron; puesto que, se trata de una negación indefinida en el entendido que, por su carácter fáctico no necesariamente ilimitado, pero sí duradero de varios años (6 años aproximadamente) y que envuelve una omisión permanente, tal como lo describe la Corte Constitucional y la doctrina, su imposibilidad / dificultad probatoria genera una excepción a la regla general de la carga de la prueba y por tanto, debe eximirse a la parte demandada la carga de probar.

En consecuencia, es válido indicar que, erró el *A quo* en desestimar la excepción propuesta de la inexistencia del negocio jurídico y cobro de lo no debido bajo el argumento de señalar que le asistía a la parte ejecutada la carga de probarlo y no lo hizo. Por el contrario, es la parte ejecutante quién está llamado en nuestro ordenamiento jurídico, **a probar la prestación de los servicios descritos en la factura de venta No. MIS-18022 al señor BELISARIO DÍAZ ACEVEDO como persona natural como lo podrían ser las fechas y alcance de prestación del servicio que él haya solicitado directamente, órdenes de compra y/o actas de entrega firmadas por el señor BELISARIO DÍAZ ACEVEDO o inclusive entregables dirigidos a este.**

- **DE LA PROCEDENCIA DE PRESENTAR EXCEPCIONES A LA ACCIÓN CAMBIARIA EN EL ESCRITO DE CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Advierte el *A quo* que la excepción denominada “INEXISTENCIA Y FALTA DE CLARIDAD DEL TÍTULO”⁵ es improcedente bajo el argumento de señalar que estas solo son susceptibles de presentarse vía recurso de reposición en atención a lo dispuesto en el artículo 430 del Código General del Proceso.

En primer lugar, es menester informarle al *A-quem*, es que la excepción propuesta por este extremo se denominó “**INEXIGIBILIDAD Y FALTA DE CLARIDAD DEL TÍTULO**” puesto que es más que evidente que el título existe; lo que se plasmó en la excepción en cuestión es que el mismo, no es exigible dado que, la sociedad MULTIMEDIOS.CO S.A.S. está generando el cobro al demandado a través de la factura de venta por montos y valores que no son claros y principalmente sin que

³ Devís Echandía Hernando. *Compendio Derecho Procesal. Pruebas Judiciales. Tomo II.* (Bogotá:Editorial Temis, 2012).

⁴ Código de comercio. Artículo 660. Fecha del endoso y endoso posterior al vencimiento. Cuando en el endoso se omita la fecha, se presumirá que el título fue endosado el día que el endosante hizo la entrega del mismo al endosatario. El endoso posterior al vencimiento del título, producirá los efectos de una cesión ordinaria.

⁵ En el escrito de contestación de la demanda, se denominó la excepción como “INEXIGIBILIDAD Y FALTA DE CLARIDAD DEL TÍTULO” que difiere de forma sustancial al referido por el Despacho en su sentencia.

exista un nexo causal o negocio subyacente que respalde dicho título.

Frente a lo indicado, basta citar el artículo que señala el *A quo*, en donde se advierte que los **requisitos formales del “título ejecutivo”** deben ser formulados vía recurso de reposición, sin que se señale que tal disposición es aplicable a los títulos valores, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 430. MANDAMIENTO EJECUTIVO. Presentada la demanda acompañada de documento que preste mérito ejecutivo, el juez librará mandamiento ordenando al demandado que cumpla la obligación en la forma pedida, si fuere procedente, o en la que aquel considere legal.

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 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 auto que ordene seguir adelante la ejecución, según fuere el caso.

Cuando como consecuencia del recurso de reposición el juez revoque el mandamiento de pago por **ausencia de los requisitos del título ejecutivo**, el demandante, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del auto, podrá presentar demanda ante el juez para que se adelante proceso declarativo dentro del mismo expediente, sin que haya lugar a nuevo reparto. El juez se pronunciará sobre la demanda declarativa y, si la admite, ordenará notificar por estado a quien ya estuviese vinculado en el proceso ejecutivo.

(...)”

Del aparte en cita tenemos que, se hace remisión expresa y taxativa a los **títulos ejecutivos** por lo que la **omisión de requisitos de los títulos valores pueden ser propuestos como excepciones en el escrito de contestación de demanda**, postura respaldada por el TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL en reiterada jurisprudencia de esta Corporación.

Igualmente, frente a la decisión adoptada por el *A quo*, es preciso advertir que el artículo 784 numeral 4 del Código de Comercio señala de forma expresa la excepción contra la acción cambiaria fundada en la omisión de los requisitos que el título deba contener, las cuales según el estatuto procesal⁶ se presentan en el escrito de contestación de la demanda, razón por la cual no pueden ser descartadas por “*improcedentes*” como lo advierte el *A quo* de forma errada.

En relación con lo anterior, se estima conveniente recordar que según lo expuesto por la Corte Constitucional⁷, “*conforme al criterio unánime de la doctrina jurídica, las normas especiales prevalecen sobre las normas generales*”; siendo en el caso concreto el artículo 784 del Código de Comercio mucho más particular y especial que el artículo 430 del Código General del Proceso que trata del mandamiento ejecutivo, pues el objeto de cobro es la factura No. MIS-18022, persiguiéndose así el cumplimiento de un título valor a través de la acción cambiaria que se incluye en

⁶ Código General del Proceso. Artículo 96. Contestación de la demanda. La contestación de la demanda contendrá: (...) 3. Las excepciones de mérito que se quieran proponer contra las pretensiones del demandante, con expresión de su fundamento fáctico, el juramento estimatorio y la alegación del derecho de retención, si fuere el caso. (...)

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-576 del 08 de junio de 2004 M. P. Jaime Araújo Rentería.

la generalidad del proceso ejecutivo.

2.2. DE LA INDEBIDA VALORACIÓN PROBATORIA

2.2.1. INTERROGATORIO DE PARTE – BELISARIO ACEVEDO DIAZ

También, resalta el *A quo* que, a las preguntas formuladas en audiencia inicial con fecha del 20 de mayo de 2021, el ejecutado respondió de manera evasiva y renuente; puesto que, afirmó de manera repetitiva y constante que no tenía nada que decir en este proceso y lo haría en otro. Por lo tanto, decide el *A quo* aplicar las consecuencias de que trata el inciso segundo del artículo 205 del Código General del Proceso, esto es, la presunción de tener por ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión, cuando el interrogado se niega a responder al *A quo* los hechos que conoce como parte ejecutada.

La postura adoptada por el *A quo* carece de sustento, toda vez que el interrogatorio de parte realizado al demandado BELISARIO ACEVEDO DÍAZ duró más sesenta (60) minutos, por lo que, no es viable argumentar la evasiva y renuencia a responder de la parte ejecutada en este proceso. También, es de relevo aclarar que, cuando la parte ejecutada se refería al “*otro proceso*”, expresión que realiza al inicio del interrogatorio, lo hacía en referencia del proceso en contra de la sociedad comercial legalmente constituida que él representa [ASINAL S.A.S.] y argumentaba que el título valor objeto de cobro en el proceso de la referencia en ningún momento podía ejecutarse en su contra como persona natural, si no a lo sumo como persona jurídica si se llegase a acreditar en ese proceso iniciado por el mismo demandante y bajo la misma figura del endoso de títulos valores facturas en contra de la sociedad comercial que el aquí demandado representa. Una vez saldado este tema, se evidencia que el señor BELISARIO DÍAZ ACEVEDO procede a responder con claridad cada una de las preguntas formuladas por el *A quo* y por la abogada apoderada de la parte ejecutante y se reitera, con una duración mayor a sesenta (60) minutos. En consecuencia, carece de todo soporte fáctico y legal la aplicación por parte del *A quo* del inciso 2 del artículo 205 del Código General del Proceso que trata de la confesión presunta.

Aunado a lo anterior, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL660 del 06 de marzo de 2019 M. P. Martín Emilio Beltrán Quintero, frente al caso en concreto señaló lo siguiente:

*“El Tribunal no incurrió en equivocación alguna al no darle efecto a la aludida confesión ficta, al considerar que en el curso de la audiencia realizada el 28 de enero de 2009, **el juzgador de primer grado declaró la confesión ficta de los hechos susceptibles de confesión –sin especificar exactamente cuáles- lo que equivale a una aseveración genérica de los hechos del libelo de mandatorio**”.*

(...)

*frente a la forma como la parte actora narró dichos hechos, indiscutiblemente debía singularizarse o especificarse que aspecto eran materia de confesión ficta, pero como no lo hizo el a quo, **es claro entonces que no se equivocó el Tribunal al concluir que la misma no tenía validez alguna. en tanto se había hecho de «forma genérica»**”*

Del aparte en cita, es posible concluir que los efectos señalados por el *A quo* de aplicar la consecuencia del inciso segundo del artículo 205 del Código General del Proceso, carece de sustento en tanto no se avizoran en la parte motiva de la sentencia los hechos que son susceptibles de confesión en el presente proceso ejecutivo y a los cuales el *A quo* aplicó las consecuencias del artículo 205 del Código General del Proceso.

2.2.2. TESTIMONIO ÓSCAR ORLANDO PÉREZ VÉLEZ – REPRESENTANTE LEGAL MULTIMEDIOS.CO S.A.S.

Señala el *A quo* en la valoración del testimonio del señor Pérez lo siguiente: “es claro que sí se le prestaron los servicios, y la factura si se sustenta en un negocio causal (...)”, **Tal afirmación resulta a todas luces asombrosa, toda vez que en el testimonio rendido por el representante legal [Óscar Orlando Pérez Vélez] de la sociedad creadora del título valor objeto del presente litigio señaló haber prestado servicios personales a Belisario Acevedo desde el año 2010, frente a lo cual este extremo procesal preguntó cómo era posible que una sociedad constituida en el año 2018 podía prestar estos servicios si era inexistente para la fecha de prestación de los mismos, a lo cual este respondió que él creía que eso era posible, aunado a que a lo largo del relato el señor Pérez siempre manifestó la prestación de servicios asociados al objeto social del laboratorio Asinal S.A.S. representada por el señor Belisario Acevedo más no se señaló de forma concreta los servicios prestados a Belisario Acevedo directamente.**

Llama la atención que en la valoración del testimonio realizada por el *A quo* al representante legal de la sociedad creadora del título valor, se omitan aspectos sustanciales como la capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones de las personas jurídicas⁸ en este caso las Sociedades por Acciones Simplificadas las cuales están regidas por la Ley 1258 de 2008, toda vez que, durante el periodo que el señor Pérez afirma haber prestado sus servicios, MULTIMEDIOS CO S.A.S. jurídicamente no estaba formada como una persona jurídica⁹ tal y como se extrae del certificado de existencia y representación legal de la precitada sociedad en donde se evidencia que esta fue inscrita¹⁰ ante la Cámara de Comercio de Bogotá el día 05 de febrero de 2018, en tal sentido afirmar que, los servicios prestados durante el periodo señalado en el testimonio configura un desconocimiento total de la legislación comercial puntualmente lo que corresponde a capacidad legal de las personas jurídicas.

⁸ Código Civil Colombiano, Artículo 633. Definición de Persona Jurídica. Se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y ser representada judicial y extrajudicialmente.

⁹ Ley 1258 de 2008, Artículo 2º. Personalidad Jurídica. La sociedad por acciones simplificada, una vez inscrita en el Registro Mercantil, formará una persona jurídica distinta de sus accionistas.

¹⁰ Ley 1258 de 2008, Artículo 5º. Contenido del Documento de Constitución. La sociedad por acciones simplificada se creará mediante contrato o acto unilateral que conste en documento privado, inscrito en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio del lugar en que la sociedad establezca su domicilio principal, en el cual se expresará cuando menos lo siguiente: (...)

2.3. PRUEBAS DOCUMENTALES

2.3.1. RESPUESTA DIRECCIÓN IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN

Frente a la respuesta suministrada por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), concluye el Despacho que no da luces sobre el tema de prueba, toda vez que la “*declaración de renta del período 2018*” no establece las transacciones realizadas por la sociedad MULTIMEDIOS.CO S.A.S., sino el consolidado, dado que dicha información se encuentra en la contabilidad del contribuyente, la cual no obra en el plenario.

Entorno a esta afirmación, resulta necesario primero aclarar que el día 21 de septiembre de 2021, la DIAN allegó la declaración del impuesto sobre las ventas – IVA de la empresa MULTIMEDIOS.CO S.A.S. para el período 6, y no la declaración de renta del período 2018, como lo menciona el Despacho en la sentencia de fecha 20 de octubre de 2021.

Ahora bien, en la mencionada respuesta la DIAN expresa que, “*atendiendo a la fecha de la factura se envían al correo institucional las declaraciones por concepto de venta año gravable 2018 períodos 5 y 6*”, sin embargo, esta entidad solo remitió en anexo la declaración por concepto de venta de año gravable 2018 para el período 6, por lo que, el 01 de octubre de 2021 se radicó memorial comunicando la inconsistencia al *A quo*.

Al respecto es importante señalar que, aunque en diferentes oportunidades se le requirió al *A quo* y a la DIAN la información relacionada con las declaraciones fiscales de la sociedad MULTIMEDIOS.CO S.A.S. para el año 2018, nunca se obtuvo respuesta completa a la solicitud.

Así mismo, es preciso señalar al *A-quem* la importancia de esta prueba oportunamente solicitada, puesto que es de total relevancia para establecer el negocio jurídico entre las partes; en el entendido que, en la factura en cuestión se están cobrando unos servicios por un valor de TRESCIENTOS CUARENTA Y CINCO MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS PESOS M/CTE. (\$345.683.695.00), donde CINCUENTA Y CINCO MILLONES CIENTO NOVENTA Y TRES MIL CIENTO NOVENTA Y CINCO PESOS M/CTE. (\$55.193.195.00) corresponden al Impuesto sobre las Ventas – IVA, valores que se debieron reportar a la DIAN para dar cabal cumplimiento a la norma en el régimen fiscal y que, y con este reporte inferir la existencia o no de un negocio subyacente en donde la sociedad MULTIMEDIOS.CO S.A.S. se obligara fiscalmente a reportar la “*venta y/o servicios realizados*” que señala haber prestado al demandado como persona natural.

2.3.2. COPIAS SIMPLES PROCESO EJECUTIVO SINGULAR JUZ 13 CIVIL CIRCUITO 2019-00662 ADELANTADO POR JOSÉ FERNANDO OLIVEROS ABRAJIM EN CONTRA DE ASINAL S.A.S.

El *A quo* en el análisis y valoración probatoria, que realiza a la copia del proceso ejecutivo singular que cursa en el Juzgado 13 Civil Circuito de Bogotá bajo el

radicado 2019-00662 iniciado por **JOSÉ FERNANDO OLIVEROS ABRAJIM** en contra de **ASINAL S.A.S.** [sociedad representada por BELISARIO ACEVEDO], contraviene abiertamente el alcance probatorio de los documentos aportados, toda vez que, divide las pruebas entregadas en ese proceso pretendiendo hacerlas valer como documentos aportados de forma independiente al presente asunto, aspecto que distorsiona el valor y alcance de estos, lo cual está expresamente prohibido por el artículo 250¹¹ del Código General del Proceso.

Ahora bien, en gracia de discusión, el *A quo* da un alcance probatorio al intercambio de correos electrónicos sobre los servicios facturados remitidos por el señor BELISARIO ACEVEDO DÍAZ y su hija KATHERINE ACEVEDO (quién trabajaba en ASINAL S.A.S.) aportados en el proceso que se adelanta en contra de ASINAL S.A.S., pues según su criterio, en ningún momento se aclara en el cuerpo de los mensajes la calidad en la que actúan; aun cuando los correos cuentan con una antefirma en la que se refiere a **ASINAL S.A.S.**

No entiende el extremo ejecutado el razonamiento lógico del *A quo* en este asunto y la razones por la cuales habiendo prueba que dichas misivas se remitían a nombre de ASINAL S.A.S. y se aportaron como pruebas en el proceso ejecutivo que cursa en contra de la precitada sociedad y que contienen antefirma de esta, el *A quo* de manera discrecional y sin motivación infiere que no es posible evidenciar la calidad en que el señor BELISARIO ACEVEDO y su hija remitían tales correos. Si bien los mensajes cuentan con una antefirma automática de ASINAL S.A.S., no le resta legitimidad debido a que su generación en un primer lugar no es accidental, pues su inclusión en el correo obedece a una causa y no es otra que revelar la calidad en la que se envían los mismos actuando en representación de la persona jurídica y no en sus nombres como personas naturales. Además, es necesario señalar que el cuerpo de los correos contiene información sobre presuntos servicios prestados únicamente a la sociedad ASINAL S.A.S. y no a título personal al señor BELISARIO ACEVEDO DÍAZ puesto que siempre hacen referencia a temas de laboratorio.

Además, no es viable restarle capacidad demostrativa a los documentos como una propuesta económica de MULTIMEDIOS LTDA. dirigida a ASINAL S.A.S. porque sea anterior a las fechas de facturación, teniendo en cuenta que en el tránsito normal de los negocios primero ocurre la propuesta económica y luego la facturación. Con todo lo expuesto, se hace notorio que las pruebas documentales poseen capacidad demostrativa para evidenciar que los servicios que se tomaron a nombre de la sociedad legalmente constituida ASINAL S.A.S. y representada por el señor BELISARIO ACEVEDO DÍAZ y no a favor de forma directa y personal a este último.

3. DE LA FACULTAD OFICIOSA DEL TRIBUNAL PARA REQUERIR A LA DIAN CON FINES PROBATORIOS

Aun cuando dentro del trámite de primera instancia se pueda establecer que el *A quo* adelantó la práctica de la prueba solicitada por el extremo ejecutado, la DIAN

¹¹ Código General del Proceso. Artículo 250. Indivisibilidad y Alcance Probatorio del Documento. La prueba que resulte de los documentos públicos y privados es indivisible y comprende aun lo meramente enunciativo, siempre que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato.

como entidad requerida para aportar dicha información e inferir de esta la inexistencia del negocio causal, no remitió la información en los terminos solicitados por el *A quo*, circunstancia que, fue señalada al Despacho oportunamente en múltiples oportunidades por el extremo ejecutado tal y como se evidencia en el expediente, para que esta prueba fuese valorada correctamente; en consecuencia y teniendo en cuenta que no se reúnen los requisitos establecidos en el Art. 327 del C.G.P. para solicitar pruebas solicito al A quem hacer uso de su facultad oficiosa requerir a la DIAN a efectos de que aporte la declaración por concepto de impuesto sobre las ventas de año gravable 2018 específicamente los períodos 4 y 5 y la declaración de renta del mismo año gravable en donde se generó el documento base de ejecución, toda vez que la factura No. MIS-18022 objeto de cobro tiene fecha de 27 de julio de 2018 y dichas pruebas se hacen indispensables para dirimir si efectivamente la empresa MULTIMEDIOS.CO S.A.S. declaró los ingresos por los servicios que dice haber prestado para esa época tanto para ASINAL S.A.S. como para BELISARIO ACEVEDO DÍAZ como persona natural, por cuanto las facturas emitidas por esta empresa datan del mismo mes y año. Además, es preciso advertir que esta prueba fue decretada en primera instancia, y su recaudo no se realizó en debida forma.

Aunado a ello, de no estar reportado el ingreso en la declaración por concepto de impuesto sobre las ventas (IVA) en los periodos señalados por la Dirección de impuestos y aduanas Nacionales (4, 5 y 6) para el periodo gravable 2018 en cualquiera de los períodos antes referenciados, **estaría plenamente demostrada la simulación del negocio subyacente en el documento base de ejecución, incurriendo adicionalmente el representante legal de la sociedad emisora del título valor en el tipo penal que trata sobre la omisión de agente retenedor reglado en el artículo 402¹² del Código Penal.**

4. SOLICITUD

En virtud de lo expuesto, solicito al Despacho de forma respetuosa:

- Revocar la sentencia de fecha 20 de octubre de 2021, por medio de la cual se declararon no probadas las excepciones propuestas por el apoderado de la parte demandada.
- En consecuencia, declarar probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

Atentamente,


GUILLERMO DIAZ FORERO
C. C. No. 80.819.933 de Bogotá.
T. P. No. 246.158 del C. S de la J.

¹² Código Penal. Artículo 402. Omisión del Agente Retenedor o Recaudador. <Artículo modificado por el artículo 339 de la Ley 1819 de 2016. El nuevo texto es el siguiente:> (...)

El agente retenedor o el responsable del impuesto sobre las ventas o el impuesto nacional al consumo que omita la obligación de cobrar y recaudar estos impuestos, estando obligado a ello, incurrirá en la misma pena prevista en este artículo. Tratándose de sociedades u otras entidades, quedan sometidas a esas mismas sanciones las personas naturales encargadas en cada entidad del cumplimiento de dichas obligaciones.

(...)"

PARA TRASLADO - RECURSO DE QUEJA 040-2001-00441-09 DRA AYALA PULGARIN

Reparto Procesos Civiles Sala Civil Tribunal Superior De Bogota

<rprocesosctsbtta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Vie 21/01/2022 5:15 PM

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota <secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Margarita Parrado Velasquez <mparradv@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cordial Saludo,

Me permito informarle que el presente proceso se recibió en el correo de reparto el día 20 de enero de 2021, para radicar e ingresar.

Respetuosamente dejo constancia que mi función asignada es la de registro y reparto de los procesos civiles, por cuanto a la revisión del cumplimiento de protocolo es competencia de otro empleado.

Nota: Se ingresa al despacho con fecha del 21 de enero de 2022.

La carátula como el acta se encuentran en archivo adjunto en formato PDF.

Atentamente,

Laura Victoria Zuluaga Hoyos

Oficial Mayor

De: Correspondencia - Seccional Bogota <correspondenciabta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: jueves, 20 de enero de 2022 8:15

Para: Reparto Procesos Civiles Sala Civil Tribunal Superior De Bogota

<rprocesosctsbtta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: Remito el proceso de referencia No. 11001310304020010041100,

Oficina de Apoyo para los Juzgados Civiles del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá

 [11001310304020010041100](#)

De manera respetuosa me permito remitir el proceso de referencia No. 11001310304020010041100, perteneciente al Juzgado Primero Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá con el fin de que sea resuelto el recurso de Queja.

Cordialmente

Área de Comunicaciones

AVISO DE CONFIDENCIALIDAD: Este correo electrónico contiene información de la Rama Judicial de Colombia. Si no es el destinatario de este correo y lo recibió por error comuníquelo de inmediato, respondiendo al remitente y eliminando cualquier copia que pueda tener del mismo. Si no es el destinatario, no podrá usar su contenido, de hacerlo podría tener consecuencias legales como las contenidas en la Ley 1273 del 5 de enero de 2009 y todas las que le apliquen. Si es el destinatario, le corresponde mantener reserva en general sobre la información de este mensaje, sus documentos y/o archivos adjuntos, a no ser que exista una autorización explícita. Antes de imprimir este correo, considere si es realmente necesario hacerlo, recuerde que puede guardarlo como un archivo digital.

AVISO DE CONFIDENCIALIDAD: Este correo electrónico contiene información de la Rama Judicial de Colombia. Si no es el destinatario de este correo y lo recibió por error comuníquelo de inmediato, respondiendo al remitente y eliminando cualquier copia que pueda tener del mismo. Si no es el destinatario, no podrá usar su contenido, de hacerlo podría tener consecuencias legales como las contenidas en la Ley 1273 del 5 de enero de 2009 y todas las que le apliquen. Si es el destinatario, le corresponde mantener reserva en general sobre la información de este mensaje, sus documentos y/o archivos adjuntos, a no ser que exista una autorización explícita. Antes de imprimir este correo, considere si es realmente necesario hacerlo, recuerde que puede guardarlo como un archivo digital.