

HONORABLE
 TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL
 E. S. D.

MAGISTRADO PONENTE: BERNARDO LOPEZ

REF. RECURSO DE SUPLICA

PROCESO: DECLARATIVO - VERBAL
 DEMANDANTE: CARLOS ARTURO NIETO MONTAÑO Y OTRO
 DEMANDADO: AMARILO S.A.S.
 PROCESO N° 11001319900120202444401

LILIANA RAQUEL LEMOS LUENGAS, en calidad de apoderada judicial de la parte actora en el proceso de la referencia, respetuosamente dentro de la oportunidad legal conducida, interpongo el **RECURSO DE SUPLICA** en contra del Auto que declara desierto el Recurso de Apelación interpuesto por esta parte ante su despacho aduciendo la falta de sustentación del mismo, lo anterior de conformidad con el artículo 331 del Código general del proceso que cita:

“El recurso de súplica procede contra los autos que por su naturaleza serían apelables, dictados por el Magistrado sustanciador en el curso de la segunda o única instancia, o durante el trámite de la apelación de un auto...”

Motivos de inconformidad:

Su Honorable despacho decide declarar desierto el recurso impetrado por esta apoderada, mediante Auto de fecha 13 de enero de 2022, aduciendo que el mismo no fue sustentado en término.

Al respecto manifiesto que el día en que se desarrollo la audiencia inicial se interpuso el recurso de apelación de forma oral contra la sentencia expedida por el Super Intendente de Industria y Comercio manifestando de forma concreta y sucinta los motivos de inconformidad ante la decisión contraria a las pretensiones de la demanda, en ese mismo sentido el 15 de junio de 2021 se radicó ante el juez de primera instancia la sustentación del Recurso de Apelación la cual obra en el expediente administrativo, argumentando de manera extensa y fundamentada los motivos por los cuales se impetró el recurso de alzada.

En el acápite primero de este documento señalo lo siguiente:

...

Motivos de inconformidad

Adicional a lo manifestado en la audiencia celebrada el 09 de junio de 2021, referente a la sustentación del RECURSO DE APELACION, es necesario resaltar lo siguiente:

...

(Se anexa documento completo)

Lo anterior hace referencia a que el documento aportado es la sustentación del Recurso de Apelación que es obligatoria para acceder a la segunda instancia, carga que fue cumplida por esta apoderada.

Ahora bien, le solicito a su señoría se tenga en cuenta la sustentación realizada y que obra en el expediente administrativo a fin de respetar el acceso a la segunda instancia teniendo en cuenta el **Principio de Economía Procesal**. De igual forma en el escrito radicado referente a la sustentación del Recurso de Apelación, se esbozó todos los argumentos de inconformidad por tanto no existen argumentos adicionales que se deban resaltar, pues seria repetir la misma actuación ante el honorable magistrado, lo que conlleva a congestionar aún más el despacho judicial.

La interpretación que se dio al Decreto 806 de 2020, es el deber de sustentación del Recurso de Apelación que aun cuando se radicó ante el Juez de Primera instancia, los argumentos van encaminados al estudio que su señoría como juez de segunda instancia deba hacer al respecto, ahora bien en caso de que no se haya sustentado con anterioridad se harán uso de los 5 días que el Código señala para llenar este requisito y continuar con el trámite deseado, pues volver a sustentar lo que ya se argumentó es situar al magistrado en una doble carga.

Según sentencia C – 037 1998 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.

Por otra parte, en cuanto a la oportunidad y requisitos para entablar el recurso de Apelación el artículo 322 señala lo siguiente:

“Artículo 322. Oportunidad y requisitos. El recurso de apelación se propondrá de acuerdo con las siguientes reglas:

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.***

Ahora bien, mediante la sentencia de tutela STL3467-2018, la Sala de Casación Laboral SEÑALO LA SIGUIENTE REGLA

“si el recurrente sustenta el recurso de apelación, previo a la audiencia a que alude el citado artículo 327, al momento de interponerlo o dentro de los tres días siguientes a la notificación de la providencia, expresando con suficiencia «las razones de su inconformidad con la providencia apelada» que es lo que, según el artículo 322 ejusdem, señala, no habría lugar a exigirle a la parte una doble sustentación, es decir, que adicional a la presentada ante el a-quo, realice otra ante el superior”.

En otras palabras, la Sala de Casación Laboral indicó que la inasistencia del apelante a la audiencia de sustentación y fallo no conlleva la declaratoria de desierto del recurso. En su criterio, atendiendo al principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas y a la garantía de los derechos de defensa y contradicción y de acceso a la administración de justicia, debe emitirse un pronunciamiento de fondo en relación con los reparos del recurrente, siempre que los haya fundamentado ante el a-quo. Habiendo expuesto lo anterior, indicó que, a partir de ese momento:

“se advierte el cambio jurisprudencial en punto a que interpuesto el recurso de apelación y sustentado en debida forma ante el a quo, el juez de alzada debe tramitarlo, así el interesado no asista a la audiencia de sustentación por él programada, pues con ello se garantiza no solo el debido proceso y el acceso a la administración de justicia, sino a un proceso justo, y recto;

Esta nueva línea interpretativa de la Sala de Casación Laboral ha sido reiterada en decisiones posteriores. Por vía de ejemplo, en la sentencia de tutela STL9497-2019 estudió el recurso de amparo entablado en contra el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira -Sala Civil Familia-.

El tutelante presentó una acción popular contra Bancolombia S.A. y, proferido el fallo de primera instancia, presentó apelación escrita ante el a-quo, la cual fue declarada desierta por el Tribunal accionado con fundamento en la inasistencia del recurrente a la diligencia programada para la

respectiva sustentación. Por consiguiente, el ciudadano invocó el amparo de su derecho al debido proceso y solicitó al juez constitucional ordenar a la autoridad demandada aplicar el precedente de la Sala de Casación Laboral y tramitar el recurso de alzada.

Al estudiar el asunto, la Sala de Casación Civil negó el amparo pretendido, pues, según su jurisprudencia, el apelante debe formular los reparos concretos ante el *a-quo* y, además, sustentar el recurso ante el *ad-quem*. En contraste, la Sala de Casación Laboral estimó que el accionado había vulnerado el derecho al debido proceso del actor, por cuanto, de acuerdo con su propio precedente:

“si el recurso de apelación se sustentó en debida forma ante el a quo, el juez de alzada debe tramitarlo, es decir, que la inasistencia del recurrente a la audiencia de «sustentación y fallo de segunda instancia», no es óbice [sic] para declarar desierto el mecanismo ordinario precitado, si efectivamente ante el juez de primer grado se alegaron y fundamentaron las razones de inconformidad con la providencia apelada”.

Por lo anterior, dejó sin efectos la decisión en la cual se declaró desierta la apelación y ordenó al Tribunal Superior de Pereira -Sala Civil Familia- estudiar el recurso.

En Sentencia 418 de 2019 expedida por la Honorable Corte Constitucional, dicha corporación señala la correcta interpretación que se le debe dar a los artículos 322 y 327 del C.G.P. y es la siguiente:

“El apelante debe indicar, en la interposición del recurso de apelación, los reparos que tiene frente a la sentencia. Sobre estos reparos versará la sustentación del recurso ante el juez de segunda instancia.

Remitido el expediente al superior y admitida la apelación, el juez convocará a la audiencia de sustentación y fallo. El apelante deberá comparecer a la audiencia y sustentar el recurso, y, de no hacerlo, el mismo será declarado desierto.

En conclusión, la Corte Constitucional pretende terminar las distintas interpretaciones en torno a los artículos 322 y 327 al dejar claro que el recurso de apelación debe sustentarse en la audiencia que para tal efecto convoque el juez de segunda instancia y que, si no se sustenta, la consecuencia será la declaratoria de desierto.”

Lo anterior es eminentemente obligatorio en el plano de la oralidad pues es perfectamente exigible la asistencia de las partes a fin de sustentar cara a cara con el juez de instancia los argumentos de forma extensiva que dieron lugar a la interposición del Recurso de Apelación, sin embargo en otro aparte de la sentencia y mas apegado a la nueva modalidad que se presenta en la actualidad con ocasión de la Pandemia del COVID 19, que ha ocasionado de manera restringida el acceso de las partes a los despachos judiciales para surtir las mencionadas diligencias señala:

“no obstante que parece ser clara la obligación de sustentar ante el superior, no se expresa la oportunidad para hacerlo y que, comoquiera que al superior se le da traslado de todo lo actuado, si ante el juez de primera instancia se han presentado con suficiencia las razones que fundamentan la apelación, la misma puede tenerse como sustentada ante el superior.”

En ciertos casos como el que nos ocupa prevaleció el modelo escritural para efectos de la consecución y desarrollo del Recurso de Apelación suprimiendo de esta forma la audiencia precitada, por tanto es la misma Corte que señala en el mencionado proveído que es posible tener en cuenta en la segunda instancia, la sustentación del Recurso de Apelación que se realiza ante el juez de primera instancia, pues finalmente al conceder el Recurso de Alzada se traslada todo lo actuado ante el juez de conocimiento el cual tiene acceso a la sustentación deprecada.

Adicional a lo anterior en sentencia de Tutela expedida por la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA** dentro del proceso N° 11001020300020210097500 – Magistrado Ponente: **OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE** de fecha 24 de mayo de 2021, señaló que:

“En suma, el recurso de apelación de sentencias, en vigencia del Decreto 806 de 2020, deberá sustentarse ante el superior por escrito y dentro del término de traslado indicado en el artículo 14 de esa norma. Toda sustentación posterior a ese lapso o la omisión del acto procesal

desemboca, sin duda, en la deserción de la opugnación. Sin embargo, no ocurre lo mismo respecto de aquellas que se realicen con anterioridad a ese límite temporal, comoquiera que, aun cuando resulta ser una actuación inesperada y errada del censor, de todos modos se cumple con el acto procesal aludido y el juzgador de segundo grado, en últimas, ya conoce de los argumentos de inconformidad que le dan competencia para resolver, sin que ello implique ninguna afectación a los derechos del no recurrente, pues el apelante no guardó silencio, no superó los términos establecidos para el efecto, así como “no se causa dilación en los trámites, ni se sorprende a la contraparte, ni se vulneran sus derechos, ni implica acortamiento de los términos”. Lo contrario, provoca incurrir en un exceso ritual manifiesto en el asunto concreto.”

Prevalencia del Derecho sustancial ante el formal

El cumplimiento de una obligación contenida en un **derecho sustancial**, debe hacerse siguiendo un procedimiento contenido en un **derecho formal**, y el principio de **prevalencia del derecho sustancial** indica que, si el **derecho sustancial** se cumplió, se da como válido aun cuando no se haya cumplido el **derecho formal**.

La Corte Constitucional en Sentencia T - 268 de 2010 señala que,

“...por disposición del artículo 228 Superior, las formas no deben convertirse en un obstáculo para la efectividad del derecho sustancial, sino que deben propender por su realización. Es decir, que las normas procesales son un medio para lograr la efectividad de los derechos subjetivos y no fines en sí mismas. Ahora bien, con fundamento en el derecho de acceso a la administración de justicia y en el principio de la prevalencia del derecho sustancial, esta Corporación ha sostenido que en una providencia judicial puede configurarse un defecto procedimental por “exceso ritual manifiesto” cuando hay una renuncia consciente de la verdad jurídica objetiva evidente en los hechos, por extremo rigor en la aplicación de las normas procesales.

En sentido similar, en Sentencia T-974 de 2003 la Corte amparó los derechos fundamentales del accionante al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, en armonía con los principios constitucionales de celeridad procesal y de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas, al concluir que el juez (i) al ignorar manifiesta y ostensiblemente una prueba, cuya valoración tenía la capacidad inequívoca de modificar el sentido del fallo y, (ii) al hacer una interpretación incorrecta y desproporcionada de las normas aplicables al caso y otorgarle a la oponibilidad mercantil un efecto sancionatorio no previsto en el ordenamiento procesal, había incurrido en una vía de hecho “en la interpretación judicial”, en desmedro de los derechos sustantivos en litigio. En aquel entonces indicó:

“Por consiguiente, aun cuando los jueces gozan de libertad para valorar el material probatorio con sujeción a la sana crítica, no pueden llegar al extremo de desconocer la justicia material, bajo la suposición de un exceso ritual probatorio contrario a la prevalencia del derecho sustancial (art. 228 C.P). Por ello, es su deber dar por probado un hecho o circunstancia cuando de dicho material emerge clara y objetivamente su existencia.

38. *Adicionalmente, el sistema de libre apreciación resulta proporcional cuando su ejercicio no supone el sacrificio de otros principios o derechos constitucionales más importantes. Por ejemplo, la sujeción a la libre apreciación no puede conducir a un interpretación formalmente restrictiva de la prevalencia de los derechos sustantivos en litigio. Así, en Sentencia C-029 de 1995 (M.P. Jorge Arango Mejía), la Corte sostuvo que: ‘(...) Cuando el artículo 228 de la Constitución establece que en las actuaciones de la Administración de Justicia ‘prevalecerá el derecho sustancial’, está reconociendo que el fin de la actividad jurisdiccional, y del proceso, es la realización de los derechos consagrados en abstracto por el derecho objetivo y, por consiguiente, la solución de los conflictos de intereses. Es*

evidente que en relación con la realización de los derechos y la solución de los conflictos, el derecho procesal, y específicamente el proceso, es un medio’.

(...)

46. *Como se dijo anteriormente, se incurre en una vía de hecho en la interpretación judicial cuando el juez adopta una decisión en **desmedro de los derechos sustantivos en litigio**.*

En sentencia T-264 de 2009, esta Corporación precisó que puede “*producirse un defecto procedimental en una sentencia cuando el funcionario judicial, por un apego excesivo a las formas*” se aparta de sus obligaciones de impartir justicia sin tener en cuenta que los procedimientos judiciales son medios para alcanzar la efectividad del derecho y no fines en sí mismos. La Corte al conocer en sede de revisión la providencia atacada, consideró que el Tribunal había incurrido en un defecto procedimental por “*exceso ritual manifiesto*”, actuando en “*contra de su papel de director del proceso y del rol protagónico que le asigna el ordenamiento en la garantía de los derechos materiales, al omitir la práctica de una prueba imprescindible para fallar, a pesar de la presencia de elementos que le permitían concluir que por esa vía llegaría a una decisión indiferente al derecho material. Por esta vía, la autoridad accionada cerró definitivamente las puertas de la jurisdicción a la peticionaria, olvidó su papel de garante de los derechos sustanciales, su obligación de dar prevalencia al derecho sustancial, y su compromiso con la búsqueda de la verdad en el proceso como presupuesto para la adopción de decisiones justas*”.

En conclusión, el defecto procedimental por “*exceso ritual manifiesto*” se presenta cuando el funcionario judicial, por un apego extremo y aplicación mecánica de las formas, renuncia conscientemente a la verdad jurídica objetiva patente en los hechos, derivándose de su actuar una inaplicación de la justicia material y del principio de la prevalencia del derecho sustancial.

En reciente sentencia 210 del 01 de julio de 2021 expedida por al Honorable Corte Constitucional señala el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal que:

Nº 21 Comenta que el legislador debe valorar si la configuración de los trámites favorece o no la celeridad. Subraya que no son solo los medios personales y materiales, y la voluntad de los operadores jurídicos los que hacen efecto en “el derecho a un proceso en un plazo razonable. También la configuración legal de los trámites afecta el derecho fundamental a que la satisfacción procesal se otorgue sin dilaciones indebidas”. Por ello, infiere que no puede considerarse irrazonable el eliminar algunos trámites que objetivamente pueden llevar a alargar la duración del proceso.

En cuanto a la prevalencia del derecho sustancial la Corte en la misma sentencia explica:

“131. Prevalencia del derecho sustancial que en palabras de la Corte no implica “que los jueces puedan desconocer las formas procesales y mucho menos que puedan discutir la validez de las normas que establecen requisitos y formalidades. Dichas normas también cuentan con un firme fundamento constitucional y deben ser fielmente acatadas por los jueces, salvo que estos adviertan la necesidad de hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad, en casos concretos. Solo así resulta posible garantizar la igualdad de las partes en el terreno procesal, posibilitar el derecho de defensa en condiciones de equidad, dar seguridad jurídica y frenar posibles arbitrariedades o actuaciones parciales de los funcionarios judiciales”.

Se puede evidenciar en el presente caso que no se ha violado el derecho de defensa pues como lo indique la entidad demandada tiene conocimiento del escrito que contiene la sustentación del recurso, no se vulnera la seguridad jurídica ni el principio de igualdad.

Apegándonos al caso en cuestión se establece que la sustentación de Recurso de Apelación existe en el expediente administrativo, desarrollando ampliamente los motivos de inconformidad que se manifestaron en oralidad, se radicó con anticipación lo cual no conlleva ninguna dilación del proceso y adicional se corrió traslado de esta sustentación a la entidad demandada como obra en el comprobante de envío que anexo al final de este escrito, por lo tanto no se esta vulnerando su

derecho de defensa, en tal sentido es que solicito respetuosamente se tengan en cuenta para estudiar nuevamente el caso por su honorable despacho.

La garantía de la doble instancia y el derecho a apelar

Para finalizar le solicito a su señoría tener de presente el Principio y la garantía de la Doble Instancia y el derecho a Apelar.

La razón de ser de los recursos judiciales, ha dicho la Corte, se explica en la necesidad de preservar el principio de legalidad y la integridad en la aplicación del derecho al asegurar la posibilidad de corregir los yerros en que pueda incurrir el juez o fallador en la adopción de una determinada decisión judicial o administrativa. Además, permite enmendar la eventual aplicación indebida que se haga por parte de una autoridad de la Constitución o la ley. De ahí que la doble instancia, al paso que se constituye en una garantía general contra la arbitrariedad, se erige en el mecanismo principal, idóneo y eficaz para la corrección de los errores en que pueda incurrir una autoridad pública¹

De otra parte, el citado principio permite hacer efectivo el derecho de acceso a la administración de justicia, ya que este, por su esencia, implica la posibilidad del afectado con una decisión errónea o arbitraria, de solicitarle al juez o autoridad competente la protección y restablecimiento de los derechos consagrados en la Constitución y la ley. Lo anterior, en cuanto la Corte también ha entendido como elemento esencial del efectivo acceso a la administración de justicia, *“el derecho a que subsistan en el orden jurídico una gama amplia y suficiente de mecanismos judiciales -acciones y recursos- para la efectiva resolución de los conflictos”*.

Por todo lo argumentado le solicito a su señoría se reconsidere la decisión contenida en el Auto de fecha 13 de enero de 2021 referente a la declarar desierto el Recurso de Apelación interpuesto, por falta de sustentación, pues a lo largo he demostrado que si existe la sustentación deprecada , los motivos de inconformidad y que la misma fue radicada ante el Juez de Primera Instancia el 15 de Junio de 2021 a fin de que fueran tenidos en cuenta los argumentos por su señoría tal y como se establece al final de la sustentación y en consecuencia se revocara la sentencia en beneficio de mi mandante.

Dejo sentado el Recurso de Súplica en estos términos solicitándole a su despacho se revoque el AUTO QUE DECLARA DESIERTO EL RECURSO y en consecuencia proceda a estudiar el mismo y falle lo que en derecho corresponda.

ANEXOS

- Sustentación del Recurso de Apelación
- Comprobante de envío

Del Señor Magistrado



LILIANA RAQUEL LEMOS LUENGAS
C.C. No 52.218.999 de Bogotá.
T.P. No. 175.338 del C. S. de la J.

1517

Señores
MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO
DELEGADO PARA LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR – ASUNTOS
JURISDICCIONALES
Dr. ANTONIO JOSÉ JIMÉNEZ NASSAR.

RADICADO: 2020 – 424444
ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

ACCIONANTES (DEMANDANTES):
Carlos Arturo Nieto Montaña C.C. 79.436.827
Sandra Milena Martínez Giraldo C.C.30.238.138

ACCIONADOS (DEMANDADO): Amarilo SAS- NIT 800.185.295 -1 representada legalmente por José Hernán Arias Arango, según certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá.

ARGUMENTOS ADICIONALES.

LILIANA RAQUEL LEMOS LUENGAS, en mi calidad de apoderada judicial de la parte actora en el proceso de la referencia, respetuosamente dentro de la oportunidad legal conducida, presento ampliación del **RECURSO DE APELACIÓN** conforme lo ordenado por su despacho el cual lo hago en los siguientes términos:

Motivos de inconformidad

Adicional a lo manifestado en la audiencia celebrada el 09 de junio de 2021, referente a la sustentación del RECURSO DE APELACION, es necesario resaltar lo siguiente:

Teniendo en cuenta la cláusula N° 17 de la Carta de instrucciones referente a:

" Si con base en las normas tributarias vigentes para la fecha de escrituración del inmueble objeto de esta separación, haya lugar a la causación del impuesto nacional al consumo en los términos del artículo 512 – 22 agregado al Estatuto Tributario por la ley 1943 de 2018 (o de otra norma tributaria que resulte aplicable), se entenderá que en precio total aquí establecido ya está incluido dicho impuesto nacional a consumo por lo cual en la escritura pública correspondiente se discriminará el monto que corresponde al precio propiamente dicho y el monto que corresponda al impuesto nacional al consumo calculado a la tarifa correspondiente haciendo constar que la suma de estos dos valores será equivalente al precio total incluido en esta separación. Si para la fecha de escrituración no hay lugar a la causación del impuesto nacional al consumo el precio de venta será el mismo valor total incluido en la presente separación." (subrayado fuera del texto)

Amarilo SAS se basa que la mencionada cláusula fué firmada a voluntad de las partes y que era de pleno conocimiento por parte de los demandantes, por tanto, no hay razón para declararla como abusiva adicional señala que es un rubro que AMARILO cancela "realizando una atención a los compradores como estrategia comercial "

Ahora bien, a folios 63, 64 y 65 del expediente administrativo se evidencia documento de fecha 3 de agosto de 2019 correspondiente a la separación del inmueble en el cual señala condiciones para el perfeccionamiento del contrato, sin embargo, llama la atención en los numerales 15 y 16 del mencionado documento que señalan:

"

1517

15. En el evento en que de acuerdo con las normas tributarias vigentes para la fecha de otorgamiento de la escritura de venta del(los) inmueble(s) objeto de esta separación haya lugar a la causación y pago del impuesto nacional al consumo en los términos establecidos en la Ley 1943 de 2018 (o las normas que lo modifique y/o lo reglamenten), el valor de dicho impuesto será asumido por EL (LA)(LOS)COMPRADOR(A)(ES). A la fecha de suscripción de la presente separación la tarifa vigente de dicho impuesto es equivalente al dos por ciento (2%) del precio de venta de (los) inmueble(s). (subrayado fuera del texto)

16. OBSERVACIONES

LA FORMA DE PAGO ES INDEPENDIENTE A LA ESCRITURA Y ENTREGA DEL INMUEBLE. SE INFORMA AL CLIENTE ANEXO INFORMATIVO Y POLITICAS DE ARRAS. AMARILO ASUME EL IPOCONSUMO, SE OTORGA DESCUENTO POR \$48.300.000, AUTORIZADO POR GERENCIA COMERCIAL. (subrayado fuera del texto)

“

Nótese la ambigüedad que existe en el clausulado pues por una parte señala que son los compradores quienes asumen este rubro motivo por el cual si esté no se encuentra vigente con posterioridad, dicho impuesto a juicio de esta apoderada, debió ser disminuido del precio total del inmueble, sin embargo, en el numeral 16 afirma que son ellos quienes asumen dicho rubro no siendo coherente con lo anteriormente expuesto.

En testimonio surtido en la audiencia del 09 de junio de 2021, el señor JOSE HERNAN ARIAS ARANGO quien funge como Gerente General de la empresa Amarilo SAS, afirmó que ellos solo son agentes retenedores del impuesto es decir, la entidad sustrae del valor total del bien el 2% el cual sería depositado en la DIAN para los fines pertinentes, no obstante en testimonios de señor DANIEL MATIZ AVILA quien es Gerente del proyecto Hacienda Fontanar, afirma nuevamente que AMARILO es quien asumen este rubro siendo contrario al testimonio del señor ARIAS ARANGO.

Hay que tener presente que la cláusula objeto de controversia del numeral 17 de la Carta de instrucciones ya señalada no se debe mirar de forma unificada, pues dentro del proceso contractual se establece diversos postulados referentes al mismo contenido de la cláusula pero que permiten llegar a distintas interpretaciones.

Las cláusulas son parte importante dentro del contrato ya que permiten diferencias y referir cada uno de los elementos del contrato y las consideraciones especiales que los contratantes desean incluir en el mismo.

En el presente proceso tanto en la carta de instrucciones, como en sus anexos estamos frente a CLAUSULAS AMBIGUAS que no son claras y ofrecen diversas interpretaciones de carácter ambiguo, lo que permite que se realice varias interpretaciones de la misma.

Para no ir tan lejos igualmente encontramos a folio 46 del expediente en el anexo informativo expedido por AMARILO reitera lo señalado en el numeral 15 del formato de separación del inmueble transcribiendo en el numeral 2 señalado, que el impuesto al consumo equivalente al (2%) será asumido por los COMPRADORES así:

“

2. En el evento en que de acuerdo con las normas tributarias vigentes para la fecha de otorgamiento de la escritura de venta del(los) inmueble(s) objeto de esta separación haya lugar a la causación y pago del impuesto nacional al consumo en los términos establecidos en la Ley 1943 de 2018(o las normas que lo modifique y/o lo reglamenten), el valor de dicho impuesto será asumido por EL (LA)(LOS)COMPRADOR(A)(ES). A la fecha de suscripción de la presente separación la tarifa vigente de dicho impuesto es equivalente al dos por ciento (2%) del precio de venta de (los) inmueble(s). (subrayado fuera del texto)

En atención a lo señalado en líneas anteriores no estamos solamente frente a una CLAUSULA ABUSIVA si no igualmente frente a una CLAUSULA AMBIGUA y que de una u otra forma viola el principio de equidad y buena fe en las relaciones contractuales, que atentan contra los derechos del débil que es el comprador.

Reitero que una CLAUSULA ABUSIVA en un contrato de adhesión como en el que nos encontramos, crea un desequilibrio manifiesto entre los derechos y obligaciones de las partes, no hay que dejar de lado que las CLASULAS ABUSIVAS pueden revestir varias modalidades. Pueden ser clausulas claras, clausulas ambiguas u oscuras y por último pueden ser clausulas sorpresivas.

Desde el punto de vista legal el artículo 42 de la Ley 1480 de 2011 señala que: "Son cláusulas abusivas aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor, y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en el que el consumidor puede ejercer sus derechos"

En un análisis que realiza la SUPER INTENDENCIA DE SOCIEDADES mediante OFICIO 220-041068 DEL 08 DE MAYO DE 2019, señala referente a las CLAUSULAS ABUSIVAS lo siguiente:

“

La Justicia Arbitral ha manifestado que: "son abusivas las cláusulas que, incluidas por regla general en un contrato de contenido predispuesto, establecen, sin explicación seria, proporción, ni razonabilidad, ventajas o prerrogativas excesivas para el predisponente o cargas, obligaciones o gravámenes injustificados para el adquirente todo ello en detrimento del principio de celebración y ejecución de buena fe contractual y del normal y razonable equilibrio contractual."2

Desde el punto de vista legal el artículo 42 de la Ley 1480 de 2011 señala que: "Son cláusulas abusivas aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor, y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en el que el consumidor puede ejercer sus derechos"

Por su parte la doctrina ha definido cláusula abusiva como aquella que: "(...) Contra de las exigencias de la buena fe, causa en detrimento del consumidor o del adherente un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales, y que puede tener o no el carácter de condición general, puesto que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en los contratos de adhesión particulares (Rengifo, 2004, Pag.197)"3

En palabras del Dr. Camilo Andrés Rodríguez: "(...) esta puede definirse como aquella que, siendo redactada e impuesta por una de las partes del contrato, genera un desequilibrio significativo e injustificado en la relación contractual, como consecuencia del reconocimiento de prerrogativas irracionales o injustificadas en favor del predisponente, o cargas u obligaciones de la misma naturaleza en contra del adquirente."4

El Dr. Diego Omar Pérez Salas, en un estudio denominado "Cláusulas abusivas en el derecho privado colombiano" expresó lo siguiente: "Las cláusulas abusivas constituyen el paradigma de protección a la parte débil en el derecho contractual moderno. Este instrumento es considerado como una protección formal ya que pone un límite en el proceso de formación del contrato. Este tipo de cláusulas ha presentado un desarrollo legal y doctrinal considerable en el derecho comparado, pero bastante escaso por no decir nulo, en el derecho colombiano."

Como conclusión tenemos que estamos frente a un contrato de adhesión que si bien es cierto fue firmado por los aquí demandantes no se debe desconocer la importancia que debe tener la claridad en el clausulado de los mencionados documentos.

La cláusula 17 de la carta de instrucciones objeto de la controversia no se debe interpretar (Analizar) de forma aislada, pues como indique en párrafos anteriores el contenido (Idea central) de la misma fue objeto de manifestación en por lo menos tres (3) oportunidades en la documentación firmada por mis representados, y en cada una de ellas conlleva a dos (2) interpretaciones para determinar el valor final del Inmueble objeto de la compraventa, uno que se entendería que no incluye el impuesto al consumo en razón a que los COMPRADORES son los que asumen este rubro, por lo cual el valor del inmueble no sería sobre el 100% si no sobre el 98% y otro sobre el 100% que si lo incluye independiente de que el impuesto se cause o no.

Sin embargo, la entidad AMARILO en el presente proceso sienta una posición equivocada o distinta a la que se encuentra plasmada en el clausulado, para ser específico afirmando que son los responsables del impuesto al consumo del 2% declarado inexecutable y que en ningún caso los compradores son los que responden por el impuesto, haciendo el mismo parte integral del precio, y asumido por AMARILO, situación completamente opuesta a la señalada en el ANEXO INFORMATIVO numeral 2. y en el formato de SEPARACION DEL INMUEBLE numeral 15.

Resalto al despacho que el artículo 512 -22 del Estatuto Tributario señala que el impuesto al consumo de bienes inmuebles se recaudará en su totalidad mediante el mecanismo de retención en la fuente.

La retención en la fuente debe ser previa a la enajenación de bienes inmuebles, de modo que la escritura no se podrá legalizar hasta tanto no se acredite el recaudo del impuesto.

Así mismo en cuanto a quien debía pagar el impuesto al consumo de bienes inmuebles, al respecto señala el artículo 1.3.3.17 del Decreto 1625 de fecha 11 de octubre de 2016:

«Responsabilidad económica del impuesto nacional al consumo de bienes inmuebles. El adquirente de los bienes sujetos al impuesto nacional al consumo de bienes inmuebles será quien asuma económicamente el impuesto.

En este sentido, el o los adquirentes serán quienes pueden reconocer el valor del impuesto nacional al consumo de bienes inmuebles como mayor valor del costo del activo correspondiente.»

Ahora de igual manera la Honorable Corte Constitucional mediante sentencia C-593 - 2019 declaro inexecutable este impuesto al consumo del 2% del artículo 21 de la Ley 1943 de 2018, y uno de los argumentos que sirvieron de base para fallar es que la disposición vulnera el principio de equidad tributaria en sus dimensiones horizontal y vertical, y desconocía la capacidad contributiva de las personas. Finalmente, la Corte también consideró que el legislador vulneró el principio de equidad tributaria, y la capacidad económica de los contribuyentes, al establecer que el impuesto debía pagarse antes de que se perfeccionara el negocio jurídico. (negrilla fuera del texto).

Para finalizar realizo la precisión que si un impuesto ya no esta vigente y estaba a cargo del COMPRADOR lo coherente como ya lo mencioné es descontarlo del precio total del inmueble, de lo contrario constituiría un ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA, figura del Derecho Civil que tiene por propósito de brindar protección a aquella persona que se ha empobrecido a favor de la otra sin una justificación jurídica.

1517

En Sentencia No. T-219/95 de la Corte Constitucional analiza el concepto de ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA señalando que son tres los requisitos para que se de ese presupuesto de la siguiente forma:


"Son tres los requisitos que deben probarse para que se declare la existencia de un enriquecimiento de esta índole y se ordene la devolución de los bienes correspondientes: 1) un enriquecimiento o aumento de un patrimonio; 2) un empobrecimiento correlativo de otro, y 3) que el enriquecimiento se haya producido sin causa, es decir, sin fundamento jurídico."

En el presente caso se tiene probado dentro del proceso que al no tener AMARILO que sustraer el 2% del impuesto al consumo sobre el valor total del bien y no devolverlos o descontarlos del precio a mi poderdante, se está apropiando de unos recursos que debían ser destinados a la DIAN, en consecuencia su patrimonio se acrecienta mientras que el de mis clientes disminuye y como quiera que no existe una norma que avale ese enriquecimiento o aumento en sus arcas patrimoniales, no tiene una causa justificada y fundamento jurídico que lo soporte es ilegal.

Por tanto, insisto en que mis poderdantes no han desistido del negocio jurídico, pero si se han sustraído de continuar con el mismo en las condiciones que AMARILO en su calidad de posición dominante asume en la presente relación.

Teniendo en cuenta lo manifestado le solicito a su señoría se tengan en cuenta estos argumentos adicionales a los manifestados en el RECURSO DE APELACION interpuesto en oralidad y revoque la sentencia de primera instancia que denegó las pretensiones de la demanda.

Del magistrado



LILIANA RAQUEL LEMOS LUENGAS
C.C. No. 52.218.999
T.P. No. 175.338 del C. S. de la Judicatura.

AMPLIACION DEL RECURSO DE APELACION Recibidos x**Liliana Lemos** <abogado23.colpen@gmail.com>

para contactenos, bcc: CARLOS, bcc: sandye300, bcc: amarillo, bcc: josehernan.arias, bcc: jcvelandia64

15 jun 2021, 11:54



Cordial saludo

Remito respetuosamente escrito de ampliación del Recurso de Apelación interpuesto de manera oral en audiencia celebrada el 09 de junio de los corrientes, conforme lo manifestado por su despacho.

Señores

MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO - SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO - DELEGADO PARA LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR – ASUNTOS JURISDICCIONALES - Dr. ANTONIO JOSÉ JIMÉNEZ NASSAR.

RADICADO: 20-42444

ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR.

ACCIONANTES (DEMANDANTES): Carlos Arturo Nieto Montaña C.C. 79.436.827

Sandra Milena Martínez Giraldo C.C.30.238.138

ACCIONADOS (DEMANDADO): Amarilo SAS- NIT 800.185.295 -1 representada legalmente por José Hernán Arias Arango, según certificado de la Cámara de comercio de Bogotá.

De conformidad con el Decreto 860 de 2020, envío copia del documento a la contraparte

Quedo pendiente a sus observaciones

Cordialmente

*Liliana Raquel Lemos Luengas**Abogada Colombia pensiones S.A.S.*

de: **Liliana Lemos** <abogado23.colpen@gmail.com>
 para: contactenos@sic.gov.co
 Cco: CARLOS NIETO <carniemo@gmail.com>,
 sandye300@hotmail.com,
 amarillo@amarilo.com,
 josehernan.arias@amarilo.com,
 jcvelandia64@yahoo.com
 fecha: 15 jun 2021, 11:54
 asunto: AMPLIACION DEL RECURSO DE APELACION
 enviado por: gmail.com

PARA TRASLADO - RECURSO DE QUEJA 022-2005-00338-02 DR SUAREZ GONZALEZ

Reparto Procesos Civiles Sala Civil Tribunal Superior De Bogota

<rprocesosctsbt@cen DOJ.ramajudicial.gov.co>

Lun 31/01/2022 12:49 PM

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

 4 archivos adjuntos (42 MB)

OF. 00075 TRIBUNAL 2005-00338.pdf; 110013103022 2005 00338 00.zip; 645.pdf; F110013103022200500338 02.pdf;

Cordial Saludo,

Me permito informarle que el presente proceso se recibió en el correo de reparto el día 31 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 28 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: Juzgado 45 Civil Circuito - Bogotá - Bogotá D.C. <j45cctobt@cen DOJ.ramajudicial.gov.co>**Enviado:** lunes, 31 de enero de 2022 8:27**Para:** Reparto Procesos Civiles Sala Civil Tribunal Superior De Bogota
<rprocesosctsbt@cen DOJ.ramajudicial.gov.co>**Asunto:** REMISIÓN PROCESO 11001 31 03 022 2005 00338 00 - RECURSO QUEJA

 [110013103022 2005 00338 00](#) Este vínculo funciona para usuarios del C.S.J.

 [110013103022 2005 00338 00](#) Este vínculo funciona para cualquier persona

**Rama Judicial del Poder Público
Juzgado Cuarenta y Cinco Civil del
Circuito de Bogotá D.C.**

Carrera 10 No. 14-30 Piso 7 Edificio Jaramillo Montoya
Notificaciones judiciales: j45cctobt@cen DOJ.ramajudicial.gov.co
Teléfono: 342 44 53

Señores
SALA CIVIL

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA

Ciudad

Por medio del presente se remite nuevamente oficio No. 0075 que deja a disposición de esa Honorable Sala, el proceso 11001 31 03 022 2005 00338 00, lo anterior para su conocimiento y por ser de su competencia.

Así las cosas, me permito remitir en el siguiente enlace el acceso a toda la actuación de la referencia.

Cordialmente,

MARLON ORLANDO JIMÉNEZ CARRILLO

Escribiente

Juzgado 45 Civil del Circuito de Bogotá

Teléfono: 342 44 53

WhatsApp 312 344 10 84

twitter @j45cctobt

ATENCIÓN VIRTUAL Lunes a Viernes de 8am a 1pm y del 2pm a 5pm ([Haga clic aquí para unirse a la reunión](#))

**Nuestro horario de atención es de Lunes a Viernes de 8:00 AM a 5:00 PM
Se advierte que los correos recibidos después de las 5:00 de la tarde, se entenderán
repcionados a la primera hora del día hábil siguiente.**

OBSERVACIONES: Esta notificación por correo electrónico se entenderá surtida conforme lo dispuesto en el artículo 197 de la Ley 1437 de 2011: "Las entidades públicas de todos los niveles, las privadas que cumplan funciones públicas y el Ministerio Público que actúe ante esta jurisdicción, deben tener un buzón de correo electrónico exclusivamente para recibir notificaciones judiciales. Para los efectos de este Código se entenderán como personales las notificaciones surtidas a través del buzón de correo electrónico."

El contenido de este mensaje y de los archivos adjuntos están dirigidos exclusivamente a sus destinatarios y puede contener información privilegiada o confidencial. Si usted no es el destinatario real, por favor informe de ello al remitente y elimine el mensaje de inmediato, de tal manera que no pueda acceder a él de nuevo. Está prohibida su retención, grabación, utilización o divulgación con cualquier propósito.

ACUSAR DE RECIBO, INFORMANDO EL NOMBRE Y CARGO DEL SERVIDOR JUDICIAL O PERSONA ENCARGADA DE RECIBIR LA INFORMACIÓN

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.