

Honorable Magistrada:

RUTH ELENA GALVIS VERGARA TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ - SALA CIVIL secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

Referencia: VERBAL DE RENDICIÓN DE CUENTAS

Proceso No.: 11001310303320180049801

Demandante: ANA MERCEDES SALAZAR BALLÉN

Demandado: RICARDO ALBERTO SEPÚLVEDA CORTÉS

MIGUEL LEONARDO LÓPEZ GIL, abogado en ejercicio, identificado con la cédula de ciudadanía No. 80.769.497 expedida en Bogotá y portador de la Tarjeta Profesional No. 251.462 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado judicial de la parte demandada, por medio del presente escrito y de conformidad con el traslado concedido en el auto admisorio de fecha 28 de noviembre de 2022, me permito presentar SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN propuesto en contra de la sentencia proferida el día 3 de noviembre de 2022 por el Juzgado 33 Civil del Circuito de Bogotá, en los siguientes términos:

1. FALTA DE CONGRUENCIA ENTRE LA JURISPRUDENCIA CITADA Y LA SENTENCIA CENSURADA

Sea lo primero indicar que el Juez de primera instancia deriva la obligación de rendir cuentas, con fundamento en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia (erradamente refiere que es de la Corte Constitucional) con radicado No. 11001-22-03-000-2019-00254-01, cuando cita lo siguiente:

"Los procesos de rendición provocada de cuentas suponen, así, de parte de quien es llamado a rendirlas, una obligación de hacerlo. Y esa obligación de rendir cuentas se deriva, por regla general, de otra obligación: la de gestionar actividades o negocios por otro. En el Derecho sustancial, están obligados a rendir cuentas, entre muchos otros, por ejemplo, los guardadores –tutores o curadores- (arts. 504 a 507, Código Civil Colombiano), los curadores especiales (art. 584, C.C.C), el heredero beneficiario respecto de los acreedores hereditarios y testamentarios (arts. 1318 a 1320, C.C.C), el albacea (art. 136, C.C.C), el mandatario (arts. 2181, C.C.C., y 1268 del Código de Comercio), el secuestre (art. 2279, C.C.C), el agente oficioso (art. 1312, C.C.C), el administrador de la cosa común (arts. 484 a 486, C.P.C), el administrador de las personas jurídicas comerciales (arts. 153, 230, 238 y 318, Co.Co., y 45, Ley 222 de 1995), el liquidador (arts. 238, Co.Co., y 59, inc. 5, Ley 1116 de 2006), el gestor de las cuentas en participación (arts. 507 y 512 del Co.Co.), el fiduciario (art. 1234, Co.Co.), el comisionista (art. 1299, Co.Co.) y el editor (arts. 1362 y 1368, Co.Co.). En todas estas hipótesis, los sujetos obligados a rendir cuentas lo están porque



previamente ha habido un acto jurídico (contrato, mandamiento judicial, disposición legal)¹ que los obliga a gestionar negocios o actividades por otra persona."

Luego, cita que el fin del proceso de rendición de cuentas es determinar quien está obligado a rendir cuentas, a quién, y el monto de estas, afincándose en la Sentencia 7382 de 2017 de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

No obstante, sin hacer algún análisis de la citada jurisprudencia confrontándola con el caso puesto a consideración, concluye que la entidad demandada se encuentra obligada a rendir las cuentas sin motivación alguna. Nótese señores Magistrados, que si bien se cita jurisprudencia en la cual se refieren los casos puntuales en los cuales existe la obligación de rendir cuentas, el *A quo* no logra ubicar a la parte demandada en ninguno de ellos.

En gracia de discusión, si quisiéramos asimilarlo a alguno de ellos, sería frente al administrador de las personas jurídicas comerciales, no obstante, de los artículos *arts. 153, 230, 238 y 318, Co.Co., y 45, Ley 222 de 1995),* no citan obligaciones derivadas de una relacion contractual, sino simplemente la obligación del liquidador para con los socios de la empresa en liquidación, y el artículo 318 citado si hace referencia a la rendición de cuentas, pero del administrador para con la junta de socios de la sociedad.

Luego, nótese, que en el presente caso tal y como se ha citado en repetidas ocasiones, no existe la obligación de rendir cuentas, ya que esto se estaría asimilando es a un proceso de incumplimiento contractual de parte de los titulares de la mina para con el contratante habilitador.

2. FALTA DE VALORACIÓN SOBRE LA CARENCIA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA

El documento con el que se pretende ejercer la acción de rendición de cuentas, es el CONTRATO DE HABILITACIÓN O AVIO PARA LA EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE YACIMIENTOS DE ESMERALDAS "MINA LOS ESPAÑOLES" DE FECHA 19 DE SEPTIEMBRE DE 2013, el cual se deriva de una relación estrictamente comercial entre Segundo Reyes Rocha Buitrago, Diosde González Rodríguez, Segundo Leonidas Casallas Pulido, Orlando Espejo, José Reinel Sánchez Gutiérrez, Flavio Olivares González, Pedro Simón Rincón Salazar y Alberto Sepúlveda Sepúlveda (Q.E.P.D.) en calidad de Titulares del contrato minero BEG-091 y la sociedad DEAR S.A.S. en calidad de Habilitador.

De lo anterior, es evidente que las obligaciones derivadas del referido contrato son de carácter indivisible y por lo tanto existe una solidaridad de todos los suscriptores del contrato en su calidad de **titulares**, lo cual no se desvirtúa en ninguna parte del clausulado del contrato, es decir, no se autoriza la actuación por separado de los socios, mucho menos para la solicitud de cuentas en atención al objeto del contrato; luego, es evidente la falta de legitimación de la demandada para accionar de manera personal una rendición alejada de los demás socios.

_

¹ Incluso la agencia oficiosa es caracterizada por la codificación civil como un 'contrato'. Cfr., Artículo 2304, C.C.



De lo anterior se colige que la entidad demandada no está obligada a rendir las cuentas solicitadas toda vez que la demandante no tiene facultad ni legal ni contractual para solicitarlas, situación que deriva en su falta de legitimación para actuar.

3. INDEBIDA VALORACIÓN NORMATIVA SOBRE LA RENDICIÓN DE CUENTAS

Sobre este punto, debe aclararse que la sociedad demandada **NO ESTÁ OBLIGADA** de manera alguna a rendir las cuentas solicitadas en la demanda, por los siguientes motivos:

a) El Juez de primera instancia hace mención sobre un aparte jurisprudencial referente a los obligados a rendir cuentas, indicando que dicha obligación deviene de un acto jurídico previo que los obliga a gestionar negocios o actividades por otras personas.

Sobre este punto, se advierte que la sociedad demandada no es una persona jurídica obligada a rendir cuentas en calidad de mandatario frente a los titulares del CONTRATO DE HABILITACIÓN O AVIO PARA LA EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE YACIMIENTOS DE ESMERALDAS "MINA LOS ESPAÑOLES", y si se quisiera asimilar a alguna de las personas mencionadas por el Despacho, sería un administrador de persona jurídica pero su obligación está relacionada directamente con los socios de la misma empresa demandada (pues el mandato se lo dan dichas personas) y no con terceros como en este caso serían los titulares de la mina, toda vez que no se trata de un proceso de responsabilidad, sino de un asunto contractual que es ley para las partes tal y como se expuso en el literal "a)" de este reparo.

b) En la demanda se refiere que los titulares del CONTRATO DE HABILITACIÓN O AVIO PARA LA EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE YACIMIENTOS DE ESMERALDAS "MINA LOS ESPAÑOLES", por vías de hecho impidieron el ingreso de los trabajadores de la sociedad demandada DEAR S.A.S. en la MINA LOS ESPAÑOLES, razón por la cual esta no pudo desarrollar su actividad comercial ni continuar con actividades de mantenimiento que se estaban realizando a fin de reactivar las actividades de minería que estaban suspendidas por seguridad del personal.

Sobre este punto, en el plenario obra como prueba el interrogatorio rendido por el representante legal de la sociedad demandada que da fe de esta situación, aunado al documento de fecha de fecha 24 de agosto de 2016 de reunión de cotitulares de la mina quienes de manera unilateral decidieron dar por terminado el contrato, luego, al no poderse desarrollar actividad alguna por parte de la demandada, era imposible que pudiere rendir cuentas algunas a los mismos titulares que impidieron su actividad.

4. INDEBIDA VALORACIÓN PROBATORIA SOBRE LA IMPOSIBILIDAD DE RENDIR CUENTAS

Sobre este reparo, el *A quo* indica que no obra prueba alguna que acredite la imposibilidad de ejecutar acciones por parte de la sociedad demandada en la MINA LOS ESPAÑOLES ni prueba de que no existiera producción minera.



Contrario a lo manifestado el Despacho de primera instancia, debe decirse que no se tuvo en cuenta el documento de fecha 24 de agosto de 2016 de reunión de cotitulares, donde estos decidieron de manera unilateral dar por terminado el CONTRATO DE HABILITACIÓN O AVIO PARA LA EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE YACIMIENTOS DE ESMERALDAS "MINA LOS ESPAÑOLES", sobre lo cual , por obvias razones era imposible para la sociedad demandada cumplir con las obligaciones del mismo, siendo este una razón suficiente para acreditar la imposibilidad de rendir cuenta alguna, pues sin acceso a la mina, no hay forma de desarrollar el objeto contractual.

Así como tampoco se valoró el interrogatorio de parte rendido por la aquí demandada al interior del proceso ejecutivo por ella promovido bajo el radicado No. 2018-280 ante el Juzgado 11 Civil del Circuito de Bogotá, donde manifestó de manera clara no conocer a fondo las condiciones del contrato aquí discutido², ni conocer la fecha hasta cuando la sociedad DEAR S.A.S tuvo posesión de la mina los españoles³, con lo cual se entiende que ni siquiera la demandante sabe cuáles son las cuentas que pretende le sean rendidas.

Lo anterior además de constituir una clara imposibilidad de rendir cuentas por parte de la demandada es una evidente falta de valoración probatoria por parte del Juez de primera instancia.

5. INDEBIDA VALORACIÓN NORMATIVA EN CUANTO A LA OBJECIÓN DE LA ESTIMACIÓN HECHA POR LA DEMANDANTE

Llama la atención la manifestación realizada por el Despacho de primera instancia en cuanto a que no se realizó una objeción estimada sobre la cuantía del proceso tasada en \$1.000'000.000, sobre lo cual debe decirse que dicha objeción no se realizó en razón a que la demandada se acogió a la previsión del numeral 4° del artículo 379 del Código General del Proceso, cuyo tenor literal prevé que:

"4. Si el demandado alega que no está obligado a rendir las cuentas, sobre ello se resolverá en la sentencia, y si en esta se ordena la rendición, se señalará un término prudencial para que las presente con los respectivos documentos."

Lo cual se colige de las excepciones de mérito propuestas en la contestación de la demanda con apoyo en lo preceptuado por el artículo 282 de la misma obra.

Luego, es incomprensible el porqué el Despacho prevé la falta de objeción condenando inclusive a la demandada bajo esa premisa, cuando el trámite de la actuación se dio como ya se dijo por la vía de la no obligación de rendir cuentas.

6. FALTA DE APLICACIÓN NORMATIVA EN CUANTO A LAS CONSECUENCIAS DE LA INASISTENCIA DE LA PARTE DEMANDANTE

² Minuto 13:30, Audiencia inicial, Proceso 2018-280, Juzgado 11 Civil del Circuito de Bogotá.

³ Minuto 22:35, Audiencia inicial, Proceso 2018-280, Juzgado 11 Civil del Circuito de Bogotá.



Atendiendo a que el día 3 de noviembre se llevaron a cabo las audiencias de que tratan los artículos 372 y 373 del Código General del Proceso, se advierte que la parte demandante no compareció tal y como obra en el vídeo de la audiencia, por lo que, fue su apoderada con declaró en nombre suyo por orden del Juez de primera instancia; sin embargo, en la sentencia proferida nada se dijo sobre las consecuencias de su inasistencia, que dicho sea de paso, a la fecha no se ha justificado.

Dichas consecuencias se encuentran de manera taxativa en el numeral 4° del artículo 372 ibidem, cuyo tenor literal expresa que:

"4. Consecuencias de la inasistencia. La inasistencia injustificada del demandante hará presumir ciertos los hechos en que se fundan las excepciones propuestas por el demandado siempre que sean susceptibles de confesión; la del demandado hará presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión en que se funde la demanda." (Negrilla propia)

Corolario de lo anterior, es de advertir que en las excepciones de mérito se refiere con suma claridad entre otros, los siguientes hechos:

- a) La mina "LOS ESPAÑOLES" funcionaba con normalidad bajo la administración de la sociedad DEAR S.A.S. aquí demandada hasta mediados del año 2015 fecha del fallecimiento del señor ALBERTO SEPÚLVEDA SEPÚLVEDA, quien era el accionista mayoritario de la sociedad.
- **b)** El representante legal en ese momento era el señor JORGE HUMBERTO MURILLO GODOY abandonó su cargo.
- c) El señor RICARDO SEPÚLVEDA CORTÉS asumió la gerencia de la sociedad DEAR S.A.S. luego de ser nombrado mediante Acta inscrita el 28 de abril de 2016 ante la Cámara de Comercio de Bogotá.
- d) Durante la gestión del señor RICARDO SEPÚLVEDA se presentaron varias dificultades, pues la persona que más aportes hacía para el pleno funcionamiento de la sociedad era su padre Alberto Sepúlveda, de otro lado, los socios titulares realizaron exigencias que no estaban acordadas dentro del contrato de administración las cuales fueron rechazadas por el señor Sepúlveda en su calidad de gerente de la sociedad DEAR S.A.S., posteriormente, a mediados del año 2016 ocurrió una falla en la protección de la subestación eléctrica situación que fue comunicada a los titulares pues se debían adquirir repuestos importados, luego de manera paralela los titulares interpusieron un amparo administrativo en contra del gerente.
- **e)** Finalmente, los titulares por medio de vías de hecho impidieron el ingreso de los trabajadores de la sociedad DEAR S.A.S. quienes a la fecha estaban realizando actividades de mantenimiento, pues las labores de minería estaban suspendidas por seguridad del personal.



f) Se evidencia entonces que la sociedad DEAR S.A.S. no pudo continuar con sus labores contratadas en primer lugar por las fallas que se presentaron en la subestación eléctrica y en segundo lugar por la falta de apoyo de los titulares del contrato de habilitación para la resolución de dichos eventos y la consecuente acción de no permitir el ingreso de los trabajadores de la sociedad, lo que desciende en el incumplimiento del contrato por parte de los titulares del contrato de concesión minera y en la imposibilidad de la sociedad, de continuar ejecutando las labores contratadas.

Los anteriores hechos más los demás expuestos en las excepciones de mérito eran susceptibles de confesión por parte de la parte demandante, los cuales deben darse por ciertos, conforme lo dispone la citada norma.

7. INDEBIDA VALORACIÓN DEL CONTRATO DE HABILITACIÓN O AVIO PARA LA EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE YACIMIENTOS DE ESMERALDAS "MINA LOS ESPAÑOLES" DE FECHA 19 DE SEPTIEMBRE DE 2013

En el CONTRATO DE HABILITACIÓN O AVIO PARA LA EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE YACIMIENTOS DE ESMERALDAS "MINA LOS ESPAÑOLES" contrario a lo manifestado por el *A quo*, no obra en ninguna cláusula que obligue la rendición de cuentas pretendida por la demandante.

Sobre este punto, debe decirse en primera medida que el Juez de primera instancia da una interpretación errónea a la cláusula sexta del contrato, donde se indica que: "Si durante el desarrollo de los trabajos se llegare a encontrar indicios de producción - esmeraldifera EL HABILITADOR O INVERSIONISTA informara de manera inmediata a los titulares y bajo supervisión de los dos delegados de turno (uno por parte de los titulares y otro por parte del operador) junto con el picador de turno, se realizara la extracción del material esmeraldifero...".

Dicha cláusula NO constituye una obligación de rendir cuentas conforme al objeto de la demanda, pues de su lectura completa es claro que se habla de posibles **indicios** de producción, más no de una producción en sí, lo cual además debía contar con acompañamiento de los delegados de turno.

Adicionalmente, la carga probatoria sobre la existencia de estos indicios de producción esmeraldifera no estaba a cargo de la sociedad demandante sino de los titulares quienes debían demostrar dicha existencia, luego, ante la no comparecencia de la demandada, es menester acoger la declaración efectuada por el representante legal de la sociedad demandante quien dice que no hubo producción alguna como ya se ha dicho a lo largo de este escrito por situaciones atribuibles a los titulares, además, no obra prueba alguna que desmienta este dicho aun cuando se reitera, la carga está en cabeza de la demandante.

En segunda medida, el Juez de primera instancia hace referencia nuevamente de manera errónea a la cláusula novena del contrato donde se indica que: "...lgualmente, los Titulares podrán ampliar el número de delegados dentro del frente de explotación cuando existan única y exclusivamente varios frentes de trabajo, siempre y cuando sea previamente



informado al HABILITADOR O INVERSIONISTA, EL HABILITADOR O INVERSIONISTA, se compromete a entregar informes periódicos de los adelantos, mejoras y producciones que se hayan dado durante el periodo correspondiente...".

Dicha cláusula al igual que la anterior citada tampoco constituye una obligación de rendir cuentas por parte de la demandada, pues de su lectura fácilmente se entiende que los informes dependen del común acuerdo entre los titulares a través de su delegado con previa comunicación al habilitador, lo cual nunca ocurrió.

Por lo anterior, no existe ninguna obligación de rendir cuentas en el contrato objeto de este contrato y menos que esta sea a favor de terceros como en este caso es la persona que demanda, reiterándose que se pretenden de manera independiente sin tener en cuenta a los demás titulares del contrato.

Adicionalmente, puede verse con suma claridad que si alguien le debe cuentas a los titulares del contrato no es la sociedad demandada que suscribe como HABILITADOR O INVERSIONISTA, sino el **DELEGADO** de los titulares quien según la cláusula novena citada por el *A quo* "ejercerá las funciones de interventoría y vigilancia sobre la producción en el momento de su extracción" y se menciona a lo largo del clausulado como representante de los titulares, quien por demás actúa frente al habilitador.

8. FALTA DE CLARIDAD SOBRE EL PORCENTAJE DE PARTICIPACIÓN DE LA DEMANDANTE

En el fallo objeto de este recurso, el Juez de primera instancia hace referencia a un porcentaje de participación del 16% sobre lo que le corresponde al señor PEDRO SIMÓN RINCÓN SALAZAR (Q.E.D.P.), sin embargo, al representante legal de la entidad demandada se le había indicado que dicho porcentaje era del 3%, luego no existe claridad en ese sentido, atendiendo, que esa participación infiere sustancialmente en la condena dada en la sentencia.

De esta manera se deja sustentado el recurso de apelación concedido por esta honorable magistratura, solicitando la revocatoria de la sentencia proferida el día 3 de noviembre de 2022 por el Juzgado 33 Civil del Circuito de Bogotá, con la correspondiente condena en costas.

De la Honorable Magistrada, atentamente,

MIGUEL LEONARDO LÓPEZ GIL C.C. No. 80.769.497 de Bogotá

T.P. No. 251.462 del C. S. de la J.

110013103033201800623 01

RAMA JUDICIAL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C. S E C R E T A R I A SALA CIVIL

Avenida Calle 24 No. 53 – 28 Oficina 305 C Teléfono: 4233390

Magistrado: JOSE ALFONSO ISAZA DAVILA

Procedencia: 033 Civil Circuito

Código del Proceso : 110013103033201800623 01

Instancia : Segunda Instancia

Clase de Juicio : Ejecutivo Singular

Recurso : Queja

Grupo : 30

Repartido_Abonado : REPARTIDO

Demandante : ANDRÉS MAURICIO MARTÍNEZBARRETO

Demandado : ELIBERTO GONZÁLEZ CONTRINO

Fecha de reparto : 12/12/2022

C U A D E R N O : 2



REPUBLICA DE COLOMBIA **RAMA JUDICIAL**

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA **SALA CIVIL**

ACTA INDIVIDUAL DE REPARTO

110013103033201800623 01

Página

RECURSOS DE QUEJA GRUPO

12/dic./2022

Fecha:

REPARTIDO AL DOCTOR (A) SECUENCIA FECHA DE REPARTO JOSE ALFONSO ISAZA DAVILA 018 9796 12/dic./2022

IDENTIFICACIO NOMBRES Y APELLIDOS / RAZON SOCIAL **PARTE**

AMMB ANDRES MAURICIO MARTINEZ BARRETO 01 **ELGCO** ELIBERTO GONZÁLEZ CONTRINO

אוה מני אוה אוה תינות ביאל

FUNCIONARIO DE REPARTO

Elaboró: lzuluagah BOG03TSBL02

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA. LARGO TABORDA RV: Sustentación Apelación - PROCESO 2017-800-373 JORGE LARA URBANEJA CONTRA FRIGORIFICO SAN MARTÍN DE PORRES Y OTROS

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Vie 10/06/2022 12:21 PM

Para: GRUPO CIVIL < grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co> MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA. LARGO TABORDA

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: jaarrubla@arrubladevis.com <jaarrubla@arrubladevis.com> en nombre de Jaime Alberto Arrubla Paucar <jaarrubla@arrubladevis.com>

Enviado: viernes, 10 de junio de 2022 12:00 p.m.

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>
Cc: wilson arturo silva vasquez <pmercantiles@supersociedades.gov.co>; haroldhernandez10@yahoo.com
<haroldhernandez10@yahoo.com>; info@haroldhernandezabogados.com <info@haroldhernandezabogados.com>;
Elizabeth Jiménez <ejimenez@arrubladevis.com>; Rafael Mccausland <rmccausland@arrubladevis.com>;
administracionabogados@dhnabogados.com <administracionabogados@dhnabogados.com>;
laurapalaciosms@gmail.com <laurapalaciosms@gmail.com>; msamper@gestionrural.com.co
<msamper@gestionrural.com.co>; ogomez@raestudiojuridico.com <ogomez@raestudiojuridico.com>
Asunto: Certificado: Sustentación Apelación - PROCESO 2017-800-373 JORGE LARA URBANEJA CONTRA FRIGORIFICO

Asunto: Certificado: Sustentación Apelación - PROCESO 2017-800-373 JORGE LARA URBANEJA CONTRA FRIGORIFICO SAN MARTÍN DE PORRES Y OTROS







Powered by RPost®

Este es un Email Certificado™ enviado por **Jaime Alberto Arrubla Paucar**.

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA DE DECISIÓN CIVIL secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co.

E. S. D.

Asunto: Sustentación Apelación - Sentencia del 2 de mayo de 2022.

Demandante: Carmen Iriarte Uribe

Litisconsorte cuasinecesario: CPR Publicidad Ltda. en Liquidación **Demandado:** Frigorífico San Martín de Porres Ltda en Liquidación.

Referencia: Proceso verbal

Número de proceso:2019-800-00199

Magistrada ponente: Adriana Largo Taborda

JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR, identificado como aparece al pie de mi firma, obrando en mi calidad de apoderado especial del litisconsorte cuasinecesario CPR Publicidad Ltda. en Liquidación, de manera respetuosa y en la oportunidad procesal indicada por el despacho, me permito sustentar el recurso de apelación en memorial que adjunto con esta comunicación.

Atentamente,



Jaime Alberto Arrubla Paucar Socio fundador

E. jaarrubla@arrubladevis.com **Bogotá |** Calle 70 Bis #4 – 54 **T.** (57) 601 482 4084 Medellín | Carrera 37 #2 Sur - 34 T. (57) 604 322 9884 **U.S.A.** | **T.** (1) (347) 491 52 57 W. www.arrubladevis.com



RPOST ® PATENTADO



Arrubla Devis

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA DE DECISIÓN CIVIL

E. S. D.

Asunto: Sustentación Apelación - Sentencia del 2 de mayo de 2022.

Demandante: Carmen Iriarte Uribe

Litisconsorte cuasinecesario: CPR Publicidad Ltda. en Liquidación **Demandado:** Frigorífico San Martín de Porres Ltda en Liquidación.

Referencia: Proceso verbal

Número de proceso: 2019-800-00199

Magistrada ponente: Adriana Largo Taborda

JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR, identificado como aparece al pie de mi firma, obrando en mi calidad de apoderado especial del litisconsorte cuasinecesario CPR Publicidad Ltda. en Liquidación, de manera respetuosa y de conformidad con el artículo 321 del Código General del Proceso, me permito sustentar el recurso de apelación de la sentencia de primera instancia dictada en la audiencia del 2 de mayo de 2022, en los siguientes términos:

I. Oportunidad

La presente sustentación se interpone dentro del término concedido por el despacho en virtud del artículo 109 del Código General del Proceso, esto pues el auto que admite la apelación fue notificado por estados el 3 de junio, por lo que el término de cinco (5) días para sustentar inició el viernes 3 de junio de 2022 y termina el viernes 10 de esta mensualidad, por lo que su presentación se realiza dentro de la pertinente oportunidad procesal.

II. Sustentación del recurso.

1. La sentencia no repara en el carácter *sui generis* de la sociedad Frigorífico San Martín de Porres Ltda en Liquidación, que impide predicar que la misma se encuentre liquidada:

Tal y como se expuso a lo largo del proceso por este sujeto, en el caso de marras no se puede predicar como lo hizo el juzgador de instancia que nos encontramos ante una persona jurídica liquidada, en tanto, como se ha repetido en numerosas ocasiones, la cuenta final de liquidación se encontraba sujeta a unas condiciones específicas que hasta el día de hoy no se han cumplido, además todavía está pendiente el reparto del remanente de acuerdo con el artículo 248 del Código de Comercio, por lo que no se puede predicar que el acta de liquidación final produzca ningún efecto.

a. El juzgador de instancia pasó por alto el incumplimiento de las obligaciones a las que estaba sujeta la liquidación según la misma Acta No. 36:

Debe comenzar por señalarse que la sociedad Frigorífico San Martín de Porres Ltda en Liquidación (en adelante "FSMP") no está liquidada por cuanto la misma Acta No.36 establecía unas condiciones específicas que la harían ineficaz, condiciones que se dieron en el caso concreto y evitaron que la liquidación cumpliera sus efectos plenamente.

Lo dicho, salta de bulto con la mera consulta del Certificado de Existencia y Representación de la sociedad, emitido por la Cámara de Comercio de Bogotá que dice:



CERTIFICA:

POR ESCRITURA PÚBLICA NO. 5279 DE LA NOTARÍA 38 DE BOGOTÁ D.C., DEL 07 DE JULIO DE 2017, INSCRITA EL 2 DE OCTUBRE DE 2017 BAJO EL NO. SE PROTOCOLIZÓ EL IX, 02264283 DEL LIBRO ACTA NO 43 DEL DE 2017 POR PAC CUAL LA SOCIEDAD DA ALCANCE A LAS CONDICIONES PARA EI. REMANTES CONTENIDAS EN EL ACTA NO. DEL PAGO EN SU TOTALIDAD PARA DAR PUBLICIDAD Y PRESENTAN 2013 (LA CUAL EL ACTA NO. 36 CONTENIDA EN LA ESCRITURA COMPLEMENTAR EXTRACTO DEL NO. 47 DEL 22 DE ENERO DE 2013 DE LA NOTARÍA 31 DE BOGOTÁ QUE PUBLICA

FUE INSCRITA CON EL REGISTRO 01700453 DEL LIBRO IX) ESTABLECIENDO UNA CONDICIÓN RESOLUTORIA PARA EL CASO EN QUE SE PRESENTE INCUMPLIMIENTO DE ALGUNA DE LAS CONDICIONES ESTABLECIDAS EN LA MENCIONADA ACTA NO 36.

A tenor del aparte transcrito, se hacen prístinos varios hechos irrebatibles, a saber:

- 1) Que el acta que hoy se usa para manifestar que la sociedad se encuentra disuelta, estaba sometida a varias condiciones resolutorias que se cumplieron plenamente dejando sin efecto todas sus posibles consecuencias liquidatorias.
- 2) Que, en un acto de mala fe perpetrado directamente contra los socios minoritarios, en primera oportunidad, solo se elevó a escritura pública un extracto del acto, con el cual se inscribió en la Cámara de Comercio tan solo un fragmento del Acta No 36 mutilada de manera arbitraria y en el que se ocultaban, en perjuicio de los mencionados, las condiciones a las que se encontraba atada dicha acta liquidatoria.
- 3) Que es tan cierto el hecho de que la sociedad no quedó liquidada con el Acta No.36, que en el 2017, es decir cuatro (4) años después de suscrita la misma, los socios se reunieron en Asamblea y expidieron el Acta No. 43, en la que se le dio forma a las condiciones que sujetaban al Acta No.36, por lo que, el hecho de que existiera dicha Asamblea, da cuenta de que la sociedad se encontraba y todavía se encuentra viva para el mundo jurídico, cosa que es evidente y por la cual la Cámara de Comercio procedió a su registro.
- 4) Que como se ha dicho el alcance de las condiciones fue delimitado por la ya mencionada Acta No. 43.

Siguiendo así nuestro análisis jurídico, lo pertinente es aclarar cuales son las condiciones a las que están sujetos los efectos jurídicos del Acta No. 36, para ello debemos remitirnos al contenido de esta, así como al contenido de la ya mencionada Acta No.43. Así en primer lugar nos remitimos al Acta No.36 en la que claramente se contemplan las siguientes condiciones:

- "i) Que se encuentre inscrita el acta final de liquidación en la cámara de comercio y que se encuentre en firme dicho registro.
- ii) Que se encuentre en firme la inscripción de la parte pertinente del acta final de liquidación en la oficina de instrumentos públicos de Bogotá.
- iii) Que transcurran dos meses contados desde la fecha de inscripción del acta final de liquidación en el registro mercantil sin que se hubieran presentado demandas de impugnación contra las decisiones contenidas en el acta final de liquidación.
- iv) Si se presentaran demandas de impugnación contra la mencionada acta final de liquidación, cuando se encuentre ejecutoriada la sentencia mediante la cual se nieguen las pretensiones de la demanda de impugnación. De existir varias demandas cuando se resuelva la última de ellas, negando las pretensiones de impugnación de la demanda." Negrillas fuera del original.

De esta manera, es evidente que en el punto cuarto del aparte citado del Acta No. 36 se reguló lo que debía ocurrir con su contenido en caso de que se presentaran procesos judiciales en contra de este, regulación que sometió su aplicabilidad en el caso mencionado, a una obligación claramente suspensiva, según la cual, los efectos jurídicos de ella quedarían en su nacimiento supeditados a las



resultas de dichos procesos. De esta manera, si se cumplía el supuesto (futuro e incierto) de que dicha acta fuese impugnada, nacía (como de hecho nació) una condición suspensiva que ataba la exigibilidad del Acta a lo que se decidiera en dichos litigios, en este punto es importante resaltar lo dicho por la doctrina con respecto a dichas condiciones:

"Si se trata de una condición suspensiva mientras está en estado pendiente no hay obligación, su nacimiento se encuentra netamente suspendido por tratarse de un hecho futro e incierto y por ende tampoco puede ser exigible." 1

Incluso con una lectura desprevenida del texto se logra advertir por la claridad del mismo que la **condición quinta no se cumplió**, esto pues en este mismo momento se encuentra en trámite un proceso judicial que cuestiona la validez de dicha Acta, identificado con el radicado 11001310303620130015007, de esta manera, es claro para el que interprete el texto resaltado en el extracto anterior con un mínimo de buena fe, que todos los efectos jurídicos del Acta 36 están supeditados a la terminación y las resultas de otro proceso, por lo que consideramos se equivocó el fallador de primera instancia al darle a lo pactado en la mencionada Acta unos efectos que evidentemente no tiene, pues no se puede predicar la exigibilidad de lo prescrito en un apartado del Acta, mientras se descarta sin razón alguna otro extracto de la misma.

Por lo dicho, se presentaban ante el juzgador solo dos caminos de acción lógicos frente al documento mencionado, que en todo caso llegan al mismo punto como veremos: (i) el primero era restarle de manera total el valor al mismo, concluyendo así que no surtió efecto liquidatorio alguno, por otro lado, el segundo; (ii) era considerar como válido el contenido total del documento, caso en el cual, se le imponía la obligación de constatar el cumplimiento o no de las condiciones, debiendo haber concluido que las mismas no se realizaron y por ende que el mismo no surtió efectos jurídicos de liquidación al no haberse cumplido el contenido condicional al que estaba sujeto. Pese a lo dicho, el operador jurídico de primera instancia tomó una tercera vía que en nuestro concepto se aleja de la senda marcada por los criterios de razonabilidad jurídica.

b. El juzgador de instancia omitió la ocurrencia de la condición resolutoria contemplada en el Acta No 43:

Como segundo punto, traemos a colación las condiciones contenidas en el Acta 43, en la que se expresa de manera clara:

"DÉCIMO SEGUNDO. Que hasta tanto se cumplan LAS CONDICIONES y se verifique formalmente la entrega de los remanentes de la liquidación a todos y cada uno de los asociados, entrega que se realizará al mismo tiempo para todos, les queda prohibido a LOS ADJUDICATARIOS DEL INMUEBLE disponer y/o gravar en manera alguna EL INMUEBLE, así como tampoco podrán transferirlo a ningún título, subdividirlo, establecer limitaciones de ninguna índole ni constituir hipotecas, servidumbres, anticresis, arrendamiento por escritura pública, ni lo podrán dar en garantía, ni ser demandados o embargados ejecutivamente por mora en sus obligaciones.

DÉCIMO TERCERO. Que de incumplirse lo estipulado en el numeral anterior, operará CONDICIÓN RESOLUTORIA y SE RESOLVERÁ de pleno derecho el acto contenido en la escritura pública No. 47 del 22 de enero de 2013 de la Notaría 31 de Bogotá."

Del aparte transcrito se pueden extraer varios puntos que son de una claridad meridiana y de una altísima relevancia en este proceso, los mismos son:

- 1) Que en esta se reitera el carácter condicionado de los efectos que pudiesen surgir del Acta No.36 y de su mismo contenido respecto a la liquidación de la sociedad.
- 2) Que la misma condicionaba la aplicación del Acta No. 36 que se registró en la escritura pública 47 del 22 de enero de 2007 no solo al cumplimiento de los supuestos en ella prescritos sino al

¹ Derecho de obligaciones Aproximación a la praxis y a la constitucionalización/ José Guillermo Castro Ayala Nattaly Jimena Calonje Londoño/ Universidad Católica de Colombia 2015.



reparto completo del remanente y a que los adjudicatarios del inmueble no dispusieran del mismo ni permitieran que sobre él se impusiera algún tipo de gravamen, pues si esto ocurría, operaba, de pleno derecho, la recisión de cualquier efecto resolutorio que el acta *ut supra* pudiese surtir.

Frente a la condición adicionada por esta Acta, también podemos constatar su incumplimiento de la siguiente manera:

i. Mediante anotación número 017 del 24 de enero de 2013, en el Certificado de Tradición y Libertad de la Oficina de Instrumentos Públicos de Bogotá Zona Centro, se les adjudicó como remanente a varios de los hoy socios del Frigorífico el inmueble identificado con matrícula inmobiliaria 50C-1009638, entre los que se encontraba el señor Bernardo Uribe Leyva:

ANOTACION: Nro 017 Fecha: 23-01-2013 Radicación: 2013-5823	ARIADO
Doc: ESCRITURA 47 del 22-01-2013 NOTARIA TREINTA Y UNO de BOGOTA D. C. VALOR	ACTO: \$24,667,000,000
ESPECIFICACION: ADJUDICACION LIQUIDACION SOCIEDAD COMERCIAL: 0111 ADJUDICACION LIQ	UIDACION SOCIEDAD COMERCIAL
PERSONAS QUE INTERVIENEN EN EL ACTO (X-Titular de derecho real de dominio,I-Titular de domi	inio incompleto)
DE: FRIGORIFICO SAN MARTIN DE PORRES LTDA EN LIQUIDACION NIT 860.008.488-7	NIT# 8500084887
A: PIEDRAHITA DE UMA\A BEATRIZ	CC# 20004875 X 9.774%
A: URIBE CLAUZEL JUAN PABLO	CC# 80414543 X 2.707%
A: URIBE CLAUZEL MARIA CAROLINE	CC# 51811510 X 1.806%
A: URIBE LEYVA AGUSTIN ESTEBAN IGNACIO	CC# 17056907 X 18.948%
A: URIBE LEYVA BERNARDO	CC# 19120930 X 18.948%
A: URIBE LEYVA ENRIQUE	CC# 5558205 X 18.948%
A: URIBE LEYVA JULIA	CC# 20344149 X 26.164%
A: URIBE VILLEGAS JUAN MANUEL	CC# 79943695 X 0.898%
A: URIBE VILLEGAS JUAN NICOLAS	CC# 79782918 X 1.806%

- ii. Como se ha manifestado con antelación, mediante el Acta 43 y de acuerdo con su registro en la Cámara de Comercio de Bogotá, los adjudicatarios de dicho inmueble adquirieron la obligación de mantenerlo dentro de sus patrimonios, libre de cualquier gravamen u obligación, so pena de que no operase la liquidación sometida a condición en la cuenta final de liquidación de la sociedad que se encuentra en la mencionada Acta 43 y en la 36.
- iii. Que dicha condición resolutoria fue expresamente consagrada sobre el folio de matrícula inmobiliaria del inmueble mediante anotación número 20 así:

As an invariant or of contract the section of the contract to	arten de la companya	CHARLES ON PRODUCTION IN COLUMN
ANOTACION: Nro 020 Fecha: 19-07-2017 Radicación: 2017-54674	EGISTRO	
Doc: ESCRITURA 5279 del 07-07-2017 NOTARIA TREINTA Y OCHO de BOGOTA D.	C. VALOR ACTO: \$	
ESPECIFICACION: CONDICION RESOLUTORIA EXPRESA: 0311 CONDICION RESOLUTORIA	LUTORIA EXPRESA	
PERSONAS QUE INTERVIENEN EN EL ACTO (X-Titular de derecho real de dominio	,l-Titular de dominio incompleto)	
DE: URIBE CLAUZEL JUAN PABLO	CC# 80414543 X	
DE: URIBE CLAUZEL MARIA CAROLINE	CC# 51811510 X	
DE: URIBE LEYVA BERNARDO	CC# 19120930 X	
DE: URIBE LEYVA ENRIQUE	CC# 5558205 X	
DE: URIBE LEYVA JULIA	CC# 20344149 X	
DE: URIBE VILLEGAS JUAN MANUEL	CC# 79943695 X	
DE: URIBE VILLEGAS JUAN NICOLAS	CC# 79782918 X	
A: FRIGORIFICO SAN MARTIN DE PORRES LTDA	NIT# 8600084887	

- iv. Se itera de nuevo que el mero registro de esta acta es una prueba adicional de la existencia de la sociedad, en tanto, en el año 2017, más de cuatro (4) años después de la supuesta muerte jurídica de la sociedad, la misma se encontraba siendo parte de actos jurídicos como el presente, del que da fe la autoridad registral y que denota su completa vitalidad jurídica, tanto en ese momento como al día de hoy.
- v. Que la condición resolutoria expresa contemplada en las Actas 43 y 36, en su registro en Cámara de Comercio y en el folio de matrícula inmobiliaria del inmueble 50C-1009638, se acreditó con el embargo del que fue objeto dicho bien el día 6 de octubre del 2021, realizado por la Unidad de Gestión de Pensiones y Parafiscales U.G.P.P, contra el señor Uribe Leyva que reposa a folio 22 del mencionado Certificado de Tradición y Libertad:



No tiene validez sin la firma del registrador en la ultima página

ANOTACION: Nro 022 Fecha: 06-10-2021 Radicación: 2021-85708

Doc: OFICIO 002740341 del 30-09-2021 LA UNIDAD DE PENSIONES Y PARAFISCALES de BOGOTA D. C.

VALOR ACTO: \$

ESPECIFICACION: EMBARGO POR JURISDICCION COACTIVA: 0444 EMBARGO POR JURISDICCION COACTIVA DERECHO DE CUOTA

PERSONAS QUE INTERVIENEN EN EL ACTO (X-Titular de derecho real de dominio,I-Titular de dominio incompleto)

DE: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL-UGPP NIT# 900373913

A: URIBE LEYVA BERNARDO

CC# 19120930 X

vi. De lo enumerado, se constata (de nuevo) el incumplimiento de una de las condiciones a las que se encontraban supeditados los efectos jurídicos del acta final de liquidación de la sociedad, plasmada en las Actas 36 y 43, en este caso la que prohibía a los adjudicatarios del inmueble "disponer y/o gravar en manera alguna EL INMUEBLE, así como tampoco podrán transferirlo a ningún título., (...), ni ser demandados o embargados ejecutivamente por mora en sus obligaciones." so pena de que operara la "CONDICIÓN RESOLUTORIA y SE RESOLVERÁ de pleno derecho el acto contenido en la escritura pública No. 47 del 22 de enero de 2013 de la Notaría 31 de Bogotá.", es decir del contenido del Acta 36 que hoy se alega como legitimante del presunto y negado estado de liquidada de la sociedad, Acta que por lo demás había ya perdido toda fuerza jurídica en virtud del incumplimiento de la condición a la que ella misma se sometía según la cual, no operaría ningún efecto en el mundo jurídico si "se presentaran demandas de impugnación contra la mencionada acta final de liquidación", cosa que como se ha visto, también ocurrió.

De esta manera, consideramos que se equivocó el juzgador de primera instancia al mencionar que la sociedad se encontraba liquidada en el 2019 o que se encuentra liquidada en la actualidad, esto cuando dijo:

"Dicho lo anterior, de la lectura del certificado de existencia y representación legal de Frigorífico San Martín de Porres Ltda. se desprende que la cuenta final de liquidación consignada en la escritura pública 47 del 22 de enero de 2013 se inscribió en el registro mercantil el 25 de enero de 2013.14 Dicho documento, también da cuenta de que la cuenta final de liquidación no se encontraba suspendida por decisión de alguna autoridad para la fecha en que se celebró la reunión de la junta de socios del 1 de abril de 2019."

Así, el fallo objeto de apelación no dio respuesta al carácter condicional de la cuenta final de liquidación (expresada de manera enfática por la liquidadora en su deposición ante el despacho), pese a que como se repite, fue alegado expresamente en los escritos procesales aportados por esta parte y a que esta en un diligente ejercicio argumentativo se había anticipado al posible razonamiento según el cual, del Certificado de Existencia y Representación se colegía que esta persona jurídica se encontraba liquidada, demostrando la inconveniencia del mismo al decir:

"Así las cosas, vale la pena recordar que, así como lo ha dicho esta Superintendencia, una cosa es la cancelación de la matrícula mercantil que consta en el certificado de existencia y otra muy diferente es la liquidación de la sociedad. Lo anterior, toda vez que la cancelación de la matrícula se realizó cuando se inscribió el acta de la cuenta final de liquidación, pero omitiendo las condiciones a las que esta estaba sujeta, como explicamos previamente"

Con lo dicho, es evidente que se debe incluir dentro de la lista de desatinos en los que incurrió esta sentencia, el hecho que se hace notorio, según el cual, el juzgador de instancia incumplió en la expedición del proveído apelado en una violación directa a la obligación contenida en el artículo 280 del Código General del Proceso que dice:

"La motivación de la sentencia deberá limitarse al examen crítico de las pruebas con explicación razonada de las conclusiones sobre ellas, y a los razonamientos constitucionales, legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, con indicación de las disposiciones



aplicadas. El juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ella."

En esta tesitura, vemos que el operador jurídico, desatendió en la decisión impugnada el deber de dar un claro análisis y justificación de la valoración del contenido integral de las pruebas (como la referencia expresa a las condiciones a las que estaba sometida el Acta 36, cuya existencia era del todo constatable a la luz del texto del Certificado de Existencia y Representación de la sociedad).

Sirvan como colofón de este acápite las mismísimas palabras de la Superintendencia de sociedades, quien reparando en el carácter especial y no liquidado de la sociedad Frigorífico San Martín de Porres Ltda dijo en oficio No. 301-130937 del 28 de noviembre de 2019:

"...en sendos oficios de los cuales le adjunto copia de los últimos proferidos², esta Superintendencia ha señalado que el de la Sociedad es un caso sui generis; afirmación que se sustenta en diversos aspectos, tales como, que si bien su matricula mercantil aparece cancelada, según información que arroja el propio registro mercantil que lleva la Cámara de Comercio de Bogotá, no sucede lo mismo en relación con la información sobre su liquidación, de hecho, la Sociedad no aparece liquidada en el registro mercantil que lleva la Cámara de Comercio de Bogotá; adicionalmente, a pesar de encontrarse registrada la cuenta final de liquidación, el pago de remanentes sociales pende de unas condiciones (básicamente que se resuelvan definitivamente las controversias judiciales sobre la cuenta final de liquidación) como se señaló anteriormente que, a la fecha, no se han cumplido.

En consecuencia, no es posible por parte de esta Superintendencia, en el marco de sus atribuciones y competencias, emitir concepto respecto de si la Sociedad se encuentra liquidada...". (negrita y subrayado por fuera del original)

En conclusión, se le achaca a la sentencia objeto del recurso el partir del supuesto erróneo según el cual la sociedad se encontraba liquidada al momento de celebrarse la Junta de Socios que se hizo constar en el Acta No.44 y que este sujeto procesal tacha de nula.

2. La convocatoria realizada por la señora liquidadora Martha Cecilia Salazar Jiménez era plenamente válida e impedía realizar la reunión por derecho propio que se documentó en el Acta 44:

Situados ya de manera clara en el escenario jurídico en el que consideramos que se debió proferir esta decisión, es decir, en el supuesto de una empresa que se encuentra en proceso de liquidación y no liquidada aun, pasaremos analizar la validez de la reunión de socios "por derecho propio" celebrada el primero de abril de 2019, auscultando de manera particular en si la misma fue o no violatoria del artículo 422 del Código de Comercio y si por ende adolece de algún vicio de nulidad en sus disposiciones.

En primer lugar se debe decir que de los hechos probados en el proceso, se hace palmaria la violación al mencionado enunciado normativo, en tanto cuando siete (7) de los socios se reunieron "por derecho propio", existía una convocatoria válida para celebrar la Junta de Socios, realizada por la liquidadora nombrada por la Superintendencia, lo que hace a esta reunión y a las determinaciones sociales en ella tomadas nulas tal y como se solicitó, por lo que no se configuraban los supuestos necesarios para que una parte de los socios, de manera unilateral y en un franco desconocimiento a los derechos de sus pares, se reuniera por derecho propio, posibilidad que solo se activa cuando no existe convocatoria ordinaria realizada por el representante legal (situación antipódica a la ocurrida en el caso de marras).

De lo que se concluye sin lugar a duda que dicha reunión se realizó en plena contravención a las normas que regulan la materia y que son de orden público por lo cual de las mismas el particular no puede disponer bajo ninguna circunstancia, y cuyo incumplimiento es indefectiblemente una causal

Oficios 300-061425 del 10 de junio de 2019, 300-072247 del 8 de julio de 2019, 300-074269 del 15 de julio de 2019 y 301-082384 del 24 de julio de 2019.



de nulidad, que no solo debe ser declarada a petición de parte, sino que, de presentarse de manera evidente en el proceso, debe ser declarada por el juez de manera oficiosa.

De esta manera y en aras de dar una breve claridad sobre las razones del ataque a la sentencia de primera instancia, mencionaremos las razones por las que la convocatoria de fecha 29 de marzo de 2019, era plenamente válida y por ende hacía inviable la reunión por derecho propio sobre cuyas decisiones se solicita la nulidad en este proceso:

- 1) En primer momento las dos convocatorias realizadas por la liquidadora (tanto la cancelada del 12 de marzo como la del 29 de ese mes), se realizaron en estricto cumplimiento de lo ordenado por la Superintendencia en oficio n 312-016382 de 6 de abril de 2019 y en fechas que se encuentran dentro de los primeros tres meses del año (razón de más por la que nos extraña que en la sentencia impugnada se diga que la reunión de los socios no era posible pues se trataba de una empresa liquidada), lo que nos lleva a concluir en sana lógica que el acto de convocatoria arriba mencionado, estaba revestido de una doble legitimidad, no solo por el hecho de que esta era un deber jurídico del liquidador a tenor de lo dicho en el plurimencionado artículo 422 del Código de Comercio, sino que la misma obedecía a prescripción expresa por autoridad administrativa.
- 2) En este sentido del cotejo a primera vista entre las normas jurídicas que regulan la convocatoria, resulta evidente el desatino del fallador en tanto, contrario a lo sostenido por este, sí se debe colegir que toda disposición emanada de una asamblea reunida ilegal y de mala fe, es violatoria no solo de los derechos legales y constitucionales de los socios en general, sino del enunciado normativo contenido en el artículo 442 *ut supra* en particular, en tanto transgredieron de forma flagrante las normas de orden público que regulan la toma de decisiones sociales.
- 3) Con el ánimo de cimentar todavía más nuestra tesis, diremos además que es previsible que dentro del trámite del recurso se alegue que la Asamblea no fue convocada para una fecha que se encuentre dentro de los tres primeros meses del año, pese a lo cual veremos que dicho argumento es fácilmente derruido cuando se considera que el supuesto de hecho para la celebración de reuniones por derecho propio es taxativo, por lo que solo se aplica cuando la reunión no se ha convocado, dejando fuera cualquier otra posibilidad fáctica como lo es el que la misma se hubiese convocado para después del mes de marzo, esta taxatividad en la interpretación, no solo resulta de su carácter de norma de orden público, sino de la claridad meridiana de su redacción, por lo que no debe ser interpretada de manera diferente a su sentido natural y obvio, en tanto "Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu".
- 4) Adicionalmente, encontramos que si nos remitimos a la función que cumple la norma en el esquema societario colombiano, solo resulta plausible la interpretación que aquí se le da al mencionado artículo 442. Esto pues, si atendemos a que su finalidad es permitir que ante la inexistencia de una Asamblea de Socios convocada estos puedan ejercer sus derechos políticos en el control de la sociedad, dicho fin solo se cumple cuando efectivamente está ausente la mentada convocatoria, haciendo que en el horizonte de los socios no se vislumbre alguna posibilidad de asistir a esta reunión anual y ejercer sus derechos económicos y políticos en ella.

A contrario sensu cuando la misma se encuentra citada, en atención a esta misma finalidad protectora de los derechos de los socios, es dicha convocatoria la que ha de prevalecer por encima de una mal llamada "reunión por derecho propio", esto en el entendido de que al ser la Asamblea convocada de conocimiento de todos los accionistas, es esta la que garantiza de mejor manera que la totalidad de los mismos pueda concurrir y ejercer los mencionados derechos, al respecto vale la pena citar lo dicho por la Superintendencia de Sociedades respecto a la finalidad de la figura de las reuniones por derecho propio:

"Es evidente entonces, al examinar el tema de la reunión por derecho propio, que el legislador pretendió garantizar a los asociados el derecho a reunirse, como mínimo una vez al año cuando no fueren convocados, de forma que no quedaran indefensos, sometidos

.

³ Artículo 25 del Código Civil Colombiano.



a la voluntad de un administrador que, deliberada o involuntariamente, no convoca al máximo órgano social para examinar la situación de la empresa, haciendo nugatorios algunos de los derechos que le otorga la ley a quienes ostentan la calidad de socios o accionistas, como bien podrían destacarse el de conocer las cuentas y el balance de fin de ejercicio; enterarse de la gestión de los administradores; efectuar las designaciones que por ley o estatutos les corresponde; repartir los dividendos etc.

Dicho en otras palabras, es una citación contemplada en la ley, de una parte, para garantizar y asegurar que los asociados puedan reunirse, como mínimo, una vez al año, a efecto de que ejerzan los derechos políticos y económicos que legalmente les corresponde, de otra, como medida correctiva a fin de subsanar la omisión en que incurre el administrador del ente jurídico al no convocar a la reunión ordinaria."

En esta tesitura es claro que (i) al existir una reunión convocada dentro de los tres primeros meses del año (el 29 de marzo), los socios no tenían amenazado el ejercicio de sus derechos políticos, pues precisamente existía una convocatoria a Asamblea que les permitiría concurrir y desplegar a plenitud todos sus derechos en el contrato social, (ii) que esta convocatoria fue dirigida a todos los socios, por ende garantizaba que la totalidad de los accionistas participaran y ejercieran los mencionados derechos, (iii) que por ende no se podía celebrar una reunión por derecho propio, (iv) que, por todo lo dicho, el actuar de un grupo de accionistas registrado en la llamada Acta No. 44, estaba encaminado a desconocer los derechos de un grupo minoritario en un claro actuar de mala fe, esto pues al reparar en las finalidades que tiene la figura de la reunión por derecho propio, queda claro que en el caso en mención no era esta la institución del derecho societario que se debía elegir, porque al existir una convocatoria conocida por todos los socios, su uso, lejos de cumplir su finalidad, se constituye en una herramienta para el desconocimiento de las garantías de un grupo de socios, lo anterior, tal y como se verá en el acápite siguiente.

3. Sobre la mala fe de un grupo de socios mayoritarios que no fue objeto de pronunciamiento por parte del a quo.

Es evidente en este punto, que también se abstuvo el operador jurídico de primera instancia de analizar la conducta procesal de las partes, como quedó probada en el proceso. De esta manera, se omitieron las siguientes conductas que eran medulares en la resolución del conflicto de acuerdo con los postulados constitucionales y legales, pasando por alto los siguientes hechos:

- 1) Que un grupo de socios mayoritarios ha venido de manera sistemática torpedeando los derechos de los minoritarios, con actos como los que se han acreditado en este proceso frente a la inscripción parcial y amañada de actas en la Cámara de Comercio, con el fin de dejar por fuera las condiciones a las que estaba sujeta la liquidación, como protección a los minoritarios.
- 2) Que esto se ha reflejado en sus conductas procesales, al sostener de mala fe, tesis que incurren en profundas e insalvables contradicciones como lo es afirmar por un lado que sí había lugar a la reunión por derecho propio mientras por el otro se dice que la sociedad está liquidada.
- 3) ¿Cómo explican entonces la validez de una reunión que celebraron frente a una sociedad que ellos mismos alegan estaba liquidada para la fecha? La respuesta es simple: celebraron la reunión y emitieron un acta de una sociedad que existía y estaba vigente, no estando liquidada definitivamente, dándole la razón a la parte Demandante.
- 4) Este obrar en el que de manera acomodaticia se usan argumentos parciales para sostener dos tesis que son mutuamente excluyentes, solo demuestra que ambas (la de la liquidación y la de la validez de la reunión por derecho propio) son planteamientos que tienen su raíz en la mala fe, **por lo que para su defensa un grupo de socios mayoritarios están incluso dispuestos a sacrificar la coherencia de su discurso y por ende poner incluso en duda su credibilidad procesal con el fin de conseguir mediante torticeras argumentaciones sus desleales propósitos, ahondando todavía más en el iter de mala fe que de vieja data han emprendido.**

⁴ Super Intendencia de sociedades 220-44078, 09 de septiembre de 2004



5) Tampoco analizó el juzgador de instancia el hecho de que este grupo de socios mayoritarios, a sabiendas de que estaba programada una reunión ordinaria, de la que tenían conocimiento todos los accionistas en virtud de la convocatoria que fuese realizada por la liquidadora, decidieran, con el claro interés de excluir a los socios minoritarios de la toma de decisiones sociales "reunirse por derecho propio" de manera irregular y sin que de ello supiesen nada los socios minoritarios, que de buena fe esperaban ejercer sus derechos en la Asamblea que había sido convocada por el liquidador.

A lo dicho se agrega que, incluso si en gracia de discusión se aceptara que el encuentro de los socios mayoritarios era una reunión por derecho propio en los términos legales (cosa que como se ha visto es un imposible jurídico) tendríamos que concluir que las decisiones tomadas en la misma serían de todas maneras inválidas al constituirse en un claro ejercicio abusivo de la posición mayoritaria. Esto pues, de nuevo si hipotéticamente y dando por verdadero lo que es falso, a saber, la manifestación de que los socios podían reunirse por derecho propio, su actuar no se validaría en tanto es evidente que este derecho (de plano inexistente) se habría ejercido en un claro abuso, en tanto no se habría realizado para proteger la posibilidad que como socios les asiste de intervenir en las decisiones de la sociedad, pues la misma ya se encontraba garantizada por la convocatoria a Asamblea que había realizado la liquidadora. Es que salta del bulto que su clara intención excedía e incluso contrariaba, la teleología de este derecho, al ser aplicada con el fin de excluir a los socios minoritarios de la reunión del máximo órgano social.

Por lo dicho, vale la pena traer a colación la jurisprudencia de la propia Superintendencia de Sociedades, que de manera clara ha reconocido que el derecho no puede tutelar el actuad de socios que, amparados en el ejercicio de sus derechos, subvierten la finalidad de los mismos con el fin de perjudicar a sus pares, mediante mecanismos que aunque sean legales de manera formal, no lo son de fondo al estar encaminados a metas distintas de las buscadas por el ordenamiento jurídico con sus regulaciones:

"En tercer lugar, se ha dicho que los accionistas Limiti Forero aprobaron la disolución de la sociedad de manera subrepticia (vid. Folio 25). Ello se debe a que la convocatoria a la reunión se realizó mediante la publicación de un aviso en el diario La República, a pesar de que, según la demandante, 'siempre se le convocó de manera habitual a través de medios escritos, enviados personalmente, por correo certificado, por correo electrónico incluso a través de llamada telefónica, ratificando la invitación a la celebración de la reunión [...]' (vid. Folio 6). Lo anterior podría ser relevante para el presente proceso, en tanto en cuanto el uso de maniobras sigilosas ha sido considerado como un indicio acerca del posible carácter abusivo de decisiones sociales. Así, por ejemplo, en un laudo arbitral emitido el 17 de marzo de 2004 se formularon las siguientes consideraciones: '[c]uando los socios mayoritarios, de manera consciente y deliberada, deciden decretar una capitalización que se plantea de manera repentina y que se promueve sigilosamente, aprovechándose de una intempestiva modificación de la forma como se venían haciendo las convocatorias a las reuniones de la junta de socios y privando a sus consocios, de facto, de la posibilidad de participar en dicha capitalización, incurren en abuso del derecho, a pesar de que formalmente hayan cumplido con los pasos para concretar una capitalización en la que, teóricamente, los demás consocios también pueden participar." (Negrillas fuera del original.)

No de otra manera se puede llamar al hecho, según el cual, al tener los socios mayoritarios dos posibilidades en su horizonte fáctico (la de respetar la convocatoria válidamente realizada y la de irrespetarla, convocando de manera ilegítima una supuesta reunión por derecho propio) adoptaran estos el camino que tendía a desconocer los derechos de los socios minoritarios en tanto estos no podrían -y en efecto no pudieron- ejercer sus derechos políticos al no estar informados de una reunión de cuya asistencia se vieron completamente privados. Por todo lo dicho, es forzoso concluir que, en el mejor de los casos, se configuró una maniobra sigilosa para despojar a los minoritarios de sus derechos políticos, en tanto, como se ha dicho, el grupo de accionistas que supuestamente se reunió

_

⁵ Superintendencia de Sociedades/ Auto n.° 800-14679 del 30 de octubre de 2015



por "derecho propio", lo habría hecho con el fin de torpedear una convocatoria de la que todos los socios estaban informados, reemplazándola por una que solo conocía este grupo de accionistas que evidentemente actuaron así de mala fe.

En este sentido, si se observa todo lo dicho hasta el momento, no son excesivas cavilaciones para reparar que está impregnado de mala fe el comportamiento de un grupo de socios que: (i) desconoce la existencia de una convocatoria comunicada a todos los que ostentan esta calidad y con el fin de evitar que sus pares puedan concurrir a una Asamblea, convocan de manera ilegal e ilegítima una "reunión por derecho propio" (que nunca intentaron siquiera comunicar a los minoritarios, que tenían sus esperanzas fijadas en la convocatoria hecha por la liquidadora); y que, (ii) incurren en una tesis profundamente contradictoria al sostener que realizan una asamblea de socios de una sociedad que consideran liquidada y por ende extinta, violando el principio elemental de la lógica que reza ex nihilo nihil fit.

Y es que se debe recordar que el contrato societario, al igual que todos los contratos mercantiles debe operar de acuerdo con el deber constitucional de buena fe, contenido en el artículo 80 de la Carta Política y que obliga a los particulares a regir sus actuaciones bajo este postulado, que encuentra su desarrollo legal en materia contractual en el artículo 1546 del Código Civil que manifiesta 'Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella' y en el artículo 830 del Código de Comercio en virtud de la condena que este hace de procederes contrarios a la buena fe, como lo es el abuso del derecho, esto cuando dice: "El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause.".

Así lo ha dicho la Corte Constitucional, cuando ha sostenido que el mandato constitucional arriba reseñado, se traduce en la praxis en obligaciones jurídicas precisas y concretas en el trato entre particulares, de esta manera ha descrito que:

La jurisprudencia constitucional ha definido el principio de buena fe como aquel que exige a los particulares y a las autoridades públicas ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una "persona correcta (vir bonus)". Así la buena fe presupone la existencia de relaciones reciprocas con trascendencia jurídica, y se refiere a la "confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada" (Negrillas propias.)

Por lo dicho, y a manera de resumen, el fallo que se ataca en este recurso, al evitar el análisis de la buena fe de las partes estaría violando normas de rango constitucional (artículo 80 C.P.C), normas procesales (artículo 280 C.G. P) y normas sustanciales (artículos 830 del C. Co y 1546 del C.C), llegando así a una decisión contraria a lo que en derecho correspondía.

Según lo mencionado, es evidente que se configuró la mencionada transgresión a la regulación sobre el procedimiento para la toma de decisiones sociales por lo que las contenidas en el Acta No. 44 adolecen de la nulidad que debió ser declarada por el juez de instancia.

III. Solicitud

En los anteriores términos solicitamos, respetuosamente, que se revoque la sentencia de primera instancia para declarar la prosperidad de las pretensiones que formuló el demandante.

Atentamente,

JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR

T.P. 14.106 C.Ś.J.

C.C. 70.050.456 de Medellín

⁶ Sentencia C-1194/08. MP: Rodrigo Escobar Gil

MEMORIAL PARA REIGSTRAR DRA. LOZANO RICO RV: SUSTENTACION RECURSO PROCESO No 11001310303320190017301

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mié 07/12/2022 16:06

Para: 2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

MEMORIAL PARA REIGSTRAR DRA. LOZANO RICO

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: CONSULTORES JURÍDICOS H & M <consultoresjuridicoshm@gmail.com>

Enviado: miércoles, 7 de diciembre de 2022 4:00 p.m.

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: abogadobmgb@hotmail.com <abogadobmgb@hotmail.com>; hyafabogados01@gmail.com <hyafabogados01@gmail.com>; fahidnamegomez@gmail.com <fahidnamegomez@gmail.com>

Asunto: SUSTENTACION RECURSO PROCESO No 11001310303320190017301

Cordial Saludo,

Señores

HONORABLES MAGISTRADOS DE LA SALA CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ **Ant Magistrada Ponente** Dra AIDA VICTORIA LOZANO RICO E.S.D.

Ref: PROCESO No 11001-3103-0033-2019-00173-01

ASUNTO: SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN EN CONTRA LA SENTENCIA PROFERIDA POR EL JUZGADO TREINTA Y TRES CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ

LUIS ENRIQUE HERNANDEZ RINCON, identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 79.537.446 expedida en Bogotá (Cundinamarca), abogado en ejercicio con T.P. Nro. 179.445 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en nombre y representación de la parte demandante, personas mayores de edad, vecinos y residentes en Bogotá, por medio del presente escrito adjunto sustentación del recurso de apelación en contra de la sentencia de fecha 8 de septiembre de los corrientes.

Cordialmente,



LUIS ENRIQUE HERNÁNDEZ RINCÓN

CEL: 310 230 5210

CORREO ELECTRÓNICO:

consultoresjuridicoshm@gmail.com



Señores

HONORABLES MAGISTRADOS DE LA SALA CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA
Ant Magistrada Ponente
Dra AIDA VICTORIA LOZANO RICO
E.S.D.

Ref: PROCESO No 11001-3103-0033-2019-00173-01

ASUNTO: SUSTENTACION RECURSO DE APELACIÓN EN CONTRA LA SENTENCIA PROFERIDA POR EL JUZGADO TREINTA Y TRES CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ

LUIS ENRIQUE HERNANDEZ RINCON, mayor de edad y domiciliado en esta ciudad, con C.C. No 79.537.446 de Bogotá, abogado con T.P. 179.445 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en nombre y representación de los demandantes mayores de edad, domiciliados y residentes en Bogotá, por medio del presente escrito me permito manifestarle que la sustentación del recurso de apelación en contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Civil Del Circuito De Bogotá de fecha 8 de septiembre de los corrientes, fue sustentada y argumentada en el escrito de fecha 13 de septiembre de 2022; por lo anterior me permito transcribir los mismos reparos, los cuales fundamento de acuerdo a los siguientes:

I. HECHOS

PRIMERO: Con fecha 8 de marzo de 2019 se radico demanda de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual en contra de la Parroquia El Inmaculado Corazón De María a quien le Pertenece la obra Colegio Parroquial Del Inmaculado Corazón De María, La Corporación Senderos de Catay Entidad Sin Ánimo De Lucro y Grupo Sembradores, por la muerte de la menor MARIA ALEJANDRA SANCHEZ TINOCO (Q.E.P.D.), por reparto le correspondió al Juzgado Treinta y Tres Civil Del Circuito De Bogotá, bajo el radicado No 11001310303320190017300.

SEGUNDO: El juzgado 33 mediante auto de fecha 20 de abril de los corrientes convoco audiencia de que trata el artículo 372 del Código General del Proceso y dentro del mismo después del desarrollo de cada una de las pruebas, emitió sentencia la cual fue objeto de los presentes reparos.

II. REPAROS A LA SENTENCIA

Señores Magistrados de la Sala Civil del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, me permito indicar los reparos a la sentencia proferida por el señor Juez Treinta y Tres Civil Del Circuito De Bogotá de la siguiente manera:

PRIMERO: El primer reparo hace referencia a que no estoy de acuerdo con la cuantificación de los daños y perjuicios que hizo el señor juez al emitir su fallo, el argumento de este reparo es que no hubo una argumentación clara y

Avenida Jiménez No 8ª-44 oficina 508 Edificio Sucre. Correo electrónico consultoresjuridicoshm@gmail.com Tel: 2430964***3102305210***3214498532



fundamentada en la doctrina, ley y jurisprudencia; el señor juez solamente otorga 20 SMLV como daño moral al hermano de la victima y demandante señor Johan Sebastián, y por daño en vida relación condena a pagar a los demandados únicamente la suma 10 SMLV para cada uno de los demandantes por concepto de daño en vida relación.

SEGUNDO: En la imposición de dichas condenas por daño moral en favor del señor Johan Sebastián Sánchez y por daño en vida relación de todos los demandantes ROBERTO SANCHEZ GUTIERREZ, JOHAN SEBASTIAN SANCHEZ y LORYBETH TINOCO GARCIA, dice que va a aplicar el marco factico teniendo en cuenta las condiciones de tiempo, de malestar, la situación o posición de la victima y los perjudicados, intensidad de la lesión ese dolor o pesadumbre bajo los parámetros de la sentencias del 30 de septiembre de 2016 bajo el radicado 200000500174 y de la sentencia del 9 de julio de 2012 bajo el radicado 200200101 Magistrado ponente Ariel Salazar Ramírez sentencia de la sala de Casación Civil.

Y es que con base en lo anterior me permito argumentar el siguiente reparo que se refiere a que si bien es cierto, indica que se debe probar el daño moral para cuantificar el mismo, es el señor Juez que de primera mano tuvo a su disposición los interrogatorios que se le practicaron a los demandantes ROBERTO SANCHEZ GUTIERREZ y LORYBETH TINOCO GARCIA, y pudo analizar la magnitud del dolor que causa la perdida de una hija, no se entiende como le concede solamente daño moral a Johan Sebastián hermano de la menor fallecida y sin ningún argumento menoscaba ese derecho a la madre y padre de la menor fallecida ROBERTO SANCHEZ GUTIERREZ y LORYBETH TINOCO GARCIA, no hay una fundamentación clara que indique eso precisamente, porque 20 SMLV al demandante y hermano de la victima y porque no cuantifica al señor ROBERTO SANCHEZ GUTIERREZ y la señora LORYBETH TINOCO GARCIA si él consideraba que no existían registros o prueba alguna que dimensionara ese daño moral.

Téngase en cuenta que el honorable consejo de estado en sentencia del 28 de agosto del año 2014 determino unos argumentos sobre los cuales un fallador podría entrar a determinar una cuantificación tanto de los daños morales como los daño en vida relación, de acuerdo con su grado de cercanía y de acuerdo con la intensidad del daño ocasionado, el señor Juez nunca hizo referencia a esa sentencia que a mi parecer es una sentencia unificadora y que permite determinar de una forma más objetiva los daños solicitados por el extremo demandante.

TERCERO: Ahora el señor Juez indica que si bien es cierto, no es necesaria allegar prueba alguna para la probanza de los daños morales, y que conforme a las reglas de la experiencia se puede deducir que los integrantes de una familia compromete distintos momentos en la vida de los cuales se puedan extraer registros y haberlos aportados como prueba sumaria del proceso, nada se aporto para transmitir dicho conocimiento al despacho, y con ello poder cuantificar los perjuicios morales en el monto máximo indemnizable.



Esta es la sustentación de mi siguiente reparo, y es precisamente que el señor Juez no tiene en cuenta el interrogatorio de los tres demandantes el cual fue claro, conciso y contundente, y que si es una prueba real y legitima de cuanto daño moral se les causo por la perdida de su hija, si bien es cierto no se allego ningún testimonio ni prueba pericial, la misma versión de ellos dan cuenta y puede extraer el señor Juez haber llevado a una cuantificación de los daños morales y no sobre todo sustraerlos en cabeza de la señora Lorybeth y el señor Roberto. El mismo debió percibir en las declaraciones la ansiedad, desasosiego la incertidumbre que ocasiono el accidente y que termino en la muerte de la menor.

CUARTO: El siguiente argumento al reparo tiene que ver cuando el señor Juez indica que se va a condenar por concepto en daño en vida relación a los demandantes en la suma de los 10 SMLV para cada uno, teniendo en cuenta que se demostraron los daño causados e inconvenientes en la afectación emocional, sus relaciones familiares que afectaron la perdida de acciones que hacen más agradables la existencia de los seres humanos tales como las actividades lúdicas, recreativas y deportivas de los demandantes.

Es una apreciación respetable del señor Juez que se valora el haber dado 10 SMLV para cada uno por ese concepto, pero nunca hace referencia a un argumento jurídico que pueda determinar porque da esos 10 y por qué no da más.

En general mis reparos se sustentan y argumentan mi posición de no estar de acuerdo con el señor Juez al no haber argumentado efectivamente su decisión sobre las condenas por daño moral en favor de Sebastián y distribución de la condena a los tres demandantes por concepto de daño en vida relación, teniendo como base jurisprudencia que hubiese podido dar mejor aplicación y haber aumentado esas condenas que en mi justo sentir son muy desproporcionadas a lo que fallo el señor Juez de primera instancia.

III. PETICION

Amablemente solicito a los Magistrados de la Sala Civil del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que se revoque la sentencia en lo que atañe a los reparos sustentados.

Cordialmente,

De la Honorable Magistrada,

LUIS ENRIQUE HERNANDEZ RINCON

C.C. 79.537.446 de Bogotá

T.P. 179.445 del CSJ

Avenida Jiménez No 8ª-44 oficina 508 Edificio Sucre. Correo electrónico consultoresjuridicoshm@gmail.com Tel: 2430964***3102305210***3214498532 MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA LOZANO RV: RAD. 1100131030-33-2019-0173-01 Proceso: Verbal de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual de Mayor Cuantía DEMANDANTE: ROBERTO SANCHEZ Y OTROS DEMANDADO: CORPORACION

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Para: 2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA LOZANO

Atentamente,



República de Colombia Rama Judicial del Poder Público Secretaria Sala Civil Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá

Av. calle 24 N° 53-28 Torre C - Oficina 305 Teléfono: 423 33 90 Extensión 8349 Email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA

De: MAURICIO GUTIERREZ < ABOGADOBMGB@hotmail.com >

Enviado el: viernes, 9 de diciembre de 2022 4:16 p. m.

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>; fahidnamegomez@gmail.com;

 $hy a fabogados 01@gmail.com; Oswal\ Rodriguez\ Herrera < consultores juridicoshm@gmail.com > consultores for a faboration of the consultores faboration of$

Asunto: RAD. 1100131030-33-2019-0173-01 Proceso: Verbal de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual de Mayor Cuantía DEMANDANTE: ROBERTO SANCHEZ Y OTROS DEMANDADO: CORPORACION GRUPO SEMBRADORES ENTIDAD SIN ANIMO DE LUCRO Y OTROS.





Señor

HONORABLES MAGISTRADOS SALA CIVIL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C. Magistrada Ponente: Aida Victoria Lozano Rico BOGOTÁ D.C.

E. S. D.

Proceso: 2019 - 0173-01

Verbal de Responsabilidad Civil Contractual y

Extracontractual de Mayor Cuantía

DEMANDANTE: ROBERTO SANCHEZ Y OTROS

DEMANDADO: CORPORACION GRUPO SEMBRADORES

ENTIDAD SIN ANIMO DE LUCRO Y OTROS.

BORIS MAURICIO GUTIÉRREZ BARÓN, mayor de edad y vecino de esta ciudad, abogado inscrito y titulado, identificado con Cédula de Ciudadanía No. 79.625.422 de Bogotá D.C. con la Tarjeta Profesional No. 134.099 del C.S.J. en mi condición de apoderado judicial de la entidad CORPORACION SENDEROS ENTIDAD SIN ANIMO DE LUCRO con NIT No. 808.003.863-4, me dirijo al despacho con el fin de presentar la sustentación al Recurso de Apelación interpuesto contra la sentencia y en contra del auto que negó el incidente de nulidad dentro del presente asunto, así:

1.- Reparo: Violación al debido proceso ante la falta de la notificación eficaz a mí representada.

Dentro del proceso existe la certificación del envío de la notificación de fecha 25 de junio de 2021, pero respecto del contenido del envío no obra constancia alguna en el expediente con el que se acredite con suficiente claridad la notificación de la demanda a mi representada, esto es que la notificación debe reunir una connotada eficacia de lo que se está comunicando, es decir de las providencias de fechas 11 de abril de 2019 y 3 de mayo de 2019; ahora también se allega un citatorio en archivo igualmente anexo con el que provocó una confusión respecto de la forma en que se hacía, y con lo anterior a la postre causó una vulneración al derecho a la defensa de mi representada; como hecho indicador de lo antes dicho, dentro del expediente y particularmente dentro de las providencias que emitió el juzgado pareciere que también se pasó por inadvertida la situación por ello no existe auto que en forma clara exprese o acredite el silencio que guardó mi representada ante una clara y diáfana contabilidad de términos que para ese entonces otorgaba el decreto 806 de 2020 y que producto de ello haya guardado silencio. Este yerro fue corregido directamente por el Juez instructor al momento de resolver el incidente de nulidad propuesto.

También es indicador de lo antes mencionado, es que de igual forma al momento del decreto de pruebas también se observa un absoluto silencio respecto del decreto a que obliga el Art. 372 del C.G.P., esto es se decretan por ejemplo los interrogatorios de parte de los extremos de la litis pero solamente en la audiencia es cuando el juez de primera instancia advierte su ausencia y lo decreta.

La notificación a que hace referencia el juez instructor en la parte resolutiva del recurso de reposición del incidente de nulidad, y que obra en el archivo pdf del cuaderno digital No 1 y que se denomina: 08NOT292 –CORPORACION SENDEROS (1). Allí se avizora una serie de archivos que acompañan el citado envío pero los mismos no obran en el expediente, luego el juez de primera instancia da por hecho que lo que allí se allegó cumplía adecuadamente el fenómeno de la notificación según su dicho a lo ordenado por el Decreto 806 de 2020, cuando realmente allí está la médula del problema y que provocó una desorientación por parte de mi poderdante. Allí existe un contenido absolutamente desorientador respecto del citatorio de que trata el Art. 291 y el aviso del Art. 292 del C.G.P., es decir que se mezcló una información que va en detrimento de los intereses de mi representada.

Otra sería la situación, si el Juez de primera instancia al calificar la forma en que se notificó hubiere requerido a la parte demandante y le hubiere exigido que se allegaran todos los archivos que acompañaban la certificación de fecha 25 de junio de 2022, lo anterior porque estamos seguros que se encontraría la situación anotada y el juzgado no tendría por válida la notificación provocando que se desecharan las diligencias presentadas y se produjera un nuevo intento.

Ahora, la única forma que previene la ley procesal era precisamente proponer el incidente de nulidad que se alegó en oportunidad una vez se conociera al detalle el expediente, esto es cuando la secretaría del despacho envía el link del expediente al suscrito el día 7 de septiembre de 2022; incidente que por cierto también fue objeto de recurso de apelación ante la decisión que lo resolvió.

Por lo anterior, y ante la vulneración al debido proceso y con el que se lesiona a mi representada respetuosamente le solicito al Honorable Tribunal invalide lo actuado y ordenado en la sentencia de primera instancia proferida dentro del presente asunto.

Atentamente,

BORIS MAURICIO GUTIERREZ BARON C.C.No.79.625.422 expedida en Bogotá

T.P.No.134099 del Consejo Superior de la Judicatura

abogadobmgb@hotmail.com

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA LOZANO RV: Sustentación Recurso 11001-3103-0033-2019-00173-01

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Vie 09/12/2022 16:34

Para: 2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA LOZANO

Atentamente,



República de Colombia Rama Judicial del Poder Público Secretaría Sala Civil Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá

Av. calle 24 N° 53-28 Torre C - Oficina 305 Teléfono: 423 33 90 Extensión 8349 Email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA Secretario Judicial

De: Hyaf Abogados <hyafabogados01@gmail.com> **Enviado el:** viernes, 9 de diciembre de 2022 4:30 p. m.

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>; abogadobmgb@hotmail.com; fahidnamegomez@gmail.com

Asunto: Sustentación Recurso 11001-3103-0033-2019-00173-01

Edgar Fernando Rodriguez Castiblanco, abogado en ejercicio actuando como apoderado de la parte demandada, CORPORACIÓN GRUPO SEMBRADORES, dentro del término de ley me permito dejar a su disposición la respectiva sustentación del recurso conforme al auto que data del veintiocho (28) de noviembre del presente año, la cual hago conforme al documento que acompaño al presente correo.

Sin otro particular, me es grato enviarles un cordial saludo.

atentamente.

Edgar Fernando Rodríguz Castiblanco abogado Grupo Sembradores.



Señores

HONORABLES MAGISTRADOS SALA CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C. Magistrada Ponente. Dra. AIDA VICTORIA LOZANO RICO E.S.D.

REFERENCIA: SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN DEMANDANTE: ROBERTO SÁNCHEZ GUTIERREZ y OTROS DEMANDADO: CORPORACIÓN GRUPO SEMBRADORES y

OTROS

PROCESO: VERBAL DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Y EXTRACONTRACTUAL DE MAYOR CUANTIA

EXPEDIENTE: 11001-3103-0033-2019-00173-01

EDGAR FERNANDO RODRÍGUEZ CASTIBLANCO, obrando en mi condición de apoderado judicial de la demandada CORPORACIÓN GRUPO SEMBRADORES conforme al poder legalmente conferido, por su representante legal Sr. MARÍA ELENA SILVA CALDERÓN identificada con la C.C. No. 51.799.262 de Bogotá, D.C., encontrándome dentro de la oportunidad legal y dando alcance a lo indicado por su despacho mediante auto del veintiocho (28) de noviembre del presente año, me permito dejar a su disposición la respectiva sustentación la cual hago en los siguientes términos

HECHOS.

PRIMERO: El día ocho (8) de septiembre el año en curso el Señor Juez en sus consideraciones negó las **excepciones** formuladas en lo que atañe a la causal de eximente de responsabilidad -**fuerza mayor**-, indicando que no era de atención para el Despacho habida cuenta que "...no se contaba con un plan de emergencia y personal idóneo" frente a ello es preciso indicar:

1. La actividad -caminata- estaba a cargo del Grupo Senderos o Catay y no de mi prohijada Grupo de Sembradores, el cual como se pudo probar dentro del proceso, como se mencionó en reiteradas oportunidades

Garrera 87 No. 62b – 39 sur 311 847 65 94 – 311 453 18 39 hyafabogados01@gmail.com Bogotá D.G. Golombia



2. Grupo Sembradores organizó la actividad y no ejecuto la actividad para lo cual fue puesta en conocimiento a los demás actores del evento.

SEGUNDO: Otro argumento de discrepancia radica en el valor probatorio que se le dio al documento denominado "acta consejo extraordinario gestión del riesgo", frente a esta situación es importante realizar varias consideraciones,

- 1. No es cierto que dicho documento sea prueba contundente para endilgar responsabilidad a mi prohijado máxime que no fue objeto de prueba y pronunciamiento, tan solo se tomó como referencia en las consideraciones del señor Juez, además de ello, dicho documento indica "(...) orden del día, 1. Verificación de los hechos ocurridos en CATAY(...)", como se desprende de dicha documental el objeto era determinar los lineamientos para dar cumplimiento a los protocolos establecidos por la ley y no indicar si allí existía un riesgo natural como lo fue la creciente súbita de agua.
- **2**. Por otro lado en lo que se refiere al consejo extraordinario el señor alcalde del municipio realizan una visita para evidenciar lo ocurrido y mirar si existe una amenaza de creciente de agua, por ello el reproche a dicha acta, puesto que lo que allí se realizo fue una reunión de varias personas de diferentes entidades para evaluar lo sucedido.
- **3**. Se suma importancia para atribuir responsabilidad son los antecedentes del lugar puesto que en dicho lugar jamás se determinó que en dicha zona era propensa a ese tipo de desbordamientos súbitos de agua y menos que haya ocurrido crecientes súbitas de agua con anterioridad, además de ello no se evidencia, no existe un reporte en el que se indique que en dicho lugar existía una amenaza de creciente de agua tan solo un reporte de un hecho que fue objeto de reproche después de ocurrido la eventualidad.
- **4.** En lo que atañe a lo manifestado por el sargento Cristian y el intendente Ferrison Ávila, dista de la realidad toda vez que dichas personas hacen una observación de tajo sin que se pueda evidenciar dentro del plenario que estos tuviesen elementos o implementos técnicos o idoneidad en hechos de la naturaleza que determinen que lo allí ocurrido era una hecho de la naturaleza o un hecho previsible a cargo de las personas que realizaban el evento educativo, Se pudo demostrar dentro del plenario que aquellas personas no fueron testigos dentro del proceso y tampoco aportaron prueba de ello, por tanto no puede darse



un valor probatorio a personas que no dieron su versión de los hechos y tomar aquella documental como elemento de juicio.

TERCERO: También manifiesta el Despacho que "(...) Igualmente que Catay no tiene plan de emergencias, no tiene personal idóneo y no había quien auxiliara a los menores, indica que una empresa privada ofreció un servicio de excursión para traer un grupo a Catay, el colegio no contempló la responsabilidad de la situación y la empresa privada tampoco, por tanto todos ellos tienen responsabilidad en la imprevisión de lo sucedido(...)", frente al particular es preciso indicar que los estudiantes del plantel educativo siempre estuvieron a cargo y cuidado del personal de la institución, de Sembradores como de Catay, contrario a lo manifestado no es de acierto indicar que los estudiantes no estuvieron acompañados por el personal y como se dijo en el testimonio de los señores Juan Carlos Palacios García y John Fredi Villalobos Villalobos, indicaron que en la caminata era liderada por los señores de Catay, acompañados por los docentes del colegio y ellos en la parte final de la fila, demostrando con ello que siempre y en todo momento los estudiantes estaban bajo el cuidado y atención de aquellos tan es así que una manera de indicar una señal era utilizar un pito o silbato, de igual manera cuando se dio la creciente súbita de agua los adultos prestaron apoyo y ayuda inmediata para socorrer a los estudiantes quienes fueron sacados uno a uno, es decir, los adultos prestaron su ayuda en aras de proteger la vida de los estudiantes que estando en peligro salvaguardaron la integridad de la mayoría pero que desafortunadamente y por la alta corriente de agua una menor fue llevada por la corriente, tan es así que el señor Juan Carlos Palacios de la entidad de Sembradores corrió por todo el camino en aras de ayudarle y que metros abajo pudo encontrarla pero por la fuerte corriente desafortunamente una menor perdió la vida.

CUARTO: También manifiesta el Despacho que "(...) Igualmente que Catay no tiene plan de emergencias, no tiene personal idóneo y no había quien auxiliara a los menores, indica que una empresa privada ofreció un servicio de excursión para traer un grupo a Catay, el colegio no contempló la responsabilidad de la situación y la empresa privada tampoco, por tanto, todos ellos tienen responsabilidad en la imprevisión de lo sucedido (...) negrilla fuera de texto, es de relevancia indicar que la situación fue de tal magnitud que ninguna de las personas que estaban en el recorrido pudieron evitar la situación por ello se cumple con los requisitos para que se configure la fuerza mayor, por ello la Corporación Grupo Sembradores, cuenta con gran experiencia en el desarrollo de múltiples eventos educativos realizando actividades ecológicas dirigido especialmente a niños, niñas y adolescentes, sin que se haya presentado un hecho tan desafortunado y lamentable.



Como se demostró en el curso del proceso el fatal accidente en donde falleció la menor María Alejandra Sánchez Tinoco (q.e.p.d.) se debió a un hecho de la naturaleza que a mis prohijados no les era previsible y en el momento que se suscitó el hecho fue de tal magnitud que fue irresistible.

En SC de 23 jun. 2000, rad. 5475, la Corte memoró los tres criterios sustantivos encaminados a establecer cuándo un hecho puede considerarse imprevisible, a saber: «1) El referente a su normalidad y frecuencia; 2) El atinente a la probabilidad de su realización, y 3) El concerniente a su carácter inopinado, excepcional y sorpresivo».

En la misma providencia, señaló que en el lenguaje jurídico, la **irresistibilidad**, debe entenderse como aquel estado «predicable del sujeto respectivo que entraña la imposibilidad objetiva de evitar ciertos efectos o consecuencias derivados de la materialización de hechos exógenos (...). En tal virtud, este presupuesto legal se encontrará configurado cuando, de cara al suceso pertinente, la persona no pueda - o pudo - evitar, ni eludir sus efectos (criterio de la evitación).» Y refiriéndose específicamente a la fuerza mayor, agregó que la jurisprudencia de esta Corporación, ha entendido que este elemento de la fuerza mayor,

(...) "Implica la imposibilidad de sobreponerse al hecho para eludir sus efectos. La conducta del demandado se legitima ante el imperativo de justicia que se expresa diciendo: ad impossibilia nemo tenetur." (Sentencia del 31 de mayo de 1965, G.J. CXI y CXII pag. 126). (...)

A lo anterior debe agregarse que estos <u>dos requisitos: la imprevisibilidad y la irresistibilidad, deben estar presentes coetánea o concomitantemente, para la concreción de este instituto jurídico exonerativo de responsabilidad, tal y como ha sido señalado en reiterada jurisprudencia de la Corporación (Sentencias del 26 de julio de 1995 expediente 4785; 19 de julio de 1996 expediente 4469; 9 de octubre de 1998 expediente 4895, entre otras), de forma que si se verifica uno de ellos, pero no los dos, no será posible concederle eficacia alguna, ya que esta es bipolar. -Subraya intencional-</u>

De lo anterior respecto que del caso que nos atañe, podemos establecer que los criterios sustantivos que acreditan el componente imprevisible de la fuerza mayor, a saber:



i) El referente a su normalidad y frecuencia

Durante los números actividades pedagógicas, nunca se presentó un aumento súbito de corriente agua que generara una avalancha en la "quebrada grande" a la altura de Catay;

ii) El atinente a la probabilidad de su realización,

Los encargados de la actividad el día de tan lamentable hecho, verificaron el estado del cauce de la quebrada, el estado climático, quienes dieron parte de tranquilidad en la realización de las actividades pedagógicas ecológicas que se adelantaría en Catay.

Υ,

iii) El concerniente a su carácter inopinado, excepcional y sorpresivo.

El aumento del cauce de la corriente de agua fue súbita, sorpresiva, imprevisible y exterior para los organizadores del evento y por lo tanto para mis prohijados por lo tanto le era casi imposible evitar la situación.

QUINTO: Por otro lado y como se indicó dentro del plenario se pudo indicar que lo allí acontecido fue un hecho de la naturaleza ajeno a las personas que estaban en el lugar y más como se dieron los hechos habida cuenta que fue de manera sorpresiva con ello se puede indicar que al ser un hecho de dificil control por parte de las personas que estaban en el lugar no les era posible evitar la creciente súbita de agua, permitiendo ello que no se configure los requisitos para endilgar responsabilidad aquiliana -<u>INEXISTENCIA DE LOS ELEMENTOS DE ORDEN SUSTANCIAL PARA DEPRECAR RESPONSABILIDAD AQUILIANA.</u>

Se edifica este medio de defensa en el hecho irrefutable que el demandante no acredita los presupuestos para deprecar responsabilidad en cabeza de mis prohijados.



El artículo 23411 del Código Civil, ha señalado como presupuestos axiológicos y concurrentes de la responsabilidad extracontractual, denominada también aquiliana2,

- "(i) el perjuicio padecido;
- (ii) el hecho intencional o culposo atribuible al demandado;
- (iii) la existencia de un nexo adecuado de causalidad entre factores"3.

Para el caso que nos ocupa, encontramos que hay ruptura del nexo causal porque el hecho de la naturaleza es externo al agente y este fue irresistible e imprevisible.

El nexo causal se entiende como la relación necesaria y eficiente entre el hecho generador del daño y el daño probado. La jurisprudencia y la doctrina indican que para poder atribuir un resultado a una persona y declararla responsable como consecuencia de su acción u omisión, es indispensable definir si aquél aparece ligado a ésta por una relación de causa-efecto. Si no es posible encontrar esa relación mencionada, no tendrá sentido alguno continuar el juicio de responsabilidad. Salvo lo que se dirá más adelante, la jurisprudencia ha sido pacífica al establecer que el nexo de causalidad debe ser probado en todos los casos por el actor, independientemente de si el régimen de responsabilidad aplicable está fundamentado en la culpa, en la falla, o en alguno de los regímenes de responsabilidad objetiva. El nexo de

¹ "El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido".

² Debe su nombre a la Lex Aquilia expedida en Roma hacia la mitad del siglo III a. de C. Marcó un hito histórico en el desarrollo jurídico de la civilización occidental, al sentar las bases para el enjuiciamiento de conductas originadas en actos ajenos al contrato (CASTRESANA, Amelia. "Nuevas lecturas de la Responsabilidad Aquiliana". Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca. Madrid, 2001).

³ CSJ SC 6 de abril de 2001, rad. 5502.



Edgar Fernando Rodríguez Castiblanco & Abogados Asociados

causalidad es un elemento autónomo del daño y del fundamento que no admite, ningún tipo de presunción como sí lo admite la culpa o la falla".4

En concordancia con esa conceptualización se ha determinado que está en cabeza de quien pretende las indemnizaciones, probar de manera adecuada ese nexo de causalidad, carga procesal que nace previo a entablar el libelo y que obliga al actor a demostrar esa estrecha relación entre el daño sufrido y la acción u omisión cometida por el demandado.

"En cuanto al nexo de causalidad:

El accionante también tiene que demostrar en juicio la causalidad adecuada entre el daño padecido y la conducta de riesgo imputada al Estado mediante prueba directa o indirecta, porque la ley no ha señalado en materia de relación causal ni presunciones legales respecto de las cuales, probado un hecho (s) el legislador infiera su causalidad adecuada, ni tampoco los conocimientos del juez sobre la realidad social lo autorizan para deducir con certeza el nexo de causalidad eficiente y determinante. La prueba del nexo puede ser. a) directa, mediante los medios probatorios que lo representan por sí mismo y/o b) indirecta, mediante indicios; este medio de convicción lógico indirecto, requiere de la demostración de unos hechos indicadores que apunten con fuerza el hecho indicado".5, por lo anterior me permito solicitar a su despacho atienda favorablemente a lo siguiente:

PRETENSIONES

1. Solicito a su honorable Despacho atender a mis reparos antes indicados dado que su cumple las exigencias contenidas en los eximentes de responsabilidad conforme a la normatividad civil.

⁴ Las Causales Exonerativas de la responsabilidad extracontractual. Héctor Patiño Derecho Privado Universidad Externado, N. ° 20, enero-junio de 2011, p. 371 a 373.

⁵ Consejo de Estado Sala de Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Consejera Ponente: Maria Elena Gómez Bogotá, D. C., dos (2) de mayo de dos mil dos (Z 002). Radicación número: 70001-23-31-000-1994-3477-01(13477).



Edgar Fernando Rodríguez Castiblanco & Abogados Asociados

2. Se REVOQUE integralmente la sentencia del señor Juez de primera instancia y en su lugar se dicte sentencia sustitutiva donde se declaren probadas las excepciones planteadas por mi poderdante y se nieguen las pretensiones de la parte actora,

NOTIFICACIONES

El suscrito apoderado las recibirá en la secretaría de su Despacho o en mi oficina de abogado ubicada en la Carrera 87 No. 62-39 sur, de la ciudad de

Bogotá D.C. móvil 311 847 65 94 – 311 453 18 39 y correo electrónico: hyafabogados01@gmail.com.

Del señor Juez.

Cordialmente,

EDGAR FERNANDO RODRÍGUEZ CASTIBLANCO

C.C. No. 80.226.435 de Bogotá T.P. No. 214.728 del C.S. de la J. MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA LOZANO RV: SUSTENTACION RECURSO DE APELACION - RADICADO 110013103046-2021-00016-01 - DEMANDANTE: BANCO BBVA S.A - DEMANDANDO: MEYAN S.A. Y OTROS

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Vie 09/12/2022 16:35

Para: 2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA LOZANO

Atentamente.



República de Colombia Rama Judicial del Poder Público Secretaría Sala Civil Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá

Av. calle 24 N° 53-28 Torre C - Oficina 305 Teléfono: 423 33 90 Extensión 8349 Email: sacsetribsymbta @condoi ramajudici

Email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA Secretario Judicial

De: Daniela Acevedo < legal@operacionestrategica.com> **Enviado el:** viernes, 9 de diciembre de 2022 4:33 p. m.

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>; NC ASESORIAS JURÍDICAS S.A.S

<ncasesoriasjuridicas@hotmail.com>; notifica.co@bbva.com

CC: MARY BELEN CORONADO DE GUTIERREZ <mabeco222@hotmail.com>

Asunto: SUSTENTACION RECURSO DE APELACION - RADICADO 110013103046-2021-00016-01 -

DEMANDANTE: BANCO BBVA S.A - DEMANDANDO: MEYAN S.A. Y OTROS

SEÑOR(ES)

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CIVIL MAGISTRADA PONENTE: AIDA VICTORIA LOZANO RICO

secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

REFERENCIA: EJECUTIVO

DEMANDANTE: BANCO BBVA S.A. _ **DEMANDADO**: MEYAN S.A. Y OTROS

RADICADO: 110013103046-2021-00016-01

MARY BELEN CORONADO DE GUITIERREZ en mi calidad de apoderada de los demandados, en la oportunidad procesal, me permito dar cumplimiento al artículo 322 numeral 3 inciso 2 y 3 del Código General del Proceso, en el sentido de sustentar los reparos propuestos a la sentencia emitida por el juzgado 46 civil circuito de Bogotá en audiencia celebrada el día 06 de octubre 2022 teniendo como sustento las siguientes consideraciones

MARY BELEN CORONADO DE GUTIERREZ CC. No 37.238.021 de Cúcuta. T.P. 23.918 del C.S.J

mabeco222@hotmail.com, legal@operacionestrategica.com.



SEÑOR(ES)
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CIVIL
MAGISTRADA PONENTE: AIDA VICTORIA LOZANO RICO

secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

REFERENCIA: EJECUTIVO
DEMANDANTE: BANCO BBVA S.A.
DEMANDADO: MEYAN S.A. Y OTROS

RADICADO: 110013103046-2021-00016-01

MARY BELEN CORONADO DE GUITIERREZ en mi calidad de apoderada de los demandados, en la oportunidad procesal, me permito dar cumplimiento al artículo 322 numeral 3 inciso 2 y 3 del Código General del Proceso, en el sentido de sustentar los reparos propuestos a la sentencia emitida por el juzgado 46 civil circuito de Bogotá en audiencia celebrada el día 06 de octubre 2022 teniendo como sustento las siguientes consideraciones:

El despacho de primera instancia al dictar la sentencia que negó las **excepciones de fondo**, desconoció en su integridad el Acuerdo privado de normalización de obligaciones financieras suscrito por el demandante y en el cual se vincularon como consecuencia por el contrato referido los deudores solidarios BALTAZAR EDUARDO MESA RESTREPO, JUAN GONZALO ANGEL JIMENEZ, GLORIA CECILIA CALLEJAS GOMEZ, ANGELA MARIA MEJIA CORREA, sustentando este recurso entre otros, el no reconocimiento de las pruebas documentales aportadas y la interpretación errónea del clausulado del acuerdo privado de normalización de obligaciones financieras.

1. NEGOCIO CAUSAL y/o SUBYACENTE:

Es la relación fundamental, conocida también como subyacente, originaria o simplemente negocio jurídico o contratos. Independientemente del título valor une a las partes y en relación con el cual se origina el documento

Ahora bien, establece el ordenamiento mercantil que contra la acción cambiaria el deudor puede formular las excepciones derivadas del negocio jurídico que dio origen a la creación o transferencia del título C de Co. "art, 784 excepciones de la acción cambiaria num.12 las derivadas del negocio jurídico que dio origen a la creación o transferencia del título, contra el demandante que haya sido parte en el respectivo negocio o contra cualquier otro demandante que no sea tenedor de buena fe exenta de culpa."

La Corte Constitucional mediante Sentencia T-310/09 de 30 de abril de 2009 ha dicho que "si el deudor opta por hacer oponibles asuntos propios del negocio subyacente, le corresponderá probar (i) las características particulares del mismo; y (ii) las consecuencias jurídicas que, en razón de su grado de importancia, tienen el estatus suficiente para afectar el carácter autónomo y la exigibilidad propia del derecho de crédito incorporado en un título valor. (...) Así, toda la carga de la prueba se impone exclusivamente al deudor, al ejecutado que propone la excepción"

En consecuencia, lo pactado entre el demandante y los demandados, está plenamente probado con la prueba documental Acuerdo privado de normalización de obligaciones financieras suscrito por el demandante, entre otras expresamente las cláusulas más relevantes que me permito estudiar en todo su alcance:



CLAUSULA 8 PARÁGRAFO 03: "Los intereses causados que se encuentren pendientes de pago ... El incumplimiento de esta obligación por parte de la DEUDORA generará la resolución de pleno derecho del presente ACUERDO, sin que para ello se requiera declaración judicial", en esta cláusula se pactó que el incumplimiento del pago de intereses da lugar a la resolución del acuerdo, esto nos lleva a que el pagaré primigenio No. 143-568-1-2017 del día 10 de abril de 2017, fue suscrito únicamente por la sociedad MEYAN S.A, titulo valor que es el exigible.

CLAUSULA 25.6 EXCLUSION DE LA NOVACION EXCLUSIÓN DE LA NOVACIÓN: "Salvo para BANCOLOMBIA (respecto de quien si operará la novación), la suscripción del presente ACUERDO no implica novación de las obligaciones contraídas por la DEUDORA, las cuales continúan vigentes, con las modificaciones aquí establecidas en cuanto a sus condiciones de plazo e interés." Atendiendo el tenor literal de lo estipulado y pactado en el Acuerdo privado de normalización de obligaciones financieras se infiere de forma diáfana, que sólo se aceptó modificar lo concerniente a plazo e intereses, en las referidas obligaciones, pactándose la exclusión de la novación a las precitadas obligaciones, expresamente se pactó por las partes que el acuerdo privado de normalización de las obligaciones no daba lugar a la novación de las obligaciones, es decir que al momento de incumplir el título valor exigible era el suscrito el 10 de abril de 2017 y únicamente el deudor la sociedad MEYAN SA, el despacho no puede pasar por alto la voluntad de las partes y pretender a su arbitrio, vincular a los demandados como obligados solidarios, cuando la verdad jurídica no es otra, sino la de permanecer indemne las obligaciones primigenias, exceptuado lo antes referido y, quedando vedado transmutar obligaciones sin ser obligados, como consecuencia de sus firmas en los pagarés preliminares, que es el requisito sine quanom, de donde surgen las obligaciones y, del cual carecen de validez los instrumentos objeto de ejecución, En el sub examen, los requisitos sine quanom, para dar vida jurídica a dicho acto y medio de extinción de obligación preliminar, se ha consolidado en la cláusula 25.6 del Acuerdo privado de normalización de obligaciones financieras suscrito por la demandante, el mismo fue desconocido por la parte acreedora y por el despacho de primera instancia al hacer exigible la obligación contenida en el pagaré aportado con la demanda, sin atender la obligación pactada respecto a la EXCLUSION NOVACIÓN, por lo cual nuevamente se reitera que el pagaré base de esta ejecución no nació a la vida jurídica, el titúlo para ejercer el cobro ejecutivo es el pagaré No. 143-568-1-2017 del 10 de abril de 2017, suscrito únicamente por MEYAN S.A,.

las partes pactaron esta exclusión de la novación, consistiendo en tener como título base de la ejecución el pagaré No. 143-568-1-2017 el 10 de abril de 2017 y suscrito únicamente por MEYAN S.A, y se tendría como exigible la obligación inicial la cual se pactó mediante el pagaré mencionado, el cual fue aportado por el demandante en cumplimiento a la orden emitida por el juzgado 46 civil del circuito en audiencia del 06 de septiembre de 2022

Actuaciones que deja ver claramente que **NO** existió novación de la obligación por lo que reitero el título base para ejercer la ejecución es el suscrito el 10 de abril del 2017, donde funge como único deudor es la sociedad MEYAN S.A.

El despacho de primera instancia, hace un análisis de la prueba documental acuerdo privado de normalización de obligaciones financieras, apartándose de lo convenido por las partes donde acuerdan EXPRESAMENTE la exclusión de novación de las obligaciones, no se puede exigir requisitos diferentes a los pactados por las partes, quedo claro que NO OPERARIA LA NOVACION DE LAS OBLIGACIONES, es decir al darse el incumplimiento la única obligación clara expresa y exigible es el pagaré No. 143-568-1-2017 del 10 abril del 2017 donde funge como deudor la sociedad MEYAN S.A.

CLAUSULA 25.8 INSTRUMENTACION DE LAS OBLIGACIONES "...En caso de que cualquiera de los ACREEDORES FINANCIEROS opte por solicitar a la DEUDORA la suscripción de nuevos pagarés, el respectivo ACREEDOR FINANCIERO se compromete a devolver a la DEUDORA, dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la firma del presente ACUERDO. los originales de todos los pagarés, cartas de instrucciones, documentos de crédito o títulos valores anteriores que la DEUDORA hubiere otorgado en el pasado a su favor, para instrumentar el pago de las obligaciones que componen la DEUDA..."



De la cláusula pacta y referida se infiere una obligación condicional, estando obligado el demandante para con los demandados, de efectuar la devolución de dichos instrumentos, (título primigenio) habida consideración de que él pagaré del cual se derivan las obligaciones aquí cobradas, dan fe, de haber sido suscrito con espacios en blanco posterior al Acuerdo privado de normalización de obligaciones financieras, por ende, era deber de la Entidad Financiera, efectuar la devolución de los referidos títulos, creados con anterioridad, es decir los pagarés creados con el crédito original concedido a la sociedad Meyan SA, para luego si poder hacer viable la exigibilidad, de los títulos valores objeto de esta demanda, lo convenido por las partes no se cumplió, el acreedor no devolvió a los deudores el pagaré inicial, fue entregado al juzgado de primera instancia por lo ordenada en audiencia del 06 de septiembre del 2022, esto da cuenta que no se cumplió a cabalidad lo pactado en el acuerdo privado de normalización de obligaciones financieras.

Cuando se invoca el negocio causal, se apunta a cuestionar la literalidad, incorporación y autonomía del título valor. Bajo argumentos basados, en la existencia de convenciones extracartulares entre el titular y el deudor con el propósito de que la exigibilidad de la obligación cambiaría, esta tiene sustento en el acuerdo privado de normalización de obligaciones financieras, Negocio causal que se probó en este proceso bajo estudio y análisis de las cláusulas mencionadas

Si bien es cierto los demandados suscribieron el pagaré base de esta ejecución, lo cual no está en gracia de discusión, no es menos cierto que el titulo valor utilizado no es el idóneo ya que no nació a la vida jurídica por la exclusión de la novación pacta en el acuerdo privado de normalización de obligaciones financieras, debió el demandante cobrar el pagaré No. No. 143-568-1-2017 suscrito el 10 de abril del 2017 por MEYAN S.A, pagaré original que aún tiene en su poder el demandante con plenas facultades para ejecutarlo.

2. TITULO COMPLEJO.

La corte constitucional en sentencia T- 747 del 2013 señalo que la obligación debe ser clara y se deben de tener bien identificados el deudor, el acreedor y la naturaleza de la obligación con los factores que la determinan. Es decir, La obligación debe ser expresa, nítida y manifiesta, el titulo valor complejo es exigible si su cumplimiento no está sujeta a un plazo o a una condición, se pactó con la constitución del Acuerdo privado de normalización de obligaciones financieras, en el cual se realiza la normalización del crédito y además según la cláusula 25.8 se pactó la instrumentación de las obligaciones, se constituyó el título ejecutivo compuesto que a la letra se define como "es aquel que se encuentra compuesto por varios documentos que constituyen en si una misma obligación, de tal forma que ninguno puede ser ejecutado de forma independiente por estar integramente relacionados y constituir una unidad jurídica" para el caso en concreto el título valor pagare No. 143-568-1-2017 suscrito el 10 de abril del 2017 por la sociedad MEYAN S.A, es complemento con el Acuerdo privado de normalización de obligaciones financieras, así mismo se dejaron previstas ciertas obligaciones sujetas a plazo, con son el pago de intereses (Clausula 8 parágrafo 03), la suscripción de nuevos pagarés (Clausula 25.8 inciso 2 y 3), así como la devolución de los títulos primigenios (Clausula 25.8 inciso 4), lo cual el demandante no cumplió, por lo cual no estaría cumplida por cuanto la obligación está sujeta a un plazo y/o condición.

El despacho de primera instancia **no efectuó** la valoración de las pruebas documentales aportadas en su integridad, debía de valorar todos los documentos que conforman el título ejecutivo complejo aportado por el demándate en la demanda ejecutiva, para efectos de precisar que estos se constituyen como prueba idónea que acredita la existencia de una obligación clara, expresa y actualmente exigible a favor del ejecutante, únicamente la sociedad MEYAN S.A.

Para el caso en concreto el despacho, **no estudio el titulo complejo en su totalidad,** pasando por alto los argumentos plasmados en las excepciones de mérito, donde se probó que el pagaré base de la ejecución pende del acuerdo privado de normalización de obligaciones financieras suscrito por las partes y este debe interpretarse junto con el título primigenio suscrito con MEYAN SA

El estudio de las pruebas documentales debe estar en concordancia con lo pactado en el acuerdo privado de normalización de obligaciones y el pagaré aquí demandado, allí se deja ver que el titulo valor no es exigible con las condiciones pactadas en el acuerdo privado de normalización de obligaciones financieras, acorde específicamente al artículo 25.6 LA EXCLUSION DE NOVACION



DE LAS OBLIGACIONES, ya que la interpretación del mismo tiene que ser estudiado en su integridad y el despacho lo desconoció efectuando un estudio separado.

3. CONTRATO LEGALMENTE CELEBRADO ES LEY PARA LOS CONTRATANTES.

Analizando el acuerdo privado de normalización de obligaciones financieras, que se suscribió por las partes y el cual fue reconocido en los interrogatorios efectuados, contrato suscrito conforme al ARTICULO 1602 del código civil que cita: SON LEY PARA LAS PARTES. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

El demandante debe dar estricto cumplimiento a la ley, en el sentido de ceñirse a lo dispuesto por las normas vigentes, Banco BBVA debió usar como título base de lea ejecución el pagaré inicial suscrito por MEYAN S.A, ya que no lo devolvió como se pactó la cláusula **25.8. INSTRUMENTACIÓN DE LAS OBLIGACIONES** del acuerdo privado de normalización de obligaciones financieras.

El demandante no cumplió lo pactado en la cláusula 8, 8.1, donde se fijó el plazo total para el pago de la obligación el cual era de era 84 meses y en los hechos de la demanda se indicó que son 78 meses, De igual manera en el numeral 8.2. se pactó periodo de gracia, dos (2) años, contados a partir de la fecha de vigencia, es decir, hasta el 30 de junio de 2021, fecha que desconoció la parte demandante.

La tasa de intereses pactada es del DTF +3 y el demándate en sus pretensiones los liquido al DTF + 3.23, razón por la cual no cumplió las instrucciones de la carta otorgada con el pagaré.

Estas pruebas documentales no fueron apreciadas en su integridad por el despacho de primera instancia, pues los demandados no adeudan ninguna obligación la única deudora es MEYAN S.A,

INTERPRETACIÓN DE PRUEBAS.

Sobre las pruebas aportadas son pertinentes, congruentes, útiles y por lo tanto en su contexto ratifican lo expuesto en la sustentación de la apelación, que se concreta así:

DOCUMENTALES: El acuerdo privado de normalización de obligaciones financieras suscrito por el demandante, es plena prueba de lo convenido por las partes y esto es ley entre ellas, no se puede desconocer la voluntad de estas, interpretando erróneamente las cláusulas, lo que da lugar a que el titulo base de la ejecución no sea el idóneo para iniciar el cobro ejecutivo

INTERROGATORIOS: Del interrogatorio de parte efectuado al representante legal del demandante, se demostró que la sociedad MEYAN S.A, suscribió el pagaré inicial No. 143-568-1-2017 suscrito el 10 de abril del 2017, el cual obliga únicamente a la sociedad MEYAN S.A, admitió que no se ha devuelto el pagaré que dio origen al negocio jurídico y están ejecutando una obligación que no surgió a la vida jurídica teniendo en cuenta la EXCLUSIÓN DE LA NOVACION clausula 25.6, igualmente la cláusula No. 25.8. INSTRUMENTACIÓN DE LAS OBLIGACIONES, donde se deja de manera clara y expresa que los acreedores dentro del 30 días siguientes a la suscripción del nuevo pagaré debieron devolver los títulos primigenios a los deudores lo cual nunca sucedió, y solo fueron entregados en cumplimiento a la audiencia del 06 septiembre del 2022

Además de los interrogatorios absueltos por los demandados Gloria Callejas y Juan Gonzalo Ángel, se probó que la intención plasmada en el acuerdo privado de normalización de obligaciones el 30 de diciembre 2019 y de acuerdo a clausula 8 parágrafo 3, se pactó y es ley para las partes que en el momento que la sociedad MEYAN S.A incumpliera dicho acuerdo y al no existir novación de la obligación, no nacía a la vida jurídica el pagaré suscrito por ellos como deudores solidarios, si no



que se efectuaría el cobro, con el pagaré primigenio No. 143-568-1-2017 suscrito el 10 de abril del 2017 donde el único deudor la sociedad MEYAN S.A el 10 de abril del 2017.

SOLICITUD.

Cumplidos los requisitos del art 322 del CGP, comedidamente solicito a su despacho se revoque la sentencia proferida por el despacho de primera instancia en audiencia celebrada el día 06 octubre de 2022 y se declaren probadas excepciones de merito en el sentido que el titulo valor pagaré primigenio No. 143-568-1-2017 suscrito el 10 abril del 2017 es el exigible, donde funge como único deudor la Sociedad MEYAN S.A.

Cordialmente,

Mary Belen CORONADO DE GUTIERREZ

CC. No 37.238.021 de Cúcuta.

T.P. 23.918 del C.S.J

mabeco222@hotmail.com, legal@operacionestrategica.com

Honorable Magistrada

ADRIANA LARGO TABORDA

Sala Civil – Tribunal Superior de Bogotá D.C.

E. S. D.

R B A ASOCIADOS ESTUDIO JURÍDICO

Trámite: Proceso Verbal

Demandante: Carmen Iriarte Uribe

Demandado: Frigorífico San Martín de Porres Ltda. en liquidación

("FRIGORÍFICO").

Radicado: 11001319900220190019903

Asunto: Sustentación recurso de apelación sentencia

Javier Hernán Bohórquez Bohórquez, mayor de edad, con domicilio en esta ciudad, abogado en ejercicio, identificado con la cédula de ciudadanía y la tarjeta profesional expedida por el Consejo Superior de la Judicatura que se indican bajo mi firma, obrando como apoderado judicial de la Demandante, procedo a procedo a sustentar el recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de origen el pasado 2 de mayo de 2022, para que sea revocada y, por consiguiente, se ordene seguir adelante con el proceso, de conformidad con las razones que se exponen a continuación:

I. OPORTUNIDAD

La presente sustentación se presenta oportunamente, conforme con lo dispuesto por el artículo 12 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022.

II. REPAROS CONTRA LA SENTENCIA APELADA

1. La sentencia apelada no tuvo en cuenta las condiciones de la cuenta final de liquidación inscritas en el registro mercantil de la sociedad.

La sentencia no realizó un análisis a profundidad de las condiciones existentes para la cuenta final de liquidación a las que se refieren el Acta 36 de 2013:

- "i) Que se encuentre inscrita el acta final de liquidación en la cámara de comercio y que se encuentre en firme dicho registro.
- ii) Que se encuentre en firme la inscripción de la parte pertinente del acta final de liquidación en la oficina de instrumentos públicos de Bogotá.
- iii) Que transcurran dos meses contados desde la fecha de inscripción del acta final de liquidación en el registro mercantil sin que se hubieran presentado demandas de impugnación contra las decisiones contenidas en el acta final de liquidación.

iv) Si se presentaran demandas de impugnación contra la mencionada acta final de liquidación, cuando se encuentre ejecutoriada la sentencia mediante la cual se nieguen las pretensiones de la demanda de impugnación. De existir varias demandas cuando se resuelva la última de ellas, negando las pretensiones de impugnación de la demanda."

de R
se B
de A
de ASOCIADOS
ESTUDIOJURÍDICO

Al existir condiciones para la cuenta final de liquidación, inscritas en la Cámara de Comercio de Bogotá, la liquidación de la sociedad FRIGORÍFICO solo extingue la persona jurídica cuando se realice el último acto liquidatario que no es otro que la entrega de remanentes a sus socios, pero debido a las condiciones aprobadas en el Acta 36, dicha entrega de remanentes está supeditada al cumplimiento de 4 condiciones que al no haberse dado hasta la fecha, mantienen la liquidación de la sociedad en curso y a cargo de su liquidadora, dra. Martha Cecilia Salazar Jiménez.

Así mismo, la cuenta final de liquidación está suspendida por orden judicial, según consta en el Certificado de existencia y representación legal de la sociedad Frigorífico San Martín de Porres Ltda. en liquidación aportado al proceso que obra en los folios 30 y 31 del expediente.

En dicho certificado obran las siguientes anotaciones que no pueden ser pasadas por alto por el despacho:

Obra una anotación en el certificado según la cual el Juzgado 51 Civil del Circuito de Bogotá, ordenó la suspensión de los efectos del Acta 37 de 2014 que corresponde a la Junta de Socios celebrada el 29 de marzo de ese mismo año, durante la cual se modificó la cuenta final de liquidación que había sido aprobada en la reunión de que da cuenta el Acta 36 de 2013.

Y esa modificación fue sustancial porque se cambió la fuente de pago de las obligaciones a los socios de la sociedad Frigorífico San Martín de Porres Ltda., en liquidación. En esa reunión, de que da cuenta el Acta 37 de 2014 de la junta de socios, se aprobó que los pagos de los remanentes no fueran en dinero, como se había establecido en el Acta 36, sino en especie, supuestamente con el bien inmueble que figura en cabeza de algunos socios.

La sociedad FRIGORÍFICO no se encuentra liquidada tampoco ha dejado de existir ni mucho menos es de recibo la sucesión procesal a favor de FIDUCIARIA LA PREVISORA por la sencilla razón de que mediante oficio 474 del 17 de abril de 2017 inscrito en el registro mercantil de FRIGORÍFICO en fecha 27 de abril de 2017, el Juzgado 51 Civil del Circuito de Bogotá, suspendió las decisiones adoptadas en el Acta 37 de la Junta de Socios de FRIGORÍFICO celebrada el 29 de marzo de 2014, mediante la cual se modificó la cuenta final de liquidación al aprobar un inventario diferente y cambiar la fuente de pago de los remanentes de la liquidación al argumentarse que ya no se pagarían en dinero sino con un

activo que era el lote de terreno identificado con folio de matrícula No. 50N-1009638.

En tales circunstancias, la cuenta final de liquidación (Acta 36 de 2013) fue modificada en el año 2014 mediante el Acta 37 que se encuentra suspendida judicialmente según el registro mercantil de la sociedad FRIGORÍFICO, por lo ASOCIADOS tanto, la cuenta final de liquidación se encuentra suspendida y la sociedad sigue en estado de liquidación y puede ser sujeto de derechos y obligaciones.

Por lo tanto, del análisis simple del certificado de existencia y representación legal y de las pruebas como son el Acta 36 de 2013, el Acta 37 de 2014, el Acta 43 de 2017, la Resolución No. 6856 del 5 de febrero de 2018 de la Superintendencia de Industria y Comercio, y el Oficio 2021-01-413442 del 21 de junio de 2021, la Superintendencia de Sociedades, es evidente para esta Superintendencia como Juez especializado en el tema que la sociedad Frigorífico San Martín de Porres Ltda., no está liquidada, ESTÁ EN LIQUIDACIÓN.

2. La sentencia apelada no tuvo en cuenta los argumentos expuestos en los alegatos de conclusión.

El Oficio No. 2020-01-619515 del 2 de diciembre de 2020, que contiene el pronunciamiento de la Superintendencia de Sociedades al absolver un cuestionario que le formuló la Sala Penal del TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C. dentro del marco de una acción de tutela formulada por la liquidadora de FSMP, doctora Martha Cecilia Salazar Jiménez, contra FIDUPREVISORA S.A.

En el referido oficio la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá D.C., formuló el siguiente cuestionario a la Superintendencia de Sociedades, cuyas respuestas se resumen a continuación:

2.1. "SI EL FRIGORÍFICO SAN MARTÍN DE PORRES LTDA. SE ENCUENTRA ACTUALMENTE EN PROCESO DE LIQUIDACIÓN O SI ESTÁ LIQUIDADO Y DESDE QUÉ FECHAS."

Resumen de la respuesta de la Superintendencia de Sociedades:

No está liquidada la sociedad según consta en el certificado de existencia y representación legal.

2.2. "SI LA CIUDADANA MARTHA CECILIA SALAZAR JIMÉNEZ SE HALLA ACTUALMENTE HABILITADA PARA REPRESENTAR LEGALMENTE A ESA SOCIEDAD, EN CALIDAD DE LIQUIDADORA."

Si.

2.3. "EL TRÁMITE Y ALCANCE OTORGADO AL AUTO CON FECHA DEL 20 DE MAYO DE 2020, PROFERIDO POR EL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, SALA CIVIL, EN EL PROCESO 2019-199."

RBA & Asociados Estudio Jurídico Móvil: 321 4950897 Email: info@rbajuridico.com www.rbajuridico.com

La providencia judicial mencionada solo tiene efectos interpartes, no tiene alcance erga omnes.

2.4. "QUÉ IMPLICACIONES TUVO LA PROVIDENCIA REFERIDA FRENTE AL PROCESO DE LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD, EN CONCRETO, FRENTE A LA CALIDAD DE LIQUIDADORA DE SALAZAR JIMÉNEZ Y SUS FACULTADES."

De conformidad con lo anteriormente señalado, la citada providencia tendrá efectos en el respectivo proceso judicial, en tanto que en el certificado de existencia y representación legal consta que la señora SALAZAR JIMENEZ continúa inscrita como liquidadora.

2.5. "ESCLARECER LA DIFERENCIA ENTRE LA CANCELACIÓN DE MATRÍCULA MERCANTIL Y PROCESO DE LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD."

Con base en el principio de legalidad, no le corresponde a esta Superintendencia esclarecer la diferencia entre la cancelación de la matrícula mercantil toda vez que aquella la certifica la respectiva autoridad registral, a saber, la cámara de comercio conforme a lo previsto en el numeral 3° del artículo 86 del Código de Comercio, en tanto que, el estado del proceso de liquidación voluntaria, conforme se expuso anteriormente, es un asunto de responsabilidad del liquidador.

2.6. "DE SER EL CASO, DETERMINAR QUIÉN OSTENTA ACTUALMENTE LA REPRESENTACIÓN LEGAL DE ESA SOCIEDAD."

Para responder a esta solicitud, deberá estarse a lo señalado en el certificado de existencia y representación legal, de acuerdo con lo expresado en el presente documento.

Resolución 300-002398 del 23 de junio de 2017, expedida por la Delegatura para la Inspección Vigilancia y Control de la Superintendencia de Sociedades, que se encuentra dentro del presente expediente, en donde se resuelve un recurso de reposición y un incidente de nulidad, del cual se evidencian las siguientes consideraciones relevantes, para el caso que nos ocupa

Ciertamente, tal y como lo señaló el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, en el auto del 1 de julio de 2015, el predio puede en un futuro ser enajenado, en tanto sobre aquél no pese alguna limitación, máxime si en la anotación número 17 del certificado de tradición del bien en comento, ya está inscrita dicha adjudicación y aparecen como "titulares del derecho de dominio" los socios compelidos y censurados en este proceso (...). Lo anterior, pues de acuerdo a la escritura pública 47 del 22 de enero de 2013 de la Notaría 31 de Bogotá, esa transferencia del dominio es oponible desde la fecha de su otorgamiento.

RBA & Asociados Estudio Jurídico Móvil: 321 4950897

Email: info@rbajuridico.com www.rbajuridico.com

ESTUDIOJURÍDIO

Igualmente, en audiencia del 15 de septiembre de 2016, cuando se le preguntó al señor Santiago Rojas Maya acerca de las medidas que había adoptado para los adjudicatarios o los acreedores de aquellos pudieran vender o embargar este bien, el demandado se limitó a señalar que él los había adjudicado a personas de buena fe e hizo referencia al artículo 922 del Código de Comercio. Sin embargo, a juicio de este Despacho, este tipo de medidas podrían no ser suficientes ante posibles medidas cautelares o limitaciones al dominio que quisieran adelantar terceros acreedores de los nueve socios adjudicatarios, lo cual no demuestra diligencia en su actuar como administrador de la compañía.



De lo anterior se evidencia que, el inmueble que pagaba los remanentes a los socios que consta en el acta 36, <u>fue enajenado sin condiciones a los 7 socios mayoritarios desconociendo las condiciones contenidas en la misma acta y haciendo entrega del mismo</u>, lo cual también fue expresado en el testimonio de la liquidadora Martha Cecilia Salazar Jiménez, quien afirmo que los impuestos del inmueble no han sido pagados por la supuesta sucesora procesal Fiduprevisora, porque aducen que dicho inmueble no es parte del patrimonio del Frigorífico San Martin de Porres Ltda. En Liquidación.

Los argumentos de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – FIDUPREVISORA S.A., quien dice actuar a nombre de la sociedad Frigorífico San Martín de Porres Ltda. en liquidación, son ilógicos y contradictorios porque le reconoce validez a la reunión por derecho propio y a sus decisiones pero al mismo tiempo argumenta que el Acta No. 44 carece de validez porque supuestamente la sociedad FRIGORÍFICO se encuentra liquidada a pesar de que dicha anotación no se evidencia en el Registro Mercantil de la sociedad y de que la Superintendencia de Sociedades, máxima autoridad en temas societarios, no ha reconocido la supuesta liquidación de la sociedad, tal como lo expreso el señor Superintendente en la fijación del litigio.

Es de resaltar que la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – FIDUPREVISORA S.A., con base en el contrato de fiducia irrevocable No. 3171019 suscrito el 17 de julio de 2017 y de sus 3 Otrosi, pretende arrogarse facultades de representante legal o liquidador de la sociedad FRIGORÍFICO pese a que no se encuentra inscrito en tal sentido ante el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá y más grave aún, que mediante el Oficio No. 2021-01-413442 del 21 de junio de 2021, la Superintendencia de Sociedades reconoció que la liquidación de la sociedad FRIGORÍFICO debe realizarla la liquidadora inscrita en ejercicio de sus funciones.

En este pronunciamiento la máxima autoridad de supervisión y vigilancia sobre las sociedades mercantiles en Colombia, afirmó que, si se levantó el Control sobre la sociedad FRIGORÍFICO, "sin que ello le implique a la Recurrente en su condición de liquidadora, un cese en las funciones propias de su cargo":





Adicionalmente, mediante resolución 2020-01-676473 del 21 de diciembre de 2020 se indicó expresamente:

"...por último, se debe exponer que si bien a la fecha se encuentran pendientes decisiones judiciales respecto de la Sociedad y sus socios, en nada condicionan la decisión proferida y que por medio de esta resolución se confirmará pues como bien se advirtió at supra, la exoneración de Ocantrol" es un acto discrecional que para el caso en concreto ha sido estudiado in extenso y se ha evidenciado la justificación de levantar en el máximo grado de supervisión en el cual se encuentra la Sociedad, sin que ello le implique a la Recurrente, en su condición de liquidadora, un cese en las funciones propias de su cargo.

De la anterior manera se da trámite a su radicado indicado en el asunto.

Cordialmente.

ELSA MARIA LOPEZ ROCA

Coordinadora Grupo de Control de Sociedades y Seguimiento a Acuerdos de Restructuración

TRD: CONTROL

Son gravísimas y temerarias las afirmaciones de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – FIDUPREVISORA S.A., que califica de "tercas" a la Superintendencia de Sociedades y a la Cámara de Comercio de Bogotá por cumplir sus obligaciones legales al inscribir a quien hasta la fecha detenta la calidad de representante legal y liquidadora de la sociedad FRIGORÍFICO, Dra. Martha Cecilia Salazar Jiménez.

Es falso, temerario e induce a error que la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – FIDUPREVISORA S.A., sostenga que los socios reunidos por derecho propio podían relevar de su cargo a la actual liquidadora Dra. Martha Cecilia Salazar Jiménez porque esa facultad es expresa de la propia Superintendencia de Sociedades.

Como se ha indicado, la Superintendencia de Sociedades destituyó de su cargo al liquidador Rojas Maya por violar sus deberes y funciones. La junta de socios de la sociedad en liquidación (conformada por los socios reunidos por derecho propio) no tenía la competencia para designar un nuevo liquidador en reemplazo de la Dra. Salazar Jiménez, porque tal atribución era de la Superintendencia de Sociedades, ejerciendo sus funciones de autoridad de control.

El 25 de octubre de 2017 mediante la Resolución No. 300-003930, la Superintendencia de Sociedades precisó que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 43 de la Ley 1429 antes citada¹:

¹ Confrontar la página 10 de la Resolución No. 300-003930 del 25 de octubre de 2017, de la Superintendencia de Sociedades.

"[...] resulta claro que la remoción e inhabilidad implica que esta Superintendencia, por mandato legal, es la única facultada para designar el reemplazo del liquidador removido, por lo que en tal virtud y por esa circunstancia especial se abrogó la potestad general de la Junta de Socios para tales efectos. [...]

R B A ASOCIADOS ESTUDIO JURÍDICO

Por lo anterior, este despacho debe ser enfático en que la renuncia del señor Rojas ASOCIADOS Maya de ninguna manera modificó los efectos de la remoción establecidos en la ESTUDIOJURÍDICO ley, no le trasladó tampoco a la Sociedad la capacidad para designar un nuevo liquidador, y mucho menos tal nombramiento suplió el que por competencia legal debía hacer esta Superintendencia.

Si bien es cierto que el nombramiento de los señores Jaime Rafael Ortega y Cesar Miguel Reinoso realizado el 17 de febrero de 2017 se hizo en cumplimiento de las cláusulas estatutarias, los efectos de tal nombramiento solo podrán extenderse hasta que quede en firme la designación que hizo esta Superintendencia. Ello de ninguna manera podrá entenderse como un acto que hubiere desvirtuado la facultad de esta Entidad para designar al liquidador de la sociedad." (Subrayo y resalto fuera de texto original).

Debe ser objeto de análisis y sanción por parte del despacho que el abogado Jaime Luis Cuéllar Trujillo aparentemente actúe inmerso en un conflicto de intereses al defender a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – FIDUPREVISORA S.A., como vocera del Patrimonio Autónomo de Remanentes de FRIGORÍFICO, es decir, en representación de todos los socios de FRIGORÍFICO, y al mismo tiempo, el apoderado Cuéllar Trujillo haya representado a uno de los socios y hasta fue el Presidente de la reunión por derecho propio convalidando las decisiones del Acta 44 objeto del presente proceso, frente a las cuales ahora pretende defender en lo que le conviene a la FIDUPREVISORA S.A. y al mismo tiempo defender las decisiones que ayudo a tomar como representante de la socia Julia Uribe Leyva y de las cuales da cuenta la citada Acta 44.

3. La sentencia apelada no tuvo en cuenta el Acta 45 del 23 de abril de 2019 de la Junta de Socios de FRIGORÍFICO.

Mediante convocatoria de fecha 26 de marzo de 2019, la liquidadora Marta Cecilia Salazar Jiménez, dejó sin efectos la convocatoria inicial y convocó a los socios de Frigorífico San Martin de Porres Ltda. – en liquidación, para que se constituyera Junta Ordinaria de Socios el día 23 de abril de 2019.

Teniendo en cuenta que la Junta Ordinaria de Socios fue convocada "dentro de los tres meses siguientes al vencimiento de cada ejercicio"², esto es, el 26 de marzo de 2019, por expresa literalidad del mismo artículo 422 del Código de Comercio, quedo enervada la posibilidad de una Junta de Socios por derecho propio:

-

² Artículo 422 del Código de Comercio.

"ARTÍCULO 422. < REUNIONES ORDINARIAS DE LA ASAMBLEA GENERAL - REGLAS>.

(...)

Si no fuere convocada, la asamblea se reunirá por derecho propio el primer día hábil del mes de abril, a las 10 a.m., en las oficinas del domicilio principal donde funcione la administración de la sociedad.

R B A ASOCIADOS ESTUDIO JURÍDICO

(...)" (Negrilla y subrayado personal).

En otras palabras, habiendo sido convocada en legal forma la Junta Ordinaria de Socios por parte de la liquidadora Marta Cecilia Salazar Jiménez, el día 26 de marzo de 2019, son nulas de nulidad absoluta, las decisiones adoptadas en la reunión por derecho propio que resume el Acta 44 del 1 de abril de 2019, por violación directa de normas imperativas.

El día 23 de abril de 2019, la Junta Ordinaria de Socios de la sociedad Frigorífico San Martin de Porres Ltda. – en liquidación, se reunió según convocatoria enviada, sesionando y deliberando válidamente con el quórum de ley según da cuenta el acta 45 de la sociedad y el testimonio de la Liquidadora actualmente nombrada por esta Superintendencia, quien indicó expresamente que, algunos de los socios que se reunieron por derecho propio el 1 de abril de 2019, también lo hicieron el 23 de abril de 2019.

4. La sentencia apelada no tuvo en cuenta los actos cometidos por los socios mayoritarios en contra de los socios minoritarios de FRIGORÍFICO.

A contrario sensu de lo manifestado por el despacho, la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., si ha estado realizando actuaciones por fuera del proceso que intentan por todos los medios cancelar el Registro Único Tributario [en adelante RUT] de la sociedad Frigorífico San Martín de Porres Ltda. – en liquidación, para evitar que sea condenada al pago de los impuestos causados y no pagados ni por los ex liquidadores Rojas Maya y Ortega Albrecht ni por la misma la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. como vocera del patrimonio autónomo de remanentes según el Contrato de Fiducia Mercantil Revocable No. 3171019.

Solicito que el despacho analice a profundidad las pruebas aportadas por el suscrito apoderado con el escrito de vinculación de la DIAN en el cual claramente se lee que la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., a través de su apoderado Jaime Luis Cuellar Trujillo, han solicitado ser reconocidos como sucesores procesales de Frigorífico San Martín de Porres Ltda. – en liquidación y revocar la reactivación del RUT de la sociedad adelantado por su liquidadora, quien en claro ejercicio de sus funciones y del cumplimiento de las leyes fiscales, logro reactivar el RUT de la sociedad para proceder al pago de los impuestos pendientes junto con las sanciones correspondientes.

La FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., a través de su apoderado Jaime Luis Cuellar Trujillo, pretenden desconocer a la liquidadora de la sociedad, Martha Cecilia Salazar Jiménez, para que no pueda adelantar la liquidación de la sociedad y no pueda restablecer su patrimonio, porque precisamente la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., tendría que responder por el manejo de los recursos de

RBA & Asociados Estudio Jurídico Móvil: 321 4950897 Email: info@rbajuridico.com www.rbajuridico.com

Frigorífico San Martín de Porres Ltda. – en liquidación y por el no pago de los impuestos a los que esta obligada la sociedad por recibir arriendos.

Es de tal gravedad las actuaciones de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., que su apoderado Jaime Luis Cuellar Trujillo, también estuvo presente como PRESIDENTE de la Junta de Socios de que da cuenta el Acta No. 44 de 2019, objeto del presente proceso, y además de todo, REPRESENTÓ A UNO DE LOS ASOCIADOS SOCIOS que se reunió por derecho propio. Quiere decir lo anterior, que el abogado Jaime Luis Cuellar Trujillo no solo defiende los derechos de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., sino también defiende los derechos de los socios que se reunieron por derecho propio.

El artículo 72 del Código General del Proceso refiere:

"ARTÍCULO 72. LLAMAMIENTO DE OFICIO. En cualquiera de las instancias, siempre que el juez advierta colusión, fraude o cualquier otra situación similar en el proceso, ordenará la citación de las personas que puedan resultar perjudicadas, para que hagan valer sus derechos.

El citado podrá solicitar pruebas si interviene antes de la audiencia de instrucción y juzgamiento."

El despacho esta llamado a analizar las actuaciones de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., respecto a su insistencia porque no se reconozca a la liquidadora de la sociedad, Martha Cecilia Salazar Jiménez, quien precisamente ha reactivado el RUT de la sociedad Frigorífico San Martín de Porres Ltda. – en liquidación, para que se paguen los impuestos adeudados a la DIAN, por lo que al haberse reconocido la sucesión procesal, debe llamarse a la DIAN para que defienda el pago de los impuestos que se han causado y no se han pagado por parte de la sociedad, y, reitero, la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., quiere revocar la reactivación del RUT porque no quiere asumir las responsabilidades en la administración del patrimonio autónomo de remanentes según el Contrato de Fiducia Mercantil Revocable No. 3171019.

Es necesario resaltar, como se indico en la solicitud inicial, que el día 21 de noviembre de 2020 la liquidadora de la sociedad, doctora Marta Cecilia Salazar Jiménez, remitió un cuadro con el cálculo estimado de la cuantía del presunto fraude fiscal, cometidos por el ex liquidador del FRIGORÍFICO, señor Jaime Rafael Ortega Albrecth y por la hoy sucesora procesal, FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., vocera del patrimonio autónomo de remanentes según el Contrato de Fiducia Mercantil Revocable No. 3171019.

Se calcula que por concepto de impuesto a la renta correspondiente a los años 2017 a 2020, se adeuda a la DIAN la suma de \$ 7.612.941.626, discriminados así:

2017 Renta \$ 2.847.867.354

2018 Renta \$ 2.702.822.380

2019 Renta \$ 2.062.251.892

Por otra parte, se calcula la cuantía del fraude fiscal por Industria y Comercio en ASOCIADO \$ 629.535.332

R
B
A
en ASOCIADOS
ESTUDIO JURÍDICO

Finalmente, llamo la atención del despacho para que determine la "colusión, fraude o cualquier otra situación similar" a que se refiere el citado artículo 72 del Código General del Proceso, porque la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. no esta actuando en defensa de los intereses de la sociedad Frigorífico San Martín de Porres Ltda. – en liquidación ni en la de todos sus socios, es más, tanto los socios que se reunieron por derecho propio (Acta No. 44 de 2019, objeto del presente proceso), como la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., buscan revocar o desconocer a la liquidadora de la sociedad, Martha Cecilia Salazar Jiménez y buscan declarar como liquidada a la sociedad, para que entre otras, se pueda revocar la reactivación del RUT y no se paguen las obligaciones fiscales que se tienen con la DIAN.

III. PRETENSIONES

- REVOCAR la sentencia dictada por el Juzgado de origen el pasado 2 de mayo de 2022, y en su lugar, declarar la Nulidad Absoluta de las decisiones adoptadas en la Junta de Socios por derecho propio de la sociedad Frigorífico San Martín de Porres Ltda. – en liquidación, celebrada el 1 de abril de 2019 y contenidas en el Acta No. 44.
- 2. Condenar en costas a la demandada y fijar agencias en derecho.

Cordial Saludo,

Javier Hernán Bohórquez Bohórquez

C.C. 80.178.539 de Bogotá D.C.

T.P. 305.166 del Consejo Superior de la Judicatura



Arrubla Devis

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA DE DECISIÓN CIVIL

E. S. D.

Asunto: Sustentación Apelación - Sentencia del 2 de mayo de 2022.

Demandante: Carmen Iriarte Uribe

Litisconsorte cuasinecesario: CPR Publicidad Ltda. en Liquidación **Demandado:** Frigorífico San Martín de Porres Ltda en Liquidación.

Referencia: Proceso verbal

Número de proceso: 2019-800-00199

Magistrada ponente: Adriana Largo Taborda

JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR, identificado como aparece al pie de mi firma, obrando en mi calidad de apoderado especial del litisconsorte cuasinecesario CPR Publicidad Ltda. en Liquidación, de manera respetuosa y de conformidad con el artículo 321 del Código General del Proceso, me permito sustentar el recurso de apelación de la sentencia de primera instancia dictada en la audiencia del 2 de mayo de 2022, en los siguientes términos:

I. Oportunidad

La presente sustentación se interpone dentro del término concedido por el despacho en virtud del artículo 109 del Código General del Proceso, esto pues el auto que admite la apelación fue notificado por estados el 3 de junio, por lo que el término de cinco (5) días para sustentar inició el viernes 3 de junio de 2022 y termina el viernes 10 de esta mensualidad, por lo que su presentación se realiza dentro de la pertinente oportunidad procesal.

II. Sustentación del recurso.

1. La sentencia no repara en el carácter *sui generis* de la sociedad Frigorífico San Martín de Porres Ltda en Liquidación, que impide predicar que la misma se encuentre liquidada:

Tal y como se expuso a lo largo del proceso por este sujeto, en el caso de marras no se puede predicar como lo hizo el juzgador de instancia que nos encontramos ante una persona jurídica liquidada, en tanto, como se ha repetido en numerosas ocasiones, la cuenta final de liquidación se encontraba sujeta a unas condiciones específicas que hasta el día de hoy no se han cumplido, además todavía está pendiente el reparto del remanente de acuerdo con el artículo 248 del Código de Comercio, por lo que no se puede predicar que el acta de liquidación final produzca ningún efecto.

a. El juzgador de instancia pasó por alto el incumplimiento de las obligaciones a las que estaba sujeta la liquidación según la misma Acta No. 36:

Debe comenzar por señalarse que la sociedad Frigorífico San Martín de Porres Ltda en Liquidación (en adelante "FSMP") no está liquidada por cuanto la misma Acta No.36 establecía unas condiciones específicas que la harían ineficaz, condiciones que se dieron en el caso concreto y evitaron que la liquidación cumpliera sus efectos plenamente.

Lo dicho, salta de bulto con la mera consulta del Certificado de Existencia y Representación de la sociedad, emitido por la Cámara de Comercio de Bogotá que dice:



CERTIFICA:

POR ESCRITURA PÚBLICA NO. 5279 DE LA NOTARÍA 38 DE BOGOTÁ D.C., DEL 07 DE JULIO DE 2017, INSCRITA EL 2 DE OCTUBRE DE 2017 BAJO EL NO. SE PROTOCOLIZÓ EL IX, 02264283 DEL LIBRO ACTA NO 43 DEL DE 2017 POR PAC CUAL LA SOCIEDAD DA ALCANCE A LAS CONDICIONES PARA EI. REMANTES CONTENIDAS EN EL ACTA NO. DEL PAGO EN SU TOTALIDAD PARA DAR PUBLICIDAD Y PRESENTAN 2013 (LA CUAL EL ACTA NO. 36 CONTENIDA EN LA ESCRITURA COMPLEMENTAR EXTRACTO DEL NO. 47 DEL 22 DE ENERO DE 2013 DE LA NOTARÍA 31 DE BOGOTÁ QUE PUBLICA

FUE INSCRITA CON EL REGISTRO 01700453 DEL LIBRO IX) ESTABLECIENDO UNA CONDICIÓN RESOLUTORIA PARA EL CASO EN QUE SE PRESENTE INCUMPLIMIENTO DE ALGUNA DE LAS CONDICIONES ESTABLECIDAS EN LA MENCIONADA ACTA NO 36.

A tenor del aparte transcrito, se hacen prístinos varios hechos irrebatibles, a saber:

- 1) Que el acta que hoy se usa para manifestar que la sociedad se encuentra disuelta, estaba sometida a varias condiciones resolutorias que se cumplieron plenamente dejando sin efecto todas sus posibles consecuencias liquidatorias.
- 2) Que, en un acto de mala fe perpetrado directamente contra los socios minoritarios, en primera oportunidad, solo se elevó a escritura pública un extracto del acto, con el cual se inscribió en la Cámara de Comercio tan solo un fragmento del Acta No 36 mutilada de manera arbitraria y en el que se ocultaban, en perjuicio de los mencionados, las condiciones a las que se encontraba atada dicha acta liquidatoria.
- 3) Que es tan cierto el hecho de que la sociedad no quedó liquidada con el Acta No.36, que en el 2017, es decir cuatro (4) años después de suscrita la misma, los socios se reunieron en Asamblea y expidieron el Acta No. 43, en la que se le dio forma a las condiciones que sujetaban al Acta No.36, por lo que, el hecho de que existiera dicha Asamblea, da cuenta de que la sociedad se encontraba y todavía se encuentra viva para el mundo jurídico, cosa que es evidente y por la cual la Cámara de Comercio procedió a su registro.
- 4) Que como se ha dicho el alcance de las condiciones fue delimitado por la ya mencionada Acta No. 43.

Siguiendo así nuestro análisis jurídico, lo pertinente es aclarar cuales son las condiciones a las que están sujetos los efectos jurídicos del Acta No. 36, para ello debemos remitirnos al contenido de esta, así como al contenido de la ya mencionada Acta No.43. Así en primer lugar nos remitimos al Acta No.36 en la que claramente se contemplan las siguientes condiciones:

- "i) Que se encuentre inscrita el acta final de liquidación en la cámara de comercio y que se encuentre en firme dicho registro.
- ii) Que se encuentre en firme la inscripción de la parte pertinente del acta final de liquidación en la oficina de instrumentos públicos de Bogotá.
- iii) Que transcurran dos meses contados desde la fecha de inscripción del acta final de liquidación en el registro mercantil sin que se hubieran presentado demandas de impugnación contra las decisiones contenidas en el acta final de liquidación.
- iv) Si se presentaran demandas de impugnación contra la mencionada acta final de liquidación, cuando se encuentre ejecutoriada la sentencia mediante la cual se nieguen las pretensiones de la demanda de impugnación. De existir varias demandas cuando se resuelva la última de ellas, negando las pretensiones de impugnación de la demanda." Negrillas fuera del original.

De esta manera, es evidente que en el punto cuarto del aparte citado del Acta No. 36 se reguló lo que debía ocurrir con su contenido en caso de que se presentaran procesos judiciales en contra de este, regulación que sometió su aplicabilidad en el caso mencionado, a una obligación claramente suspensiva, según la cual, los efectos jurídicos de ella quedarían en su nacimiento supeditados a las



resultas de dichos procesos. De esta manera, si se cumplía el supuesto (futuro e incierto) de que dicha acta fuese impugnada, nacía (como de hecho nació) una condición suspensiva que ataba la exigibilidad del Acta a lo que se decidiera en dichos litigios, en este punto es importante resaltar lo dicho por la doctrina con respecto a dichas condiciones:

"Si se trata de una condición suspensiva mientras está en estado pendiente no hay obligación, su nacimiento se encuentra netamente suspendido por tratarse de un hecho futro e incierto y por ende tampoco puede ser exigible." 1

Incluso con una lectura desprevenida del texto se logra advertir por la claridad del mismo que la **condición quinta no se cumplió**, esto pues en este mismo momento se encuentra en trámite un proceso judicial que cuestiona la validez de dicha Acta, identificado con el radicado 11001310303620130015007, de esta manera, es claro para el que interprete el texto resaltado en el extracto anterior con un mínimo de buena fe, que todos los efectos jurídicos del Acta 36 están supeditados a la terminación y las resultas de otro proceso, por lo que consideramos se equivocó el fallador de primera instancia al darle a lo pactado en la mencionada Acta unos efectos que evidentemente no tiene, pues no se puede predicar la exigibilidad de lo prescrito en un apartado del Acta, mientras se descarta sin razón alguna otro extracto de la misma.

Por lo dicho, se presentaban ante el juzgador solo dos caminos de acción lógicos frente al documento mencionado, que en todo caso llegan al mismo punto como veremos: (i) el primero era restarle de manera total el valor al mismo, concluyendo así que no surtió efecto liquidatorio alguno, por otro lado, el segundo; (ii) era considerar como válido el contenido total del documento, caso en el cual, se le imponía la obligación de constatar el cumplimiento o no de las condiciones, debiendo haber concluido que las mismas no se realizaron y por ende que el mismo no surtió efectos jurídicos de liquidación al no haberse cumplido el contenido condicional al que estaba sujeto. Pese a lo dicho, el operador jurídico de primera instancia tomó una tercera vía que en nuestro concepto se aleja de la senda marcada por los criterios de razonabilidad jurídica.

b. El juzgador de instancia omitió la ocurrencia de la condición resolutoria contemplada en el Acta No 43:

Como segundo punto, traemos a colación las condiciones contenidas en el Acta 43, en la que se expresa de manera clara:

"DÉCIMO SEGUNDO. Que hasta tanto se cumplan LAS CONDICIONES y se verifique formalmente la entrega de los remanentes de la liquidación a todos y cada uno de los asociados, entrega que se realizará al mismo tiempo para todos, les queda prohibido a LOS ADJUDICATARIOS DEL INMUEBLE disponer y/o gravar en manera alguna EL INMUEBLE, así como tampoco podrán transferirlo a ningún título, subdividirlo, establecer limitaciones de ninguna índole ni constituir hipotecas, servidumbres, anticresis, arrendamiento por escritura pública, ni lo podrán dar en garantía, ni ser demandados o embargados ejecutivamente por mora en sus obligaciones.

DÉCIMO TERCERO. Que de incumplirse lo estipulado en el numeral anterior, operará CONDICIÓN RESOLUTORIA y SE RESOLVERÁ de pleno derecho el acto contenido en la escritura pública No. 47 del 22 de enero de 2013 de la Notaría 31 de Bogotá."

Del aparte transcrito se pueden extraer varios puntos que son de una claridad meridiana y de una altísima relevancia en este proceso, los mismos son:

- 1) Que en esta se reitera el carácter condicionado de los efectos que pudiesen surgir del Acta No.36 y de su mismo contenido respecto a la liquidación de la sociedad.
- 2) Que la misma condicionaba la aplicación del Acta No. 36 que se registró en la escritura pública 47 del 22 de enero de 2007 no solo al cumplimiento de los supuestos en ella prescritos sino al

¹ Derecho de obligaciones Aproximación a la praxis y a la constitucionalización/ José Guillermo Castro Ayala Nattaly Jimena Calonje Londoño/ Universidad Católica de Colombia 2015.



reparto completo del remanente y a que los adjudicatarios del inmueble no dispusieran del mismo ni permitieran que sobre él se impusiera algún tipo de gravamen, pues si esto ocurría, operaba, de pleno derecho, la recisión de cualquier efecto resolutorio que el acta *ut supra* pudiese surtir.

Frente a la condición adicionada por esta Acta, también podemos constatar su incumplimiento de la siguiente manera:

i. Mediante anotación número 017 del 24 de enero de 2013, en el Certificado de Tradición y Libertad de la Oficina de Instrumentos Públicos de Bogotá Zona Centro, se les adjudicó como remanente a varios de los hoy socios del Frigorífico el inmueble identificado con matrícula inmobiliaria 50C-1009638, entre los que se encontraba el señor Bernardo Uribe Leyva:

ANOTACION: Nro 017 Fecha: 23-01-2013 Radicación: 2013-5823	ARIADO
Doc: ESCRITURA 47 del 22-01-2013 NOTARIA TREINTA Y UNO de BOGOTA D. C. VALOR	ACTO: \$24,667,000,000
ESPECIFICACION: ADJUDICACION LIQUIDACION SOCIEDAD COMERCIAL: 0111 ADJUDICACION LIQ	UIDACION SOCIEDAD COMERCIAL
PERSONAS QUE INTERVIENEN EN EL ACTO (X-Titular de derecho real de dominio,I-Titular de domi	inio incompleto)
DE: FRIGORIFICO SAN MARTIN DE PORRES LTDA EN LIQUIDACION NIT 860.008.488-7	NIT# 8500084887
A: PIEDRAHITA DE UMA\A BEATRIZ	CC# 20004875 X 9.774%
A: URIBE CLAUZEL JUAN PABLO	CC# 80414543 X 2.707%
A: URIBE CLAUZEL MARIA CAROLINE	CC# 51811510 X 1.806%
A: URIBE LEYVA AGUSTIN ESTEBAN IGNACIO	CC# 17056907 X 18.948%
A: URIBE LEYVA BERNARDO	CC# 19120930 X 18.948%
A: URIBE LEYVA ENRIQUE	CC# 5558205 X 18.948%
A: URIBE LEYVA JULIA	CC# 20344149 X 26.164%
A: URIBE VILLEGAS JUAN MANUEL	CC# 79943695 X 0.898%
A: URIBE VILLEGAS JUAN NICOLAS	CC# 79782918 X 1.806%

- ii. Como se ha manifestado con antelación, mediante el Acta 43 y de acuerdo con su registro en la Cámara de Comercio de Bogotá, los adjudicatarios de dicho inmueble adquirieron la obligación de mantenerlo dentro de sus patrimonios, libre de cualquier gravamen u obligación, so pena de que no operase la liquidación sometida a condición en la cuenta final de liquidación de la sociedad que se encuentra en la mencionada Acta 43 y en la 36.
- iii. Que dicha condición resolutoria fue expresamente consagrada sobre el folio de matrícula inmobiliaria del inmueble mediante anotación número 20 así:

As an invariant or of contract the section of the contract to	arten de la companya	CHARLES ON PRODUCTION IN COLUMN
ANOTACION: Nro 020 Fecha: 19-07-2017 Radicación: 2017-54674	EGISTRO	
Doc: ESCRITURA 5279 del 07-07-2017 NOTARIA TREINTA Y OCHO de BOGOTA D.	C. VALOR ACTO: \$	
ESPECIFICACION: CONDICION RESOLUTORIA EXPRESA: 0311 CONDICION RESOLUTORIA	LUTORIA EXPRESA	
PERSONAS QUE INTERVIENEN EN EL ACTO (X-Titular de derecho real de dominio	,l-Titular de dominio incompleto)	
DE: URIBE CLAUZEL JUAN PABLO	CC# 80414543 X	
DE: URIBE CLAUZEL MARIA CAROLINE	CC# 51811510 X	
DE: URIBE LEYVA BERNARDO	CC# 19120930 X	
DE: URIBE LEYVA ENRIQUE	CC# 5558205 X	
DE: URIBE LEYVA JULIA	CC# 20344149 X	
DE: URIBE VILLEGAS JUAN MANUEL	CC# 79943695 X	
DE: URIBE VILLEGAS JUAN NICOLAS	CC# 79782918 X	
A: FRIGORIFICO SAN MARTIN DE PORRES LTDA	NIT# 8600084887	

- iv. Se itera de nuevo que el mero registro de esta acta es una prueba adicional de la existencia de la sociedad, en tanto, en el año 2017, más de cuatro (4) años después de la supuesta muerte jurídica de la sociedad, la misma se encontraba siendo parte de actos jurídicos como el presente, del que da fe la autoridad registral y que denota su completa vitalidad jurídica, tanto en ese momento como al día de hoy.
- v. Que la condición resolutoria expresa contemplada en las Actas 43 y 36, en su registro en Cámara de Comercio y en el folio de matrícula inmobiliaria del inmueble 50C-1009638, se acreditó con el embargo del que fue objeto dicho bien el día 6 de octubre del 2021, realizado por la Unidad de Gestión de Pensiones y Parafiscales U.G.P.P, contra el señor Uribe Leyva que reposa a folio 22 del mencionado Certificado de Tradición y Libertad:



No tiene validez sin la firma del registrador en la ultima página

ANOTACION: Nro 022 Fecha: 06-10-2021 Radicación: 2021-85708

Doc: OFICIO 002740341 del 30-09-2021 LA UNIDAD DE PENSIONES Y PARAFISCALES de BOGOTA D. C.

VALOR ACTO: \$

ESPECIFICACION: EMBARGO POR JURISDICCION COACTIVA: 0444 EMBARGO POR JURISDICCION COACTIVA DERECHO DE CUOTA

PERSONAS QUE INTERVIENEN EN EL ACTO (X-Titular de derecho real de dominio,I-Titular de dominio incompleto)

DE: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL-UGPP NIT# 900373913

A: URIBE LEYVA BERNARDO

CC# 19120930 X

vi. De lo enumerado, se constata (de nuevo) el incumplimiento de una de las condiciones a las que se encontraban supeditados los efectos jurídicos del acta final de liquidación de la sociedad, plasmada en las Actas 36 y 43, en este caso la que prohibía a los adjudicatarios del inmueble "disponer y/o gravar en manera alguna EL INMUEBLE, así como tampoco podrán transferirlo a ningún título., (...), ni ser demandados o embargados ejecutivamente por mora en sus obligaciones." so pena de que operara la "CONDICIÓN RESOLUTORIA y SE RESOLVERÁ de pleno derecho el acto contenido en la escritura pública No. 47 del 22 de enero de 2013 de la Notaría 31 de Bogotá.", es decir del contenido del Acta 36 que hoy se alega como legitimante del presunto y negado estado de liquidada de la sociedad, Acta que por lo demás había ya perdido toda fuerza jurídica en virtud del incumplimiento de la condición a la que ella misma se sometía según la cual, no operaría ningún efecto en el mundo jurídico si "se presentaran demandas de impugnación contra la mencionada acta final de liquidación", cosa que como se ha visto, también ocurrió.

De esta manera, consideramos que se equivocó el juzgador de primera instancia al mencionar que la sociedad se encontraba liquidada en el 2019 o que se encuentra liquidada en la actualidad, esto cuando dijo:

"Dicho lo anterior, de la lectura del certificado de existencia y representación legal de Frigorífico San Martín de Porres Ltda. se desprende que la cuenta final de liquidación consignada en la escritura pública 47 del 22 de enero de 2013 se inscribió en el registro mercantil el 25 de enero de 2013.14 Dicho documento, también da cuenta de que la cuenta final de liquidación no se encontraba suspendida por decisión de alguna autoridad para la fecha en que se celebró la reunión de la junta de socios del 1 de abril de 2019."

Así, el fallo objeto de apelación no dio respuesta al carácter condicional de la cuenta final de liquidación (expresada de manera enfática por la liquidadora en su deposición ante el despacho), pese a que como se repite, fue alegado expresamente en los escritos procesales aportados por esta parte y a que esta en un diligente ejercicio argumentativo se había anticipado al posible razonamiento según el cual, del Certificado de Existencia y Representación se colegía que esta persona jurídica se encontraba liquidada, demostrando la inconveniencia del mismo al decir:

"Así las cosas, vale la pena recordar que, así como lo ha dicho esta Superintendencia, una cosa es la cancelación de la matrícula mercantil que consta en el certificado de existencia y otra muy diferente es la liquidación de la sociedad. Lo anterior, toda vez que la cancelación de la matrícula se realizó cuando se inscribió el acta de la cuenta final de liquidación, pero omitiendo las condiciones a las que esta estaba sujeta, como explicamos previamente"

Con lo dicho, es evidente que se debe incluir dentro de la lista de desatinos en los que incurrió esta sentencia, el hecho que se hace notorio, según el cual, el juzgador de instancia incumplió en la expedición del proveído apelado en una violación directa a la obligación contenida en el artículo 280 del Código General del Proceso que dice:

"La motivación de la sentencia deberá limitarse al examen crítico de las pruebas con explicación razonada de las conclusiones sobre ellas, y a los razonamientos constitucionales, legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, con indicación de las disposiciones



aplicadas. El juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ella."

En esta tesitura, vemos que el operador jurídico, desatendió en la decisión impugnada el deber de dar un claro análisis y justificación de la valoración del contenido integral de las pruebas (como la referencia expresa a las condiciones a las que estaba sometida el Acta 36, cuya existencia era del todo constatable a la luz del texto del Certificado de Existencia y Representación de la sociedad).

Sirvan como colofón de este acápite las mismísimas palabras de la Superintendencia de sociedades, quien reparando en el carácter especial y no liquidado de la sociedad Frigorífico San Martín de Porres Ltda dijo en oficio No. 301-130937 del 28 de noviembre de 2019:

"...en sendos oficios de los cuales le adjunto copia de los últimos proferidos², esta Superintendencia ha señalado que el de la Sociedad es un caso sui generis; afirmación que se sustenta en diversos aspectos, tales como, que si bien su matricula mercantil aparece cancelada, según información que arroja el propio registro mercantil que lleva la Cámara de Comercio de Bogotá, no sucede lo mismo en relación con la información sobre su liquidación, de hecho, la Sociedad no aparece liquidada en el registro mercantil que lleva la Cámara de Comercio de Bogotá; adicionalmente, a pesar de encontrarse registrada la cuenta final de liquidación, el pago de remanentes sociales pende de unas condiciones (básicamente que se resuelvan definitivamente las controversias judiciales sobre la cuenta final de liquidación) como se señaló anteriormente que, a la fecha, no se han cumplido.

En consecuencia, no es posible por parte de esta Superintendencia, en el marco de sus atribuciones y competencias, emitir concepto respecto de si la Sociedad se encuentra liquidada...". (negrita y subrayado por fuera del original)

En conclusión, se le achaca a la sentencia objeto del recurso el partir del supuesto erróneo según el cual la sociedad se encontraba liquidada al momento de celebrarse la Junta de Socios que se hizo constar en el Acta No.44 y que este sujeto procesal tacha de nula.

2. La convocatoria realizada por la señora liquidadora Martha Cecilia Salazar Jiménez era plenamente válida e impedía realizar la reunión por derecho propio que se documentó en el Acta 44:

Situados ya de manera clara en el escenario jurídico en el que consideramos que se debió proferir esta decisión, es decir, en el supuesto de una empresa que se encuentra en proceso de liquidación y no liquidada aun, pasaremos analizar la validez de la reunión de socios "por derecho propio" celebrada el primero de abril de 2019, auscultando de manera particular en si la misma fue o no violatoria del artículo 422 del Código de Comercio y si por ende adolece de algún vicio de nulidad en sus disposiciones.

En primer lugar se debe decir que de los hechos probados en el proceso, se hace palmaria la violación al mencionado enunciado normativo, en tanto cuando siete (7) de los socios se reunieron "por derecho propio", existía una convocatoria válida para celebrar la Junta de Socios, realizada por la liquidadora nombrada por la Superintendencia, lo que hace a esta reunión y a las determinaciones sociales en ella tomadas nulas tal y como se solicitó, por lo que no se configuraban los supuestos necesarios para que una parte de los socios, de manera unilateral y en un franco desconocimiento a los derechos de sus pares, se reuniera por derecho propio, posibilidad que solo se activa cuando no existe convocatoria ordinaria realizada por el representante legal (situación antipódica a la ocurrida en el caso de marras).

De lo que se concluye sin lugar a duda que dicha reunión se realizó en plena contravención a las normas que regulan la materia y que son de orden público por lo cual de las mismas el particular no puede disponer bajo ninguna circunstancia, y cuyo incumplimiento es indefectiblemente una causal

Oficios 300-061425 del 10 de junio de 2019, 300-072247 del 8 de julio de 2019, 300-074269 del 15 de julio de 2019 y 301-082384 del 24 de julio de 2019.



de nulidad, que no solo debe ser declarada a petición de parte, sino que, de presentarse de manera evidente en el proceso, debe ser declarada por el juez de manera oficiosa.

De esta manera y en aras de dar una breve claridad sobre las razones del ataque a la sentencia de primera instancia, mencionaremos las razones por las que la convocatoria de fecha 29 de marzo de 2019, era plenamente válida y por ende hacía inviable la reunión por derecho propio sobre cuyas decisiones se solicita la nulidad en este proceso:

- 1) En primer momento las dos convocatorias realizadas por la liquidadora (tanto la cancelada del 12 de marzo como la del 29 de ese mes), se realizaron en estricto cumplimiento de lo ordenado por la Superintendencia en oficio n 312-016382 de 6 de abril de 2019 y en fechas que se encuentran dentro de los primeros tres meses del año (razón de más por la que nos extraña que en la sentencia impugnada se diga que la reunión de los socios no era posible pues se trataba de una empresa liquidada), lo que nos lleva a concluir en sana lógica que el acto de convocatoria arriba mencionado, estaba revestido de una doble legitimidad, no solo por el hecho de que esta era un deber jurídico del liquidador a tenor de lo dicho en el plurimencionado artículo 422 del Código de Comercio, sino que la misma obedecía a prescripción expresa por autoridad administrativa.
- 2) En este sentido del cotejo a primera vista entre las normas jurídicas que regulan la convocatoria, resulta evidente el desatino del fallador en tanto, contrario a lo sostenido por este, sí se debe colegir que toda disposición emanada de una asamblea reunida ilegal y de mala fe, es violatoria no solo de los derechos legales y constitucionales de los socios en general, sino del enunciado normativo contenido en el artículo 442 *ut supra* en particular, en tanto transgredieron de forma flagrante las normas de orden público que regulan la toma de decisiones sociales.
- 3) Con el ánimo de cimentar todavía más nuestra tesis, diremos además que es previsible que dentro del trámite del recurso se alegue que la Asamblea no fue convocada para una fecha que se encuentre dentro de los tres primeros meses del año, pese a lo cual veremos que dicho argumento es fácilmente derruido cuando se considera que el supuesto de hecho para la celebración de reuniones por derecho propio es taxativo, por lo que solo se aplica cuando la reunión no se ha convocado, dejando fuera cualquier otra posibilidad fáctica como lo es el que la misma se hubiese convocado para después del mes de marzo, esta taxatividad en la interpretación, no solo resulta de su carácter de norma de orden público, sino de la claridad meridiana de su redacción, por lo que no debe ser interpretada de manera diferente a su sentido natural y obvio, en tanto "Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu".
- 4) Adicionalmente, encontramos que si nos remitimos a la función que cumple la norma en el esquema societario colombiano, solo resulta plausible la interpretación que aquí se le da al mencionado artículo 442. Esto pues, si atendemos a que su finalidad es permitir que ante la inexistencia de una Asamblea de Socios convocada estos puedan ejercer sus derechos políticos en el control de la sociedad, dicho fin solo se cumple cuando efectivamente está ausente la mentada convocatoria, haciendo que en el horizonte de los socios no se vislumbre alguna posibilidad de asistir a esta reunión anual y ejercer sus derechos económicos y políticos en ella.

A contrario sensu cuando la misma se encuentra citada, en atención a esta misma finalidad protectora de los derechos de los socios, es dicha convocatoria la que ha de prevalecer por encima de una mal llamada "reunión por derecho propio", esto en el entendido de que al ser la Asamblea convocada de conocimiento de todos los accionistas, es esta la que garantiza de mejor manera que la totalidad de los mismos pueda concurrir y ejercer los mencionados derechos, al respecto vale la pena citar lo dicho por la Superintendencia de Sociedades respecto a la finalidad de la figura de las reuniones por derecho propio:

"Es evidente entonces, al examinar el tema de la reunión por derecho propio, que el legislador pretendió garantizar a los asociados el derecho a reunirse, como mínimo una vez al año cuando no fueren convocados, de forma que no quedaran indefensos, sometidos

.

³ Artículo 25 del Código Civil Colombiano.



a la voluntad de un administrador que, deliberada o involuntariamente, no convoca al máximo órgano social para examinar la situación de la empresa, haciendo nugatorios algunos de los derechos que le otorga la ley a quienes ostentan la calidad de socios o accionistas, como bien podrían destacarse el de conocer las cuentas y el balance de fin de ejercicio; enterarse de la gestión de los administradores; efectuar las designaciones que por ley o estatutos les corresponde; repartir los dividendos etc.

Dicho en otras palabras, es una citación contemplada en la ley, de una parte, para garantizar y asegurar que los asociados puedan reunirse, como mínimo, una vez al año, a efecto de que ejerzan los derechos políticos y económicos que legalmente les corresponde, de otra, como medida correctiva a fin de subsanar la omisión en que incurre el administrador del ente jurídico al no convocar a la reunión ordinaria."

En esta tesitura es claro que (i) al existir una reunión convocada dentro de los tres primeros meses del año (el 29 de marzo), los socios no tenían amenazado el ejercicio de sus derechos políticos, pues precisamente existía una convocatoria a Asamblea que les permitiría concurrir y desplegar a plenitud todos sus derechos en el contrato social, (ii) que esta convocatoria fue dirigida a todos los socios, por ende garantizaba que la totalidad de los accionistas participaran y ejercieran los mencionados derechos, (iii) que por ende no se podía celebrar una reunión por derecho propio, (iv) que, por todo lo dicho, el actuar de un grupo de accionistas registrado en la llamada Acta No. 44, estaba encaminado a desconocer los derechos de un grupo minoritario en un claro actuar de mala fe, esto pues al reparar en las finalidades que tiene la figura de la reunión por derecho propio, queda claro que en el caso en mención no era esta la institución del derecho societario que se debía elegir, porque al existir una convocatoria conocida por todos los socios, su uso, lejos de cumplir su finalidad, se constituye en una herramienta para el desconocimiento de las garantías de un grupo de socios, lo anterior, tal y como se verá en el acápite siguiente.

3. Sobre la mala fe de un grupo de socios mayoritarios que no fue objeto de pronunciamiento por parte del a quo.

Es evidente en este punto, que también se abstuvo el operador jurídico de primera instancia de analizar la conducta procesal de las partes, como quedó probada en el proceso. De esta manera, se omitieron las siguientes conductas que eran medulares en la resolución del conflicto de acuerdo con los postulados constitucionales y legales, pasando por alto los siguientes hechos:

- 1) Que un grupo de socios mayoritarios ha venido de manera sistemática torpedeando los derechos de los minoritarios, con actos como los que se han acreditado en este proceso frente a la inscripción parcial y amañada de actas en la Cámara de Comercio, con el fin de dejar por fuera las condiciones a las que estaba sujeta la liquidación, como protección a los minoritarios.
- 2) Que esto se ha reflejado en sus conductas procesales, al sostener de mala fe, tesis que incurren en profundas e insalvables contradicciones como lo es afirmar por un lado que sí había lugar a la reunión por derecho propio mientras por el otro se dice que la sociedad está liquidada.
- 3) ¿Cómo explican entonces la validez de una reunión que celebraron frente a una sociedad que ellos mismos alegan estaba liquidada para la fecha? La respuesta es simple: celebraron la reunión y emitieron un acta de una sociedad que existía y estaba vigente, no estando liquidada definitivamente, dándole la razón a la parte Demandante.
- 4) Este obrar en el que de manera acomodaticia se usan argumentos parciales para sostener dos tesis que son mutuamente excluyentes, solo demuestra que ambas (la de la liquidación y la de la validez de la reunión por derecho propio) son planteamientos que tienen su raíz en la mala fe, **por lo que para su defensa un grupo de socios mayoritarios están incluso dispuestos a sacrificar la coherencia de su discurso y por ende poner incluso en duda su credibilidad procesal con el fin de conseguir mediante torticeras argumentaciones sus desleales propósitos, ahondando todavía más en el iter de mala fe que de vieja data han emprendido.**

⁴ Super Intendencia de sociedades 220-44078, 09 de septiembre de 2004



5) Tampoco analizó el juzgador de instancia el hecho de que este grupo de socios mayoritarios, a sabiendas de que estaba programada una reunión ordinaria, de la que tenían conocimiento todos los accionistas en virtud de la convocatoria que fuese realizada por la liquidadora, decidieran, con el claro interés de excluir a los socios minoritarios de la toma de decisiones sociales "reunirse por derecho propio" de manera irregular y sin que de ello supiesen nada los socios minoritarios, que de buena fe esperaban ejercer sus derechos en la Asamblea que había sido convocada por el liquidador.

A lo dicho se agrega que, incluso si en gracia de discusión se aceptara que el encuentro de los socios mayoritarios era una reunión por derecho propio en los términos legales (cosa que como se ha visto es un imposible jurídico) tendríamos que concluir que las decisiones tomadas en la misma serían de todas maneras inválidas al constituirse en un claro ejercicio abusivo de la posición mayoritaria. Esto pues, de nuevo si hipotéticamente y dando por verdadero lo que es falso, a saber, la manifestación de que los socios podían reunirse por derecho propio, su actuar no se validaría en tanto es evidente que este derecho (de plano inexistente) se habría ejercido en un claro abuso, en tanto no se habría realizado para proteger la posibilidad que como socios les asiste de intervenir en las decisiones de la sociedad, pues la misma ya se encontraba garantizada por la convocatoria a Asamblea que había realizado la liquidadora. Es que salta del bulto que su clara intención excedía e incluso contrariaba, la teleología de este derecho, al ser aplicada con el fin de excluir a los socios minoritarios de la reunión del máximo órgano social.

Por lo dicho, vale la pena traer a colación la jurisprudencia de la propia Superintendencia de Sociedades, que de manera clara ha reconocido que el derecho no puede tutelar el actuad de socios que, amparados en el ejercicio de sus derechos, subvierten la finalidad de los mismos con el fin de perjudicar a sus pares, mediante mecanismos que aunque sean legales de manera formal, no lo son de fondo al estar encaminados a metas distintas de las buscadas por el ordenamiento jurídico con sus regulaciones:

"En tercer lugar, se ha dicho que los accionistas Limiti Forero aprobaron la disolución de la sociedad de manera subrepticia (vid. Folio 25). Ello se debe a que la convocatoria a la reunión se realizó mediante la publicación de un aviso en el diario La República, a pesar de que, según la demandante, 'siempre se le convocó de manera habitual a través de medios escritos, enviados personalmente, por correo certificado, por correo electrónico incluso a través de llamada telefónica, ratificando la invitación a la celebración de la reunión [...]' (vid. Folio 6). Lo anterior podría ser relevante para el presente proceso, en tanto en cuanto el uso de maniobras sigilosas ha sido considerado como un indicio acerca del posible carácter abusivo de decisiones sociales. Así, por ejemplo, en un laudo arbitral emitido el 17 de marzo de 2004 se formularon las siguientes consideraciones: '[c]uando los socios mayoritarios, de manera consciente y deliberada, deciden decretar una capitalización que se plantea de manera repentina y que se promueve sigilosamente, aprovechándose de una intempestiva modificación de la forma como se venían haciendo las convocatorias a las reuniones de la junta de socios y privando a sus consocios, de facto, de la posibilidad de participar en dicha capitalización, incurren en abuso del derecho, a pesar de que formalmente hayan cumplido con los pasos para concretar una capitalización en la que, teóricamente, los demás consocios también pueden participar." (Negrillas fuera del original.)

No de otra manera se puede llamar al hecho, según el cual, al tener los socios mayoritarios dos posibilidades en su horizonte fáctico (la de respetar la convocatoria válidamente realizada y la de irrespetarla, convocando de manera ilegítima una supuesta reunión por derecho propio) adoptaran estos el camino que tendía a desconocer los derechos de los socios minoritarios en tanto estos no podrían -y en efecto no pudieron- ejercer sus derechos políticos al no estar informados de una reunión de cuya asistencia se vieron completamente privados. Por todo lo dicho, es forzoso concluir que, en el mejor de los casos, se configuró una maniobra sigilosa para despojar a los minoritarios de sus derechos políticos, en tanto, como se ha dicho, el grupo de accionistas que supuestamente se reunió

_

⁵ Superintendencia de Sociedades/ Auto n.° 800-14679 del 30 de octubre de 2015



por "derecho propio", lo habría hecho con el fin de torpedear una convocatoria de la que todos los socios estaban informados, reemplazándola por una que solo conocía este grupo de accionistas que evidentemente actuaron así de mala fe.

En este sentido, si se observa todo lo dicho hasta el momento, no son excesivas cavilaciones para reparar que está impregnado de mala fe el comportamiento de un grupo de socios que: (i) desconoce la existencia de una convocatoria comunicada a todos los que ostentan esta calidad y con el fin de evitar que sus pares puedan concurrir a una Asamblea, convocan de manera ilegal e ilegítima una "reunión por derecho propio" (que nunca intentaron siquiera comunicar a los minoritarios, que tenían sus esperanzas fijadas en la convocatoria hecha por la liquidadora); y que, (ii) incurren en una tesis profundamente contradictoria al sostener que realizan una asamblea de socios de una sociedad que consideran liquidada y por ende extinta, violando el principio elemental de la lógica que reza ex nihilo nihil fit.

Y es que se debe recordar que el contrato societario, al igual que todos los contratos mercantiles debe operar de acuerdo con el deber constitucional de buena fe, contenido en el artículo 80 de la Carta Política y que obliga a los particulares a regir sus actuaciones bajo este postulado, que encuentra su desarrollo legal en materia contractual en el artículo 1546 del Código Civil que manifiesta 'Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella' y en el artículo 830 del Código de Comercio en virtud de la condena que este hace de procederes contrarios a la buena fe, como lo es el abuso del derecho, esto cuando dice: "El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause.".

Así lo ha dicho la Corte Constitucional, cuando ha sostenido que el mandato constitucional arriba reseñado, se traduce en la praxis en obligaciones jurídicas precisas y concretas en el trato entre particulares, de esta manera ha descrito que:

La jurisprudencia constitucional ha definido el principio de buena fe como aquel que exige a los particulares y a las autoridades públicas ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una "persona correcta (vir bonus)". Así la buena fe presupone la existencia de relaciones reciprocas con trascendencia jurídica, y se refiere a la "confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada" (Negrillas propias.)

Por lo dicho, y a manera de resumen, el fallo que se ataca en este recurso, al evitar el análisis de la buena fe de las partes estaría violando normas de rango constitucional (artículo 80 C.P.C), normas procesales (artículo 280 C.G. P) y normas sustanciales (artículos 830 del C. Co y 1546 del C.C), llegando así a una decisión contraria a lo que en derecho correspondía.

Según lo mencionado, es evidente que se configuró la mencionada transgresión a la regulación sobre el procedimiento para la toma de decisiones sociales por lo que las contenidas en el Acta No. 44 adolecen de la nulidad que debió ser declarada por el juez de instancia.

III. Solicitud

En los anteriores términos solicitamos, respetuosamente, que se revoque la sentencia de primera instancia para declarar la prosperidad de las pretensiones que formuló el demandante.

Atentamente,

JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR

T.P. 14.106 C.Ś.J.

C.C. 70.050.456 de Medellín

⁶ Sentencia C-1194/08. MP: Rodrigo Escobar Gil

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA

Sala de Decisión Civil
M.P. Dr. JAIME CHAVARRO MAHECHA
E. S. D.

Ref.: SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN PROCESO ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR DE JUAN ALFONSO CURE GUETTE EN CONTRA DE BANCO DAVIVIENDA S.A.

Rad. 11001319900320200319101

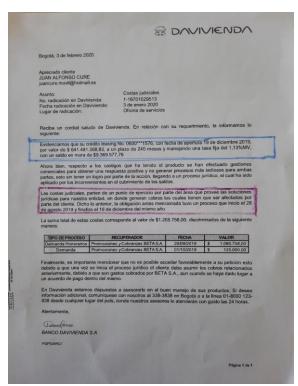
ESTER PATRICIA MOLINARES DELGADO, también mayor de edad, abogada en ejercicio, domiciliada y residente en esta misma ciudad, identificada con la cédula de ciudadanía №. 32.666.376 de Barranquilla, portadora de la tarjeta profesional №. 110.422 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi condición de apoderada judicial del señor JUAN ALFONSO CURE GUETE, a usted, respetuosamente me dirijo, encontrándome dentro del término legal, de conformidad con el auto de su Despacho de fecha 28 de noviembre de 2022, a fin de sustentar el RECURSO DE APELACION INTERPUESTO OPORTUNAMENTE ANTE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA.

SUSTENTACION PRIMERA. PERDIDA DEL ALIVIO FINANCIERO DEL GOBIERNO NACIONAL.

Carta de Davivienda de fecha febrero 3 de 2020, en respuesta al no cobro de costas judiciales, no. Rad. 1-16701029513, dice que la restructuración se hizo con una tasa fija de 1,13% **MES VENCIDO**.

Evidenciamos que su crédito Leasing No. 0600***1576, con fecha de apertura 19 de diciembre del 2019, por valor de \$ 641.481.308.83, a un plazo de 240 meses y manejando una tasa fija del 1.13%MV, con un saldo en mora de \$9.369.577.76.

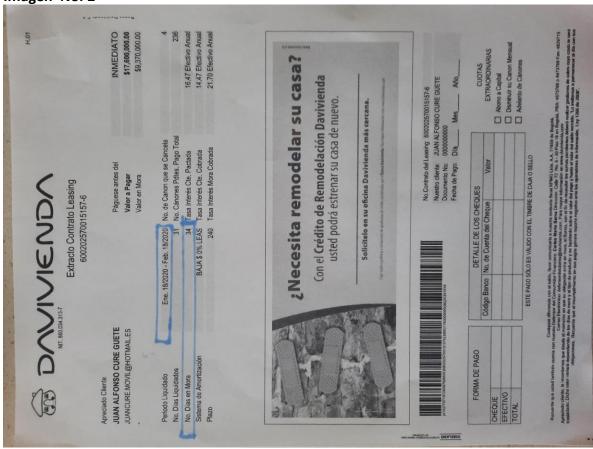
Imagen No. 1. (documento que fue anexado por la demandada en su contestación de demanda) Archivo 15 Fw:RC1-16701029513cl



En el extracto del Leasing comprendido entre enero 18, a febrero 18 de 2020, registra claramente una mora de (34 días de mora).

Se puede observar claramente que si cumple con los requisitos de la circular 014 de Marzo de 2020.

Imagen No. 2



2.- Sobre las inconsistencias de la restructuración, además de lo que se pudo evidenciar, durante toda la etapa probatoria, se pueden resaltar las siguientes:

a. En la carta de Febrero 3 de 2020 (Imagen No. 1), en el tercer párrafo (lo resaltado con rojo), argumenta el Banco Davivienda que cobró unas costas judiciales por un proceso de restitución.

(...), la obligación antes mencionada tuvo un proceso que inició el 28 de agosto 2019 y finalizó el 16 de diciembre del mismo año.

Así las cosas, la restructuración no se efectuó el 18 de octubre, como lo argumento en todo el proceso, sino que se realizó el 19 de diciembre de 2019, como lo afirma la carta

SEGUNDA SUSTENTACIÓN. REESTRUCTURACIÓN DEL CRÉDITO LEASING HABITACIONAL NO. 06002025700151576 DEL 18 DE SEPTIEMBRE DE 2019.

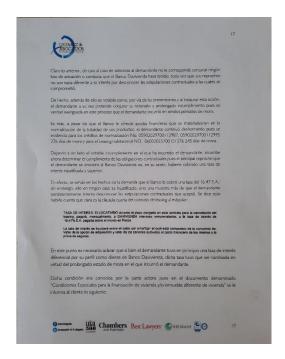
Reestructuración en la cual es cierto que mi poderdante firmó una solicitud de reestructuración, la que fue llenada por un funcionario del Banco Davivienda y firmada por él, la motivación de esa reestructuración es que el señor CURE, había disminuido sus ingresos en \$9.000.000 y necesitaba el apoyo del Banco para poder continuar pagando las acreencias impuestas, una vez firmada la solicitud, él sintió que tendría el apoyo del Banco Davivienda, pero para su sorpresa, la entidad le hace una reestructuración que lo llevaría irreversiblemente al caos financiero, porque el leasing habitacional, pasó de una cuota de \$5.600.000 a \$8.180.000, la cual iba en contra del espíritu de su solicitud de reestructuración, el Juzgador no tuvo en cuenta

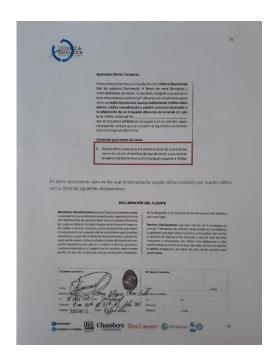
que la entidad accionada al responder el libelo introductorio en respuesta a la demanda presenta una imagen compuesta, tomando partes entresacadas de dos documento, omitiendo la relativa a la fecha de suscripción del mismo, para ocultar que pertenecía a otro crédito leasing, el cual inicio en el mes de febrero del 2017 y fue negado en fecha Octubre 12 de 2017, con el fin de enrostrar al demandante una presunta aceptación de perdida de tasa de interés preferencial, para sustentar su abuso de su posición dominante, cambiar la tasa de interés E.A., e inducir al error a su despacho, pretendiendo probar con esa acción, que el demandante tenía conocimiento y había autorizado el cambio de la tasa de interés E.A.

Es importante resaltar que el Abogado del BANCO DAVIVIENDA, al parecer sin darse cuenta deja caer su coartada, anexando al expediente el archivo real y completo en las pruebas documentales (Archivo Plataforma 016-000 (1) msg TIF9206014), donde al abrirlo se puede observar claramente que **fue firmado el 5 de mayo de 2017 (firmado para otro Leasing Habitacional No. 6002025700138631, el cual fue negado el 11/10/2017)**, y no corresponde al Leasing que nos aqueja, toda vez que el leasing No. **06002025700151576** fue aprobado el día 14 de Noviembre de 2017, y no es una (1) hoja como lo presenta en la captura, sino partes extraídas de dos (2) para inducir a su despacho al error.

Inserto captura del libelo presentado en la Pág. 17 y 18 de respuesta a la demanda. (Observar en la imagen 02, la captura que introduce la defensa de Davivienda, la cual da la apariencia de pertenecer a una misma hoja), observar los argumentos que utiliza al presentar las imágenes.

Imagen 01. Imagen 02.





Las imágenes 03, y 04 a continuación pertenecen al Archivo 016-000 (1) msg TIF9206014),

Observe Sra. Juez que la captura de la imagen 02, la cual pertenece a la página 18 del libelo introductorio de respuesta a la demanda, no es el contenido de una (1) hoja, sino de dos (2), hojas, como puede observarse en las imágenes 03, y 04, el cual es el archivo de donde se extrajo, a simple vista que fue cercena do el primer párrafo de la hoja de la imagen 04, el cual trata de una CESION DE HIPOTEC CUANDO SE ENCUENTRE TITULADO, y no una aceptación de cambio de tasa, también se puede observar que solo coloca en la captura la firma, queriendo omitir la fecha en que se realizó.

Imagen 03.

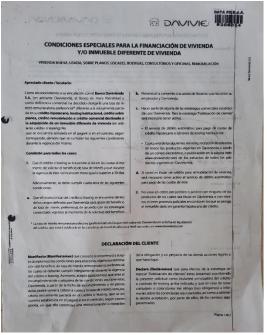
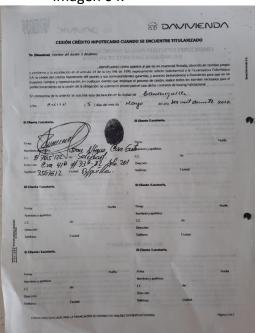


Imagen 04.



No es lo mismo señor Juez de segunda instancia, solicitar y firmar una reestructuración que aceptarla como el Banco la plantea, y mi poderdante cuando le llegó la primera cuota de reestructuración, le expresó al Banco que eso no fue lo que fue a buscar, el fue

a buscar un alivio para continuar pagando y lamentablemente eso no fue posible, sino que una vez más el Banco, en su posición dominante, obliga a mi poderdante a cancelar montos inalcanzables para su situación financiera en ese momento, el juzgador no tuvo en cuenta ninguna de estas apreciaciones, por el contrario, para él fueron absolutamente válidas y las avaló, los abusos e imposiciones exageradas impuestas al consumidor financiero.

TERCERA SUSTENTACIÓN. SUSTENTACIÓN DEL ANALISIS DEL CONTRATO DE LEASING.

Asegura el Juzgador en su sentencia:

Que el perito designado por el demandante no se tendría en cuenta porque el mismo manifestó en la audiencia que había hecho una experticia sobre los documentos aportados en forma digital y que la misma fue contraria a lo ordenado por el Despacho. Al respecto se hace necesario hacerle al Juzgador las siguientes reflexiones:

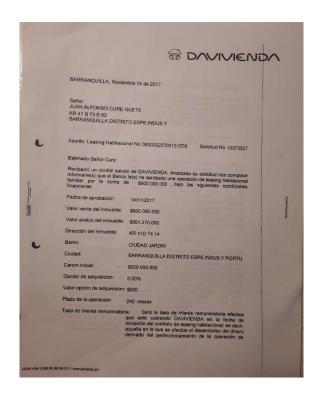
- Las pruebas para que sean apreciadas por un Juez, deberán ser incorporadas al proceso dentro de los términos y oportunidades señaladas para ello en el Código General del Proceso, en el presente caso, las pruebas válidas para ser valoradas por el Juzgador, era la oportunidad procesal para ello, la juez del Conocimiento, solicito a la entidad demandada, que presentara en físico los documentos aportados con la contestación de la demanda, pero en ningún momento, podía la entidad demandada, agregar folios o documentos diferentes a los que había aportado con la contestación, como evidentemente lo hizo, cabe anotar que, el perito LUIS GONZALEZ VELASQUEZ, compareció de manera presencial a las instalaciones de la Superintendencia Financiera y le fueron entregados los folios que fueron aportados en físico, pero él procedió a analizar los documentos que se encontraban en la contestación de la demanda digital, junto con los mismos que fueron aportados en forma física, omitiendo por supuesto los que no pertenecían al plenario digital, sin embargo, se condena a mi poderdante desconociendo el peritazgo, justamente por intentar cumplir la norma y la ley, el análisis no podía hacerse de la enmarcada foliatura, remitida por el Banco DAVIVIENDA, en forma física, documentos que eran lejanos al aportado con la contestación de la demanda, allí el BANCO DAVIVIENDA aprovechó para insertar otros documentos que no había aportado con la contestación de la demanda, y fue justamente sobre esos documentos y fue justamente que el perito del banco hizo su experticio, olvidándose que no fue lo que ordenó el Despacho, el Despacho ordenó claramente llevar en físico lo que se había aportado digitalmente y de una manera muy ventajosa, el perito a quien el Despacho, le presta su atención y valoración es justamente al que hizo lo que no le ordenó el Juez.
- Los plazos para aportar pruebas son imperentorios e improrrogables, solo podrá el Juez, ordenar pruebas de oficio como evidentemente lo hizo la Juez del conocimiento, al ordenar que fueran aportados de manera oficiosa, los chats de WhatsApp intercambiados entre mi cliente y un funcionario del BANCO DAVIVIENDA, no podía el juzgador, de ninguna manera, intentar fallar el proceso con el análisis de unas pruebas o folios, que fueron agregados con posterioridad a la contestación de la demanda, apartando señor Juez, los peritazgos, no se necesita ser un experto en grafología para evidenciar claramente que la hoja 11 del contrato de leasing pertenecía a otro contrato de leasing, que el despacho afirma, como lo afirmó en sus alegatos, el apoderado del banco DAVIVIENDA, que no existió otro contrato de leasing,

faltando a la verdad, porque sí es cierto, que mi poderdante intentó obtener un leasing y su trámite comenzó en el mes de mayo de 2017, pero el mismo le fue negado el 11 de octubre de ese mismo año 2017, por un reporte negativo equivocado que a mi poderdante le tocó resolver, como evidentemente lo hizo, y luego obtuvo la aprobación de un leasing en noviembre 14 de 2017, por lo cual, existieron dos (2) contratos de leasing, uno, que le fue negado, a pesar de que ya el contrato estaba firmado y diligenciado y al serle negado, todos los documentos firmados por él quedaron sin efecto.

No. 1 Negación Leasing habitacional No. 6002025700138631 de fecha 11/10/2017



No. 2 Aprobación Leasing Habitacional No. 06002025700151576 del 14/11/2017 Archivo 016-000 (1) Msg TIF9206357).



- En los documentos aportados físicamente por el BANCO DAVIVIENDA, se aportaron los siguientes archivos:
 - Archivo 016-000 (1) TIF 9206038 registra fecha 05/05/2017
 - Archivo 016-000 (1) TIF 9206029 registra fecha 05/05/2017
 - Archivo 016-000 (1) TIF 9206038 registra fecha 05/05/2017
 - Archivo 016-000 (1) TIF 9206044 registra fecha 05/05/2017
 - Archivo 016-000 (1) TIF 9206020 registra fecha 05/05/2017
 - Archivo 016-000 (1) TIF 9206035 registra fecha 05/05/2017
 - Archivo 016-000 (1) TIF 9206038 registra fecha 05/05/2017

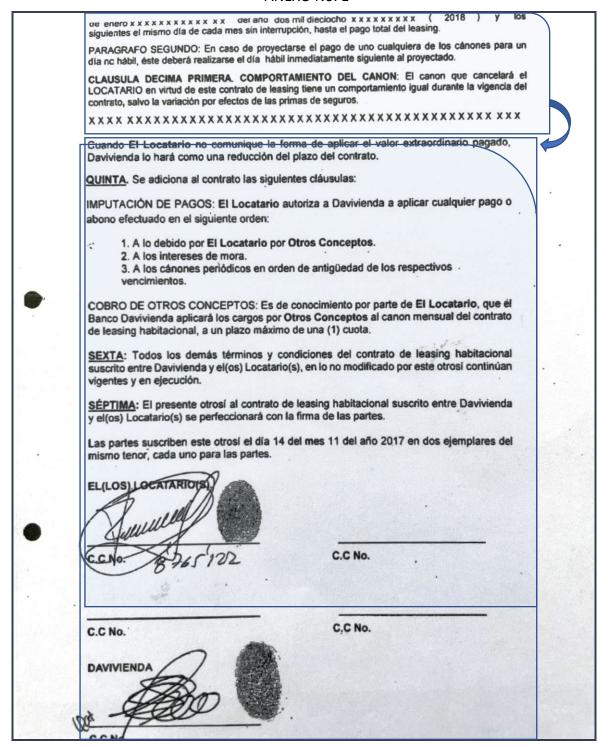
Resulta muy perturbador para un consumidor financiero que esta agencia no perciba a pesar de que se encuentra predicado de manera vehemente que existieron dos (2) contratos de leasing, que uno fue negado y el otro aprobado y que están mezclando unas hojas con otro, no tuvo en cuenta el Juzgador, qué pasaba con la página 11 del contrato, donde se puede evidenciar con perito o sin él varias inconsistencias:

SE PUEDE EVIDENCIAR EN LA ÚLTIMA HOJA (Pagina 11 DE 11) QUE: La página 11 de este

contrato presenta varias inconsistencias:

- 1. Es la única página que no lleva el texto que encabeza y distingue todas y cada una de las páginas anteriores del mismo documento. Una leyenda muy acostumbrada en este tipo de convenios, colocada por razones de seguridad, que permite a las partes, en el momento de autorizar con su firma el documento y en cualquier tiempo posterior, identificar con certeza el contrato al que cada hoja pertenece.
- 2. Su texto no guarda relación con el de las páginas anteriores: empieza hablando de lo que ocurriría si *"El Locatario no comunica la forma de aplicar el valor extraordinario pagado"*, pero a continuación trae tres cláusulas "adicionadas", empezando con una QUINTA y terminando en una SÉPTIMA, no precedidas de una CUARTA, una TERCERA y una PRIMERA.
- 3. La frase final de esta página virtualmente anexada, antes de las firmas, consigna como "fecha del contrato" el 14 del mes 11 de 2017 e indica que se trata de un Otrosí, suscrito "en dos ejemplares de idéntico tenor". No hace parte, pues, evidentemente, del contrato que en forma virtual se agregó a la respuesta de la demanda.
- 4. Es evidente, pues, que la verdadera página 11 de ese contrato, la original, no se hallaba adherida al mismo en el momento de su aportación al proceso, pues si así fuera, no la habría confundido el Banco, como en efecto ocurrió, con otra hoja, perteneciente a un documento distinto. La página 11 anexada, efectivamente, es la No. 2 de otro convenio, concretamente de un OTROSÍ DE un CONTRATO DE LEASING HABITACIONAL SUSCRITO el 14 del mes 11 del año 2017.
- 5. Al aportar en físico el contrato contenido en el Archivo Data File S.A. 11585892, identificado en su primera página con un adhesivo que indica este número de Archivo, el Banco cambió la referida página 11 virtual por otra, también sin el encabezamiento de seguridad mencionado y con dos pegatinas o adhesivos diferentes para indicar el archivo al que pertenece: uno en la parte superior derecha, según el cual esa página pertenece al Archivo Data File S.A. No. 9207205, no al No. 11585892, y otra distinta, colocada en la margen inferior derecha.
- 6. Las características de configuración de la página 11 aportada virtualmente con este contrato (amplitud de las márgenes izquierda y derecha y longitud de las líneas impresas, entre otras), son notoriamente diferentes de las páginas anteriores del mismo documento. Estas diferencias indican que proceden de fuentes distintas (de archivos computacionales diferentes: uno para las primeras diez páginas del contrato y otro distinto para la No. 11. Se ilustran estas diferencias, perfectamente ostensibles a continuación:

ANEXO No. 1



Segmentos de dos páginas del documento (Archivo Virtual Data File S.A. 11585892). **Arriba:** Las líneas impresas (de la pág. 2 del contrato virtual) son de mayor longitud o extensión que las de la del recuadro inferior (Pág. 11). Las páginas proceden, evidentemente, de archivos computacionales con diferente configuración de página.

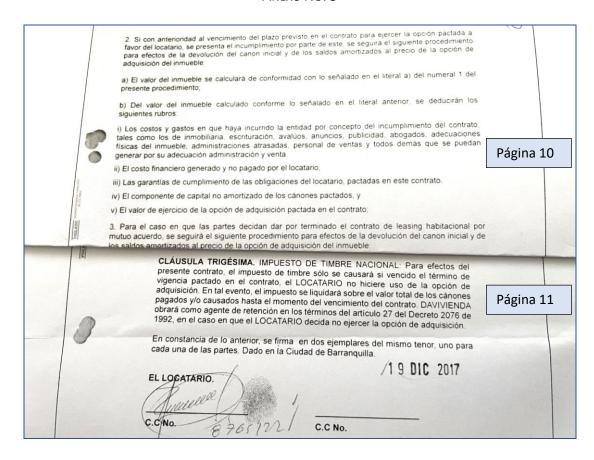
El Banco advirtió la inconsistencia anterior y, como ya se anotó, cambió la página 11 del contrato agregado inicialmente por otra diferente al aportarlo en físico, también sin el referido texto de encabezamiento, pero con un *sticker* de identificación de archivo, abajo. En la parte superior de esta nueva página, con todo, existía ya otro *sticker* con un Data File diferente (No. 9207205), del que aparece en la primera página (el 11585892), presentándose una evidente discrepancia. ¿Cuál de los dos archivos Data File S.A. es el correcto? ¿El del *sticker* de la primera página? ¿el de la parte superior de la última?

7. La página 11 reemplazante (la aportada en físico) contiene una cláusula sobre "Cesión de la Opción de Adquisición". Sus márgenes izquierda y derecha, sin embargo, son mucho más amplias que las de las diez páginas anteriores y la longitud o extensión de sus líneas o renglones es, en consecuencia, bastante menor que las de éstas. No cabe lugar a la menor duda: esta página (la 11 aportada en físico) proviene de un archivo computacional diferente del que dio origen a las diez páginas anteriores del mismo contrato, tanto al virtual como al físico. La configuración de esta página 11, la agregada, es, pues, muy diferente de las diez que la preceden en el mismo documento. La siguiente es una imagen de la páginas 11, allegada en físico por el Banco:



Las diferencias de marginación y longitud de las líneas impresas son evidentes para cualquiera, pero no sobra ilustrarla a continuación:

ANEXO No. 3



ARRIBA: Parte de la página 10 (anverso) del contrato que recoge el Archivo Data File S.A. No. 11585892. ABAJO, a partir de donde dice "CLÁUSULA TRIGÉSIMA", parte de la página 11 allegada en físico para reemplazar la 11 de la versión virtual anexa a la respuesta a la demanda. Las dimensiones de las márgenes y de las líneas impresas son tan ostensibles que no se requieren conocimientos ni instrumental especializado para advertirlas. Hieren la vista.

Por otro lado, es importante hacerle saber a esta instancia, cual fue el contrato con respuesta a la demanda.

II. CONTRATO APORTADO CON RESPUESTA A LA DEMANDA (ARCHIVO DATA FILE S.A. 14883093)

Como en el caso anterior, la página 11 de este documento presenta inconsistencias:

- 1. Fue aportada virtual y físicamente.
- 2. Al archivo físico se le adhirió un *sticker* a fin de identificar el archivo correspondiente.
- 3. La página 11 recoge exactamente *la misma cláusula* que la última del documento que se agregó en físico, distinguido en su primera hoja con el número de Archivo Data File S.A. 11585892.
- 4. Comparando la última página de ambos archivos (el Archivo Data File S.A. No. 14883093 y el 11585892) se comprueba, sin lugar a la menor duda, que se trata exactamente del mismo texto. Un texto impreso en dos hojas diferentes, añadidas a esos archivos. El problema es que una de estas páginas (la que se adhirió al archivo físico 11585892) tiene dos números diferentes de archivo: uno en la primera página (11585892) y otro en la parte superior de la última (9207205), como ya se explicó.

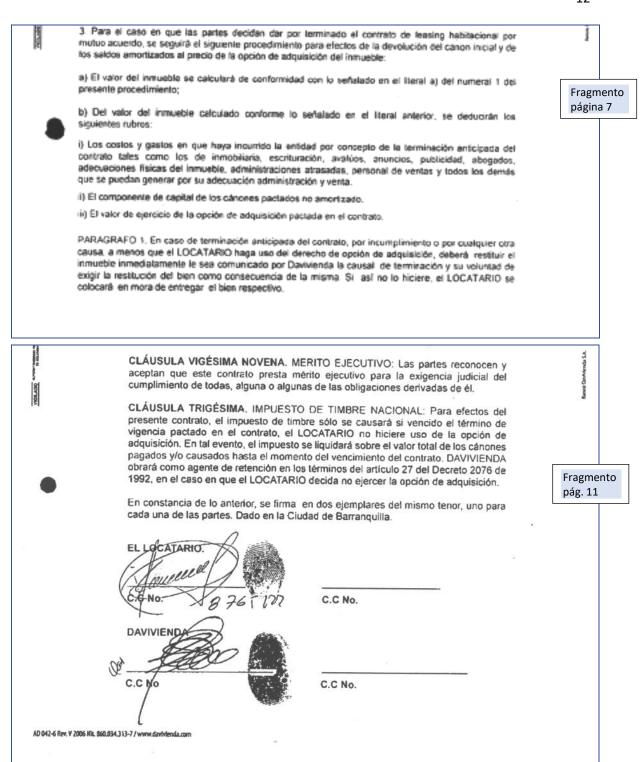
No se sabe con certeza, pues, a qué archivo pertenece. La duda se presenta en ambos contratos, por tratarse exactamente de la misma cláusula.

5. A la última página del Archivo físico 11585892 y a la No. 11 del archivo No. 14883093 se les impuso con sello la fecha "19 DIC 20017" y se les adhirió un sticker identificativo en la parte inferior, como ya se ha dicho. Como en el caso del archivo 11585892, las márgenes izquierda y derecha y la extensión de las líneas impresas de la página 11 del archivo No. 14883093 son diferentes de las que ostentan las páginas restantes del mismo documento. Es un fenómeno, se insiste, fácilmente apreciable por cualquiera. La página, evidentemente, no tiene la misma configuración de todas las que la anteceden en el mismo documento Ver ANEXO No. 4 en la página siguiente).

Si a alguien le pareciera discutible lo anterior, podría invitársele a revisar todos los documentos de varias páginas elaborados en computador, que conserve en su propio archivo. Las páginas de esos documentos, con absoluta seguridad, no presentan —comparadas unas con otras— márgenes y líneas impresas de distintas dimensiones, salvo que intencionalmente se hubiera modificado su configuración, labor que demanda un esfuerzo y una actividad especial.

- 6. Las huellas circulares de perforación que presentan las hojas en sus márgenes izquierdas (anversos) y derechas (reversos) realizadas con fines de archivo (para legajarlas en carpetas con ganchos plásticos o metálicos de lengüeta) son varias y no coincidentes en este caso, en ambos archivos, lo cual demuestra que las hojas en las que aparecen fueron removidas y legajadas de nuevo, varias veces, en carpetas diferentes. No comprueban, como se ha pretendido, que siempre hubieran estado cosidas juntas y almacenadas en una misma carpeta. Todo lo contrario.
- 7. Corroboran lo afirmado en el ordinal anterior las huellas puntuales de perforación con ganchos metálicos de cosedora en la porción superior izquierda de las diferentes páginas. La abundancia de estas huellas (su elevado número) indica que las hojas fueron cosidas y descosidas varias veces, no que en todo tiempo hubieran permanecido unidas formando un solo manojo o conjunto. Todo lo contrario, a lo que se ha afirmado en el proceso.

ANEXO 4



Diferente amplitud de las márgenes y longitud de las líneas impresas en el interior del documento (páginas 1 a 10) y en la hoja final (página 11) del Archivo Data File S.A. 14883093. Las diferencias son evidentes.

En el presente caso, un perito afirma que es una hoja diferente; el otro dice que es del mismo contrato, pero lo real, es que es una hoja diferente. La Corte Suprema de Justicia, en sentencia T-987/03, ha dicho:

i) Así mismo, con fundamento en que las entidades bancarias tienen una posición dominante frente a los usuarios del sistema financiero,[10] la Corte ha señalado que al ser ellas las depositarias de la confianza pública por el servicio que prestan y contar con los medios técnicos y la información exacta sobre los créditos que conceden[11], sus actos gozan de una presunción de veracidad por parte de los clientes, de modo que cuando la información sobre el saldo del crédito es entregada al usuario, se genera en éste una

certeza sobre el monto de la obligación, como en el caso en que, por ejemplo, la entidad expide un paz y salvo respecto de la deuda y otorga instrucciones al deudor para suscribir la escritura de cancelación de hipoteca.

Al respecto, en la Sentencia T-1085 de 2002[13] se dijo: "Para la Corte es claro que las entidades bancarias tienen una posición dominante frente a los usuarios del sistema financiero. En efecto, son ellas quienes fijan los requisitos y condiciones de los créditos, tasas de interés, sistemas de amortización etc. Son ellas las depositarias de la confianza pública por el servicio que prestan, y sus actos gozan de la presunción de veracidad por parte de los clientes. (..)

"Por supuesto que no puede la Corte avalar este tipo de comportamientos, es decir, el cambio unilateral en las reglas de juego que las entidades financieras imponen a sus clientes abusando de su posición dominante, máxime cuando estas entidades son las que tienen la información exacta sobre cada crédito y pueden realizar las verificaciones previas que estimen convenientes, no pudiendo endilgarles a sus usuarios los efectos negativos de sus propios yerros (...)"

Mi poderdante cancelaba como cuota mensual de leasing la suma de \$6.200.000 y en la reliquidación le imponen pagar un valor de \$8.195.000, disfrazando el acuerdo contractual.

Resumen: De acuerdo a la legislación colombiana, encargada de buscar la protección y amparo para la no vulneración de garantías constitucionales y legales, se encuentra establecida la prohibición del abuso de las entidades particulares, facultadas por la prestación de servicios públicos. No obstante, continúa siendo tema de debate la posición dominante asumida por estas corporaciones. Cabe resaltar que, en varias ocasiones, se ha presentado cierto grado de negligencia con respecto a la satisfacción de las necesidades del usuario bancario por la carencia de información, tendiendo a que estas personas jurídicas, se posesionen en un entorno privilegiado y lleven al consumidor financiero a una situación de desventaja.

1.2.1. Contratos, contrarios a las disposiciones emitidas por la Corte Constitucional. Podría advertirse, inicialmente, a modo de introducción, que todo vínculo obligacional bancario contiene una génesis robustecida por la presencia inicial de un acto jurídico bilateral, esto es, un negotium; y que este mismo posee características peculiares. Dista, en efecto, de ser una transacción voluntaria de mercado, al interior de la cual las partes encuentran equitativamente un poder creador establecido en la manifestación de la voluntad contractual (Yanten y Guzmán, 2017), aunque muchas veces se denominan actos jurídicos sinalagmáticos.

Esto quiere decir que, si bien la externalización del usuario bancario es materializada con la aceptación y firma del producto bancario del que se trata, lo cierto es que, éste simplemente se acoge a las caracterizaciones contractuales ex ante propuestas por el banco, en ese sentido, se habla de un verdadero contrato de adhesión cuyas cláusulas están prefijadas por la entidad financiera y brindan un escaso margen para que el usuario bancario defina con un sí o con un no su propia voluntad.

Este tipo de contratos, anuncian serios inconvenientes, además de incrementar los riesgos de la posición dominante, que en muchos casos resulta incontrolable. Cabe agregar, que

entre los muchos riesgos existentes hace frente las denominadas "cláusulas abusivas" que unidas con la desinformación propia de algunos, sino muchos, usuarios bancarios representa un grave tropiezo para la materialización verdadera que estos solicitan por parte de las instituciones jurídicas.

A este respecto, puede manifestarse, de la mano de Gual Acosta, que ha de entenderse por estas, aquellas que:

21... resulta predispuesta por una de las partes quien ejerce un cierto poder contractual derivado por lo general de una posición dominante y que de hecho le resulta impuesta a la otra parte quien se encuentra en una condición de dependencia económica o debilidad que no solo es económica, sino que también se podría presentar por falta de pericia contractual o conocimientos, generando con dicha disposición un desequilibrio normativo es decir de los derechos y obligaciones pero que además debe ser de carácter importante o significativo entre los sujetos contratantes (2016, p. 120).

Como se verá –más adelante–, la relación usuario/entidad financiera, por su misma naturaleza, de acuerdo al concepto precisado, supone un desequilibrio material e, incluso, un desequilibrio genético, esto es, un desbalance en la formación contractual misma, es decir, en la fuente de la obligación objeto de pagos sucesivos, por ejemplo, en el contrato de mutuo mismo celebrado a razón de un crédito prolongado que, en rigor, al plazo inicialmente pactado y sin formas extraordinarias de terminación presupone un acto jurídico de tracto sucesivo.

Consecuencialmente, vale recordar, el evento histórico según el cual, las autoridades jurisdiccionales, preocupadas por la variabilidad inopinada e intempestiva por parte de las entidades financieras sobre créditos figurados con motivo de hipotecas sobre bienes inmuebles y el subsecuente deterioro de muchos usuarios financieros, arribaron a la conclusión de supeditar toda extensión crediticia a controles de regulación de tasas e intereses, con el propósito de evitar cláusulas abusivas exorbitantes y, suponerse al fin, una materialización del constitucionalismo expresado en la constitucionalización de garantías y deberes aplicables a usuarios reales y no una simple demagogia jurídica. Este hecho se evidencia, con especial énfasis... con la sentencia C-700 de 1999, la Corte declaró inexequibles todos los artículos del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero que desarrollaban el sistema UPAC. Lo anterior llevó a la expedición de la Ley 546 de 1999, con la cual el Congreso reglamentó el sector hipotecario, se reemplazó el UPAC por la UVR para atar las deudas exclusivamente al IPC, se exigieron cuotas iniciales de mínimo el 30%, se creó el Fondo de Reserva para la Estabilización de la Cartera Hipotecaria para facilitar la financiación de vivienda a largo plazo. La sentencia C-747 de 1999 declaró la inconstitucionalidad de la capitalización de intereses en los créditos de vivienda. Estos cambios fueron muy positivos pues con la UVR se buscó evitar que hacia el futuro los deudores se enfrentaran a unas tasas diferentes a las esperadas. Con la regulación de los sistemas de amortización y la exigencia de al menos el 30% en la cuota inicial, se podían evitar en muchos casos sistemas de pago insostenibles en el tiempo. Sin embargo, este activismo judicial fue muy controvertido (Bernal y Pico, 2015, p. 173).

Lo anterior, produjo como hecho relevante la obligatoriedad de información que recae sobre las entidades financieras con motivo de los contratos u obligaciones derivadas de estos frente a los usuarios, lo cual, de nuevo —se verá—, no siempre concurre, haciendo de esta materialización un esquema dubitativo que debe revisarse. No obstante, vale aclarar

que la Corte Constitucional, ha creado una jurisprudencia firme que intenta zanjar los inconvenientes, anteriormente expresados, reafirmando, contundentemente, que: La autonomía de la voluntad negocial de las entidades financieras, en muchos aspectos, está más restringida que la del resto de particulares, pues se encuentra especialmente limitada en razón a la función que desempeñan, a la especialidad de la actividad que prestan y a su condición de instrumento para garantizar derechos individuales, como quiera que la libertad negocial también se limita por la prohibición de afectar desproporcionadamente derechos fundamentales y por el impedimento del abuso del derecho propio. Sin embargo, esto no quiere decir que el Estado propicie el desequilibrio económico de las actividades financieras, bursátil y aquellas que captan dinero del público, ni quiere decir que la Constitución exija la aprobación instantánea de créditos, pues resulta evidente que esas entidades deben procurar disminuir el grado de riesgo que resulta consustancial al otorgamiento de un préstamo, a través del conocimiento del cliente. Precisamente, para estimular la democratización, la seguridad y transparencia del crédito es importante la intervención del Estado (Corte Constitucional, 1999).

Como puede usted observar Respetado Magistrado, el Juzgador de primera instancia, no entró a analizar las pruebas presentadas con la contestación de la demanda, al darle valor a un peritazgo que el mismo perito afirmó que sólo había hecho su experticia sobre los documentos aportados en forma física, que no se tomó el trabajo de cotejar que esos documentos fueron los mismos que fueron aportados en forma digital y que fueran los que realmente se debieron aportar en forma física y no de una manera provechosa, habilitar de manera tácita, un plazo más para el BANCO DAVIVIENDA, para aportar pruebas documentales, como evidentemente pasó en el presente caso. El perito contratado por el mismo BANCO DAVIVIENDA, sólo analizó lo que al Banco le convenía, pero no se tomó el trabajo de revisar si los documentos a los cuales realizaba su experticia, eran los mismos que fueron aportados con la contestación de la demanda.

Por estas apreciaciones, consideramos respetable Magistrado, que la Superintendencia Financiera, al momento de hacer el análisis probatorio, habilitó pruebas que no era posible tenerlas en cuenta, y ni siquiera observó la diferencia que existía entre el contrato de leasing aportado con la contestación de la demanda, de la hoja 11 que le da viabilidad al negocio bancario, que al rompe se nota que no pertenece al mismo.

Atentamente,

ESTER PATRICIA MOLINARES DELGADO C.C. No. 32.666376 de Barranquilla.

T.P. No. 110.422 del C. S. de la J.

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA. LOZANO RICO RV: SUSTENTAMOS APELACIÓN EN EL PROCESO VERBAL DE COLOMBIANA PENSIONES ASESORES Y CONSULTORES ASOCIADOS S.A.S. CONTRA BBVA COLOMBIA S.A. RAD. 11001-3103-007-2022-00022-01.

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co> Lun 05/12/2022 8:23

Para: 2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>
MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA. LOZANO RICO

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: JUAN DIEGO MANJARRES GARCIA < juan.manjarrez@bbva.com>

Enviado: lunes, 5 de diciembre de 2022 8:00 a.m.

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: carolne01@hotmail.com <carolne01@hotmail.com>; NESTOR ORLANDO PRIETO BALLEN <nestor.prieto@bbva.com>; HENRY ALONSO DAZA MELGAREJO <henryalonso.daza@bbva.com> Asunto: SUSTENTAMOS APELACIÓN EN EL PROCESO VERBAL DE COLOMBIANA PENSIONES ASESORES Y CONSULTORES ASOCIADOS S.A.S. CONTRA BBVA COLOMBIA S.A. RAD. 11001-3103-007-2022-00022-01.

Buenos días señores, anexo el siguiente memorial en un archivo en formato PDF, para que por favor lo incorporen al cuaderno de la segunda instancia.

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL M.P. Dra. AIDA VICTORIA LOZANO RICO

E. S. D.

REF. PROCESO VERBAL DE COLOMBIANA PENSIONES ASESORES Y CONSULTORES ASOCIADOS S.A.S. CONTRA BBVA COLOMBIA S.A. RAD. 11001-3103-007-2022-00022-01.

JUAN DIEGO MANJARRÉS GARCÍA, abogado en ejercicio identificado como aparece al pie de mi firma, actuando en calidad de apoderado judicial de la parte demandada en el proceso de la referencia, por medio del presente escrito acudo oportunamente ante ese

Honorable Tribunal con el fin de sustentar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 16 de noviembre del año en curso proferida por el señor Juez Séptimo Civil del Circuito de Bogotá.

I. MANIFESTACIONES PRELIMINARES

Por tratarse de un fallo en el cual ese Honorable Tribunal juzgó un proceso con hechos muy similares a los que dieron lugar a este litigio declarativo; por estar basado en medios de prueba con un alto grado de identidad frente a los que se recaudaron en la primera instancia de esta actuación judicial y, finalmente, por guardar una estrecha relación con los reparos concretos que se formularon contra la sentencia de primer grado proferida en el proceso de la referencia; nos permitimos traer a colación, preliminarmente, que en una providencia muy reciente emitida en un litigio definido en primera instancia por la Superintendencia Financiera de Colombia, donde se había atribuido al banco el 30% de la obligación indemnizatoria por la responsabilidad civil derivada de una operación electrónica de traslado de dinero a través de BBVA NET CASH, mediando, como en este proceso, la culpa grave de la demandante en los hechos y la concordancia de la única operación objetada con su hábito transaccional (única operación de traslado con varios destinatarios), esa Sala Civil, en sentencia del 24 de noviembre de 2022 (radicado 003-2021-01984-01), con ponencia del Magistrado Jorge Eduardo Ferreira Vargas, revocó las condenas impuestas al establecimiento bancario, previas las siguientes consideraciones:

"...El recuento de las citadas pruebas permite colegir que fue el consumidor quien recayó en varias conductas omisivas que constituyeron la causa eficiente de la ocurrencia de los hechos, como quiera que no acometió las labores requeridas para mantener protegidos sus equipos de cómputo, de ello da cuenta que la IP utilizada para la transacción sea la misma asociada a la compañía, así como la falta de actualización de los antivirus de antimalware, firewall y contenido cuyos módulos se hallaron caducados; tampoco cuidó sigilosamente el dispositivo de token, ni las claves de acceso a la plataforma ..., que se acreditó fueron usadas en debida forma para realizar la operación cuestionada.

Así mismo, la actora falló al no establecer sistema de alertas de transacciones y otros mecanismos de seguridad como firmas mancomunadas, establecimiento de IP fija, determinándose de ese modo que la pérdida no puede atribuirse jurídicamente al incumplimiento de la institución financiera.

En otros términos, surge indiscutible que en este asunto no se encuentra demostrado que la seguridad del banco demandado haya fallado, pues no obra ni una sola probanza que así lo evidencie, todo lo contrario, está suficientemente documentado que la transacción objeto de reclamación por esta

<u>vía fue originada a partir del usuario ...asignado al administrador de la empresa ..., quien utilizó</u> <u>el dispositivo token para validar o firmar la autorización...</u>

Así mismo, nótese que las operaciones objeto de censura fueron efectuadas desde la IP ... utilizada por la demandante, mientras que las sumas de dinero que se transfirieron estaban dentro del perfil transaccional, de ahí que no cabe duda que la entidad financiera no tenía como sospechar o presumir que se trataba de movimientos fraudulentos.

En este contexto, no resulta válido afirmar que el sistema del banco fue vulnerado, o mejor, que su seguridad presentó fallas, pues nótese que para acceder a la Banca virtual debía introducirse el usuario y la clave asignadas para ese propósito por el mismo cliente, en tanto que para que la operación fuera aprobada se requería sine qua non instrucción de número enviado al token, cuya tenencia y custodia no quedó clara en este asunto, como se explicó en precedencia.

... Ahora bien, se tiene que en la primera instancia se expuso una concausalidad de las conductas de los involucrados, al razonar ese juzgador que el alertamiento del Banco... debió ser definitivo para detener la transacción fraudulenta, aseveración que no comparte el Tribunal.

... Aunado a lo expuesto, es importante resaltar que en este asunto no se desconoció la parametrización del cliente, pues no le asiste razón al demandante cuando en su censura afirma que la convocada pasó por alto que los pagos on line mensuales de \$_____, ya que el giro cuestionado según lo revela el informe de seguridad se pasó por el ítem de "transferencias", **nada en contrario se probó, el cual tenía un límite "diario" de \$999.999.999.999".** (La negrilla y los subrayados no forman parte del texto original).

Procedemos entonces a ampliar la sustentación de los reparos concretos formulados contra la sentencia apelada, en los términos que se reseñan a continuación.

II. SÍNTESIS DE LOS REPAROS CONCRETOS

En la audiencia de instrucción y juzgamiento, una vez se emitió la sentencia que declaró civilmente responsable a BBVA y lo condenó a reintegrar a la demandante una considerable suma de dinero, se precisaron, en síntesis por estar subsumidas en ellos las demás objeciones que allí se plantearon, dos reparos concretos contra la decisión; a saber: *i)* la equivocada valoración realizada por el juzgador *A QUO* a los medios de prueba que se recaudaron válidamente en la actuación y, por otra parte, *ii)* la inadecuada aplicación al caso concreto de la línea jurisprudencial demarcada en la sentencia del 19 de diciembre de 2016 emitida por la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, con ponencia del Magistrado Ariel Salazar Ramírez.

III. SUSTENTACIÓN DE LA ALZADA Y/O AMPLIACIÓN DE LOS REPAROS

Así las cosas, empezaremos por el segundo de los cargos, pues en la citada providencia la Corte efectuó un riguroso estudio de la responsabilidad bancaria en materia de fraudes electrónicos. Lo novedoso del fallo consiste en que la temática, hasta ese momento desarrollada por la jurisprudencia de las salas civiles de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial del país, fue unificada en sede de Casación, **incluyendo los conceptos de conocimiento y control del hábito y del perfil transaccional,** convirtiendo sus parámetros en doctrina vinculante para los jueces.

Sin embargo, los criterios fijados por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria no difieren de los derroteros tradicionales trazados por la jurisprudencia de los Tribunales nacionales desde hace más de doce años, en virtud de los cuales, invocando la teoría del riesgo creado y de la responsabilidad profesional o de empresa, existe un concepto general de responsabilidad civil por estas materias en cabeza de los bancos, tomado de vieja data de la construcción jurisprudencial realizada por la misma Corte en litigios por el pago de cheques falsificados, en aplicación analógica de las disposiciones de los artículos 732, 733 y 1391 del Código de Comercio.

En ese sentido la providencia del año 2016 no incluye conceptos realmente nuevos, con excepción del desconocimiento del hábito transaccional como criterio para atribuir responsabilidad civil a los bancos, pues insiste en que en estos conflictos electrónicos, cuando el cliente objeta o rechaza las operaciones realizadas con cargo a sus depósitos, el depositario demandado sólo puede liberarse de responsabilidad si acredita de manera eficiente LA CULPA del demandante en el procesamiento o ejecución de las transacciones; culpa que se materializa en el incumplimiento contractual del respectivo cliente a sus obligaciones de custodia y de no revelación a terceros de la información confidencial que debe suministrarse al canal digital para la realización exitosa de operaciones dinerarias.

A continuación, algunos de los segmentos que se destacan en la sentencia de la Corte:

... "Sin embargo, no es posible ignorar que se trata de riesgos que son propios de la actividad asumida por las entidades y corporaciones que participan en el e-commerce, entre ellas los Bancos, de la cual obtienen grandes beneficios económicos, pues son estos los que para disminuir costos y obtener mejores rendimientos, han puesto al servicio de sus clientes los recursos informáticos y los sistemas de comunicaciones a través de la red, en una estrategia de ampliación de la oferta y cobertura de productos y servicios financieros.

Es natural y obvio que la implementación de medios como el portal virtual de transacciones, si bien requiere de una inversión para su operación y mantenimiento, genera un lucro para la entidad, en la medida en que atrae un mayor número de clientes y de operaciones bancarias.

No obstante, el uso de este lleva ínsito el riesgo de fraude electrónico, el cual es de la institución financiera precisamente por la función cumplida por las instituciones financieras y el interés general que existe en su ejercicio y la confianza depositada en él, lo que determina una serie de mayores exigencias, cargas y deberes que dichas entidades deben cumplir con todo el rigor; por el provecho que obtiene de las operaciones que realiza; por ser la dueña de la actividad, la que -se reitera- tiene las características de ser profesional, habitual y lucrativa; y además, por ser quien la controla, o al menos, a quien le son los exigibles los deberes de control, seguridad y diligencia en sus actividades, entre ellas la de custodiar dineros provenientes del ahorro privado.

El riesgo, entonces, se materializa con el ofrecimiento a los clientes de una plataforma tecnológica para realizar sus transacciones en línea, la cual puede ser vulnerada por delincuentes cibernéticos a través de diversas acciones, atendida la vulnerabilidad inherente a los sistemas electrónicos.

Por eso, por una parte las instituciones financieras están compelidas a adoptar mecanismos de protección de los datos transferidos en relación con sus usuarios, a través de los cuales pueda prevenirse la defraudación, pues para el momento en que estos son detectados, generalmente, ya se ha causado el daño patrimonial, y por otra, están sujetas a la responsabilidad que acarrea para ellas la creación de un riesgo de fraude que afecta a sus clientes, a disposición de los cuales **ha dispuesto su plataforma** y recursos tecnológicos".

... En suma, los Bancos al ofrecer a sus clientes la prestación de servicios bancarios a través de un portal de Internet, las medidas de precaución y diligencia que le son exigibles no corresponden a las mínimas requeridas en cualquier actividad comercial, sino a aquellas de alto nivel que puedan garantizar la realización de las transacciones electrónicas de forma segura, siendo requerida la implementación de herramientas, instrumentos o mecanismos tecnológicos adecuados, idóneos y suficientes para evitar la contingencia de la defraudación por medios virtuales o minimizar al máximo su ocurrencia, rodeando de la debida seguridad el entorno web en que se desarrolla, los elementos empleados, las contraseñas y claves, el acceso al sistema, la autenticación de los usuarios, la trazabilidad de las transacciones, el sistema de alertas por movimientos sospechosos o ajenos al perfil transaccional del cliente y el bloqueo de cuentas destinatarias en transferencias irregulares, de ser el caso [1]. (La negrilla y el subrayado no forman parte del texto original).

Nótese que lo que se resalta de este fallo, comparado con lo que se probó en el proceso e ignoró el juez de primer grado, es lo siguiente:

1. Criterio jurisprudencial: el banco debe dotar **su plataforma de Internet** de medidas de seguridad que impidan utilizarla de manera fraudulenta.

Lo que se probó en este proceso no fue una vulneración o ataque a la plataforma BBVA NET CASH de mi defendido, sino un intento de remedo con unos mensajes de bloqueo en los cuales se solicitaban claves y/o tokens a la sociedad demandante, quien los suministró a través de sus empleados y representantes a los terceros que cometieron la defraudación, situación que de suyo evidenció una intromisión al computador de la compañía demandante (ver los informes de seguridad que se aportaron con la contestación de la demanda y la declaración del ingeniero jefe de seguridad electrónica de BBVA, quien explicó en detalle al señor juez todas las muestras de evidente falsedad en los mensajes que recibió la demandante a través del phising).

- Criterio jurisprudencial: algunas de las medidas que proporcionan seguridad a los clientes consisten en controlar el hábito transaccional y la construcción del perfil de la misma especie de cada cuentahabiente, al igual que bloquear operaciones ilícitas para reducir sus efectos perjudiciales.

Lo que se probó en este litigio fue que la operación objetada (un solo traslado electrónico que incluyó varios destinatarios), no vulneró los límites aceptados por la misma sociedad demandante para operar en la plataforma (hasta \$999'999.999.999); que el computador utilizado para llevarla a cabo fue el de la sociedad COLOMBIANA PENSIONES ASESORES Y CONSULTORES ASOCIADOS; que el traslado fue realizado con el ingreso a BBVA NET CASH, con las claves y el token de la demandante y dentro de su horario habitual para operar, a pesar de lo cual fue el banco quien llamó al representante de la compañía para confirmar la operación. Gracias a esta gestión se evitó una pérdida adicional de casi 90 millones de pesos que logró bloquear mi defendido en las cuentas destinatarias.

- Criterio jurisprudencial: La culpa del cliente por revelar sus claves y códigos secretos al tercero que los utilice tiene la virtud de exonerar al establecimiento bancario de responsabilidad civil, total o parcialmente, esto último en aplicación de la teoría de la concurrencia de culpas, por ejemplo, si se prueba dicha culpa del cliente pero también una conducta culposa del Banco (el más claro ejemplo es que autorice una operación que no se ajuste al hábito transaccional del cuentahabiente o, una vez procesada, que no la bloquee).

Lo que se demostró en el proceso, como lo mencionamos en el segmento anterior, es que la operación no podía calificarse como inusual, que se ejecutó con el suministro

combinado y concomitante de la información confidencial del cliente, que a pesar de ello mi defendido se comunicó con la demandante para confirmarla y que a raíz de dicha llamada evitó que la defraudación fuera 90 millones de pesos mayor.

Así pues, los errores de aplicación de la sentencia de la Corte por parte del señor Juez de primera instancia consistieron, por un lado, en desconocer QUE LA SOCIEDAD COLOMBIANA PENSIONES ASESORES Y CONSULTORES ASOCIADOS NO SOLO INCURRIÓ EN CULPA GRAVE, SINO EN CULPA GRAVÍSIMA POR ENTREGAR SUS CLAVES DE TOKEN A UN TERCERO (equivale a dolo) y, en segundo término, haber considerado que el banco sólo podía liberarse de responsabilidad en este asunto si probaba LA CULPA GRAVE de la demandante en los hechos, lo cual no es cierto, ya que si se miran con detenimiento la sentencia de la Corte y las disposiciones que por vía de analogía se han aplicado a estos litigios (artículos 732, 733 y 1391 del Código de *Comercio*), se encontrará que tanto la ley como la jurisprudencia señalan que el banco puede desprenderse de la responsabilidad civil, total o parcialmente, si prueba LA CULPA del titular de la cuenta, NO UNA CULPA GRAVE.

En varios apartes del mismo fallo que el señor Juez de primera instancia invocó como sustento de su decisión se reafirma lo expuesto. Veamos:

... "Como la medida de la responsabilidad de un banco por el pago de un cheque falso no se detiene en la culpa sino que alcanza el riesgo creado, no le basta el lleno de las precauciones habituales, sino que es preciso probar **algún género de culpa** en el titular de la cuenta corriente para que el banco quede libre (G.J. 1943, p. 43)".

Y más adelante:

... "Y lo mismo ocurre tratándose de cuentas de ahorro, porque en ellas el Banco «es responsable por el reembolso de sumas depositadas que haga a persona distinta del titular de la cuenta o de su mandatario» (art. 1398 C. Co.). Claro está, sin desconocer, en ninguno de los dos casos, que la responsabilidad de dicha institución financiera, puede atenuarse, moderarse e incluso excluirse en virtud de culpa atribuible al titular de la cuenta".

"Desde luego que consumada la defraudación, el Banco para exonerarse de responsabilidad, debe probar <u>que esta ocurrió por culpa del cuentahabiente o de sus dependientes</u>, que con su actuar dieron lugar al retiro de dinero de la cuenta, transferencias u otras operaciones que comprometieron sus recursos, pues amén de que es este quien tiene el control de mecanismo que le permiten hacer seguimiento informático a las operaciones a través de controles implantados en los software especializados con los que cuentan, la culpa incumbe demostrarla a quien la alegue (art. 835 C.Co.), pues se presume la buena fe «aún la exenta de culpa».

"..."Si bien se resaltan las deficiencias demostrativas en esos dos aspectos puntuales, el primero de ellos resulta irrelevante frente a los planteamientos que demarcaron el alcance de la responsabilidad civil bancaria, ya que se entendió derivada del «ejercicio y del beneficio que reporta su especializada actividad financiera» y sin piso únicamente de existir «culpa del cuenta habiente o de sus dependientes o representantes».

"Quiere decir que aún de haberse verificado la aplicación de extremas medidas de seguridad en el portal de la entidad financiera puesto a disposición de sus clientes para realizar operaciones de pago y transferencias a debitar de sus cuentas, <u>de no establecerse la «culpa» en el usuario la carga reparadora seguiría incólume"</u>. (La negrilla y los subrayados son nuestros).

Infortunadamente para mi representado, el señor Juez *A QUO* también concluyó por error que la culpa de la demandante y de sus empleados en los hechos fue tan leve e inevitable que tuvo poca incidencia en lo sucedido; que si no se tuviera como irrelevante el comportamiento de la demandante un banco nunca sería responsable en esta clase de procesos, lo que consideramos, con todo respeto, una enorme equivocación.

Lo anterior estuvo basado en el ejercicio de valoración probatoria que hemos venido cuestionando, acompasado a la interpretación equivocada de la jurisprudencia de la Corte, puesto que el juzgador de primer grado estimó que por haberse perpetrado en este asunto unas maniobras de *phising*, por medio de las cuales terceros inescrupulosos habrían intentado suplantar la página web de mi defendido con rasgos notoriamente falsos y pidiendo claves donde el Banco nunca las solicita (A LO QUE ACCEDIERON REPETIDAMENTE LOS REPRESENTANTES Y EMPLEADOS DE COLOMBIANA PENSIONES, por un aparente bloqueo de la página web de BBVA), la culpa del cliente en los hechos por revelar sus claves no tuvo ninguna incidencia, ni entidad suficiente para liberar de responsabilidad del Banco, ¡qué equivocación!

Finalmente, como hemos logrado integrar la sustentación de ambos reparos verificando que se complementan, procedemos a relacionar los demás errores de valoración probatoria que, en nuestra respetuosa opinión, cometió el señor Juez de primera instancia en la sentencia apelada:

1. No tuvo en cuenta que la demandante es una persona jurídica constituida como S.A.S., que a través de su representante legal y de sus funcionarios confesaron y declararon en el proceso, respectivamente, que habían utilizado durante varios años la plataforma de BBVA NET CASH sin inconvenientes; lo que prueba la seguridad de la herramienta tecnológica y que la sociedad actora es una consumidora financiera calificada, que por su carácter de sociedad comercial tiene a cargo una

serie de deberes propios de dicha entidad, de sus actividades económicas y de la elemental y natural obligación de autoprotección que también le es exigible, pues que el cliente deba protegerse, no revelando sus claves, constituye una elemental y natural obligación del depositante en cualquier contrato de cuenta bancaria.

Significa entonces que el juzgador *A QUO* simplemente pasó por alto que en la ejecución de contratos de cuenta corriente o de ahorros que se administran mediante operaciones electrónicas el único obligado a obrar profesional y diligentemente no es el banco, ya que a un cliente como la demandante le es exigible mantener libres sus computadores de cualquier intromisión informática, atender las recomendaciones de seguridad acerca de que el banco nunca se comunicará con sus clientes para solicitar claves o datos confidenciales y parametrizar la plataforma con herramientas tales como definición de horarios, IP fija, cuantías máximas de acuerdo con el volumen de operación y de recursos, etc., todos ignorados o incumplidos por la sociedad actora, como se desprende de las mismas confesiones y declaraciones, de las respuestas del representante legal del banco al absolver los interrogatorios y del testimonio del Gerente de Seguridad de BBVA.

- 2. El señor juez A QUO también ignoró por completo que una vez recibidos los mensajes de aparente bloqueo de la plataforma (burdos por demás), la demandante y sus empleados hicieron caso omiso a las recomendaciones de seguridad del banco acerca de que la entidad que represento no se comunicaría con ellos para pedirles claves. En lugar de ello, suministraron el token y todas las claves requeridas a un aparente suplantador que las pidió para tramitar un desbloqueo, lo que consumó la defraudación; de donde se colige que la conducta de la demandante y de sus empleados fue de tal magnitud, de tal gravedad, que si no hubieran revelado dicha información confidencial el fraude no se hubiera cometido.
- 3. Las personas que realizaban operaciones a través de BBVA NET con cargo a los recursos de la demandante son profesionales en tareas de administración. De hecho la persona que autorizaba los traslados en la plataforma y que entregó los tokens y claves confidenciales a los terceros que los utilizaron **es contadora de profesión**, trabaja hace varios años en la sociedad demandante y estaba absolutamente familiarizada con BBVA NET CASH, por lo que resulta inadmisible que no le generara ninguna sospecha el extraño bloqueo que le solicitaba claves y datos confidenciales que simplemente nunca debió revelar.

Y es que no se puede medir con el mismo rasero a una persona natural que no usa frecuentemente los canales electrónicos de disposición de recursos, o que ha sido ajena a su utilización, o que los ha empleado durante un corto período, frente a un depositante empresarial como la demandante que sí se servía de la digitalización para

atender requerimientos propios de su operación. En este segundo evento el cumplimiento de la obligación de autoprotección en cabeza del titular de los depósitos es de mayor relevancia; motivo por el cual, su inobservancia denota una conducta culposa más grave, gravísima.

4. Como es apenas lógico, los cuentahabientes que han tenido acceso previo al conocimiento relacionado con estos temas se encuentran altamente familiarizados con ellos y, por consiguiente, la gravedad de su culpa por descuidos en la autoprotección de datos confidenciales es más incidente en la producción del daño, pues ignorar el privilegio de haber sido educado demuestra una conducta grave y del todo inadmisible. Estas situaciones también fueron ignoradas por el juzgador A QUO, a pesar de que emergían de los medios de prueba recaudados en el proceso.

Finalmente, cuando la institución bancaria informa a un cuentahabiente la activación de canales electrónicos para disponer de sus depósitos, o la realización misma de cada transacción, mediante canales idóneos e inmediatos de comunicación como correos electrónicos o mensajes de telefonía celular, como sucedió en este asunto, tampoco puede ignorarse que la conducta de la demandante por no comunicarse con el banco denota la gravedad de su actuar.

De hecho, insistimos en que fue mi defendido quien llamó a la demandante y gracias a esa llamada se impidió la sustracción de casi 90 millones de pesos más. Nada de esto lo valoró adecuadamente el señor Juez en su sentencia, con todo y que surgían como hechos demostrados con las pruebas recaudadas en el proceso.

En otras palabras, si la demandante fue advertida a través de los mensajes de correo electrónico que recibió, pero no se comunicó prontamente con mi defendido para alertar el ilícito, no puede arribarse a una resolución diferente a que contribuyó culposamente con la materialización y las consecuencias del fraude.

Infortunadamente, el señor Juez *A QUO* limitó sus valoraciones a indicar que este caso es exactamente igual al que se describió en la sentencia que dio sustento a su decisión. Tamaña equivocación porque se trata de situaciones diferentes con un conjunto de pruebas que no debió ignorar, pero lo hizo, siendo necesario entonces que ese Honorable Tribunal corrija tales desaciertos.

IV. SOLICITUDES FINALES

Por todo lo alegado y demostrado solicitamos respetuosamente a ese Honorable Tribunal que **REVOQUE** la sentencia apelada y, en lugar de ella, emita una providencia de segunda

instancia DENEGANDO LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA Y DECLARANDO LA PROSPERIDAD DE LAS EXCEPCIONES DE MÉRITO INCOADAS EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA, condenando en costas de ambas instancias a la sociedad demandante.

Subsidiariamente les solicitamos, solo de manera hipotética, si encuentran probada alguna conducta culposa de mi defendido en los hechos, que morigeren al máximo el porcentaje de la indemnización que BBVA debería asumir, en aplicación de la teoría de la concurrencia de culpas.

Cordialmente,

JUAN DIEGO MANJARRÉS GARCÍA

C.C. 79'909.203 de Bogotá

T.P. No. 114.649 del C.S.D.J.

Apoderado judicial BBVA COLOMBIA

BBVA

Juan Diego Manjarrés García Jurídico de Procesos Judiciales Gerente Jurídico de Asuntos Especiales

Tel. (057) +3471600 Ext.11174 – juan.manjarrez@bbva.com

Cra. 9 No. 72 – 21 Piso 10 Bogotá - Colombia

^[1] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia SC5176 del 18 de diciembre de 2020, rad. 11001-31-03-028-2006-00466-01, M.P. Ariel Salazar Ramírez.

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL M.P. Dra. AIDA VICTORIA LOZANO RICO

E. S. D.

REF. PROCESO VERBAL DE COLOMBIANA PENSIONES ASESORES Y
CONSULTORES ASOCIADOS S.A.S. CONTRA BBVA COLOMBIA S.A.
RAD. 11001-3103-007-2022-00022-01.

JUAN DIEGO MANJARRÉS GARCÍA, abogado en ejercicio identificado como aparece al pie de mi firma, actuando en calidad de apoderado judicial de la parte demandada en el proceso de la referencia, por medio del presente escrito acudo oportunamente ante ese Honorable Tribunal con el fin de sustentar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 16 de noviembre del año en curso proferida por el señor Juez Séptimo Civil del Circuito de Bogotá.

I. MANIFESTACIONES PRELIMINARES

Por tratarse de un fallo en el cual ese Honorable Tribunal juzgó un proceso con hechos muy similares a los que dieron lugar a este litigio declarativo; por estar basado en medios de prueba con un alto grado de identidad frente a los que se recaudaron en la primera instancia de esta actuación judicial y, finalmente, por guardar una estrecha relación con los reparos concretos que se formularon contra la sentencia de primer grado proferida en el proceso de la referencia; nos permitimos traer a colación, preliminarmente, que en una providencia muy reciente emitida en un litigio definido en primera instancia por la Superintendencia Financiera de Colombia, donde se había atribuido al banco el 30% de la obligación indemnizatoria por la responsabilidad civil derivada de una operación electrónica de traslado de dinero a través de BBVA NET CASH, mediando, como en este proceso, la culpa grave de la demandante en los hechos y la concordancia de la única operación objetada con su hábito transaccional (única operación de traslado con varios destinatarios), esa Sala Civil, en sentencia del 24 de noviembre de 2022 (radicado 003-2021-01984-01), con ponencia del Magistrado Jorge Eduardo Ferreira Vargas, revocó las condenas impuestas al establecimiento bancario, previas las siguientes consideraciones:

"...El recuento de las citadas pruebas permite colegir que fue el consumidor quien recayó en varias conductas omisivas que constituyeron la causa eficiente de la ocurrencia de los

hechos, como quiera que no acometió las labores requeridas para mantener protegidos sus equipos de cómputo, de ello da cuenta que la IP utilizada para la transacción sea la misma asociada a la compañía, así como la falta de actualización de los antivirus de antimalware, firewall y contenido cuyos módulos se hallaron caducados; tampoco cuidó sigilosamente el dispositivo de token, ni las claves de acceso a la plataforma ..., que se acreditó fueron usadas en debida forma para realizar la operación cuestionada.

Así mismo, la actora falló al no establecer sistema de alertas de transacciones y otros mecanismos de seguridad como firmas mancomunadas, establecimiento de IP fija, determinándose de ese modo que la pérdida no puede atribuirse jurídicamente al incumplimiento de la institución financiera.

En otros términos, surge indiscutible que en este asunto no se encuentra demostrado que la seguridad del banco demandado haya fallado, pues no obra ni una sola probanza que así lo evidencie, todo lo contrario, está suficientemente documentado que la transacción objeto de reclamación por esta vía fue originada a partir del usuario ...asignado al administrador de la empresa ..., quien utilizó el dispositivo token para validar o firmar la autorización...

Así mismo, nótese que las operaciones objeto de censura fueron efectuadas desde la IP ... utilizada por la demandante, mientras que las sumas de dinero que se transfirieron estaban dentro del perfil transaccional, de ahí que no cabe duda que la entidad financiera no tenía como sospechar o presumir que se trataba de movimientos fraudulentos.

En este contexto, no resulta válido afirmar que el sistema del banco fue vulnerado, o mejor, que su seguridad presentó fallas, pues nótese que para acceder a la Banca virtual debía introducirse el usuario y la clave asignadas para ese propósito por el mismo cliente, en tanto que para que la operación fuera aprobada se requería sine qua non instrucción de número enviado al token, cuya tenencia y custodia no quedó clara en este asunto, como se explicó en precedencia.

... Ahora bien, se tiene que en la primera instancia se expuso una concausalidad de las conductas de los involucrados, al razonar ese juzgador que el alertamiento del Banco... debió ser definitivo para detener la transacción fraudulenta, aseveración que no comparte el Tribunal.

... Aunado a lo expuesto, es importante resaltar que en este asunto no se desconoció la parametrización del cliente, pues no le asiste razón al demandante cuando en su censura afirma que la convocada pasó por alto que los pagos on line mensuales de \$_____, ya que el giro cuestionado según lo revela el informe de seguridad se pasó por el ítem de "transferencias", **nada en contrario**

se probó, el cual tenía un límite "diario" de \$999.999.999". (La negrilla y los subrayados no forman parte del texto original).

Procedemos entonces a ampliar la sustentación de los reparos concretos formulados contra la sentencia apelada, en los términos que se reseñan a continuación.

II. SÍNTESIS DE LOS REPAROS CONCRETOS

En la audiencia de instrucción y juzgamiento, una vez se emitió la sentencia que declaró civilmente responsable a BBVA y lo condenó a reintegrar a la demandante una considerable suma de dinero, se precisaron, en síntesis por estar subsumidas en ellos las demás objeciones que allí se plantearon, dos reparos concretos contra la decisión; a saber: *i*) la equivocada valoración realizada por el juzgador *A QUO* a los medios de prueba que se recaudaron válidamente en la actuación y, por otra parte, *ii*) la inadecuada aplicación al caso concreto de la línea jurisprudencial demarcada en la sentencia del 19 de diciembre de 2016 emitida por la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, con ponencia del Magistrado Ariel Salazar Ramírez.

III. SUSTENTACIÓN DE LA ALZADA Y/O AMPLIACIÓN DE LOS REPAROS

Así las cosas, empezaremos por el segundo de los cargos, pues en la citada providencia la Corte efectuó un riguroso estudio de la responsabilidad bancaria en materia de fraudes electrónicos. Lo novedoso del fallo consiste en que la temática, hasta ese momento desarrollada por la jurisprudencia de las salas civiles de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial del país, fue unificada en sede de Casación, **incluyendo los conceptos de conocimiento y control del hábito y del perfil transaccional,** convirtiendo sus parámetros en doctrina vinculante para los jueces.

Sin embargo, los criterios fijados por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria no difieren de los derroteros tradicionales trazados por la jurisprudencia de los Tribunales nacionales desde hace más de doce años, en virtud de los cuales, invocando la teoría del riesgo creado y de la responsabilidad profesional o de empresa, existe un concepto general de responsabilidad civil por estas materias en cabeza de los bancos, tomado de vieja data de la construcción jurisprudencial realizada por la misma Corte en litigios por el pago de cheques falsificados, en aplicación analógica de las disposiciones de los artículos 732, 733 y 1391 del Código de Comercio.

En ese sentido la providencia del año 2016 no incluye conceptos realmente nuevos, con excepción del desconocimiento del hábito transaccional como criterio para atribuir responsabilidad civil a los bancos, pues insiste en que en estos conflictos electrónicos, cuando el cliente objeta o rechaza las operaciones realizadas con cargo a sus depósitos, el depositario demandado sólo puede liberarse de responsabilidad si acredita de manera eficiente LA CULPA del demandante en el procesamiento o ejecución de las transacciones; culpa que se materializa en el incumplimiento contractual del respectivo cliente a sus obligaciones de custodia y de no revelación a terceros de la información confidencial que debe suministrarse al canal digital para la realización exitosa de operaciones dinerarias.

A continuación, algunos de los segmentos que se destacan en la sentencia de la Corte:

... "Sin embargo, no es posible ignorar que se trata de riesgos que son propios de la actividad asumida por las entidades y corporaciones que participan en el e-commerce, entre ellas los Bancos, de la cual obtienen grandes beneficios económicos, pues son estos los que para disminuir costos y obtener mejores rendimientos, han puesto al servicio de sus clientes los recursos informáticos y los sistemas de comunicaciones a través de la red, en una estrategia de ampliación de la oferta y cobertura de productos y servicios financieros.

Es natural y obvio que la implementación de medios como el portal virtual de transacciones, si bien requiere de una inversión para su operación y mantenimiento, genera un lucro para la entidad, en la medida en que atrae un mayor número de clientes y de operaciones bancarias.

No obstante, el uso de este lleva ínsito el riesgo de fraude electrónico, el cual es de la institución financiera precisamente por la función cumplida por las instituciones financieras y el interés general que existe en su ejercicio y la confianza depositada en él, lo que determina una serie de mayores exigencias, cargas y deberes que dichas entidades deben cumplir con todo el rigor; por el provecho que obtiene de las operaciones que realiza; por ser la dueña de la actividad, la que -se reitera- tiene las características de ser profesional, habitual y lucrativa; y además, por ser quien la controla, o al menos, a quien le son los exigibles los deberes de control, seguridad y diligencia en sus actividades, entre ellas la de custodiar dineros provenientes del ahorro privado.

El riesgo, entonces, se materializa con el ofrecimiento a los clientes de una plataforma tecnológica para realizar sus transacciones en línea, la cual puede ser vulnerada por delincuentes cibernéticos a través de diversas acciones, atendida la vulnerabilidad inherente a los sistemas electrónicos.

Por eso, por una parte las instituciones financieras están compelidas a adoptar mecanismos de protección de los datos transferidos en relación con sus usuarios, a través de los cuales pueda prevenirse la defraudación, pues para el momento en que estos son detectados, generalmente, ya se ha causado el daño patrimonial, y por otra, están sujetas a la responsabilidad que acarrea para ellas la creación de un riesgo de fraude que afecta a sus clientes, a disposición de los cuales <u>ha</u> <u>dispuesto su plataforma</u> y recursos tecnológicos".

... En suma, los Bancos al ofrecer a sus clientes la prestación de servicios bancarios a través de un portal de Internet, las medidas de precaución y diligencia que le son exigibles no corresponden a las mínimas requeridas en cualquier actividad comercial, sino a aquellas de alto nivel que puedan garantizar la realización de las transacciones electrónicas de forma segura, siendo requerida la implementación de herramientas, instrumentos o mecanismos tecnológicos adecuados, idóneos y suficientes para evitar la contingencia de la defraudación por medios virtuales o minimizar al máximo su ocurrencia, rodeando de la debida seguridad el entorno web en que se desarrolla, los elementos empleados, las contraseñas y claves, el acceso al sistema, la autenticación de los usuarios, la trazabilidad de las transacciones, el sistema de alertas por movimientos sospechosos o ajenos al perfil transaccional del cliente y el bloqueo de cuentas destinatarias en transferencias irregulares, de ser el caso¹. (La negrilla y el subrayado no forman parte del texto original).

Nótese que lo que se resalta de este fallo, comparado con lo que se probó en el proceso **e ignoró el juez de primer grado**, es lo siguiente:

1. Criterio jurisprudencial: el banco debe dotar **su plataforma de Internet** de medidas de seguridad que impidan utilizarla de manera fraudulenta.

Lo que se probó en este proceso no fue una vulneración o ataque a la plataforma BBVA NET CASH de mi defendido, sino un intento de remedo con unos mensajes de bloqueo en los cuales se solicitaban claves y/o tokens a la sociedad demandante, quien los suministró a través de sus empleados y representantes a los terceros que cometieron la defraudación, situación que de suyo evidenció una intromisión al computador de la compañía demandante (ver los informes de seguridad que se aportaron con la contestación de la demanda y la declaración del ingeniero jefe de seguridad electrónica de BBVA, quien explicó en detalle al señor juez todas las

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia SC5176 del 18 de diciembre de 2020, rad. 11001-31-03-028-2006-00466-01. M.P. Ariel Salazar Ramírez.

muestras de evidente falsedad en los mensajes que recibió la demandante a través del phising).

Criterio jurisprudencial: algunas de las medidas que proporcionan seguridad a los clientes consisten en controlar el hábito transaccional y la construcción del perfil de la misma especie de cada cuentahabiente, al igual que bloquear operaciones ilícitas para reducir sus efectos perjudiciales.

Lo que se probó en este litigio fue que la operación objetada (un solo traslado electrónico que incluyó varios destinatarios), no vulneró los límites aceptados por la misma sociedad demandante para operar en la plataforma (hasta \$999'999.999); que el computador utilizado para llevarla a cabo fue el de la sociedad COLOMBIANA PENSIONES ASESORES Y CONSULTORES ASOCIADOS; que el traslado fue realizado con el ingreso a BBVA NET CASH, con las claves y el token de la demandante y dentro de su horario habitual para operar, a pesar de lo cual fue el banco quien llamó al representante de la compañía para confirmar la operación. Gracias a esta gestión se evitó una pérdida adicional de casi 90 millones de pesos que logró bloquear mi defendido en las cuentas destinatarias.

- Criterio jurisprudencial: La culpa del cliente por revelar sus claves y códigos secretos al tercero que los utilice tiene la virtud de exonerar al establecimiento bancario de responsabilidad civil, total o parcialmente, esto último en aplicación de la teoría de la concurrencia de culpas, por ejemplo, si se prueba dicha culpa del cliente pero también una conducta culposa del Banco (el más claro ejemplo es que autorice una operación que no se ajuste al hábito transaccional del cuentahabiente o, una vez procesada, que no la bloquee).

Lo que se demostró en el proceso, como lo mencionamos en el segmento anterior, es que la operación no podía calificarse como inusual, que se ejecutó con el suministro combinado y concomitante de la información confidencial del cliente, que a pesar de ello mi defendido se comunicó con la demandante para confirmarla y que a raíz de dicha llamada evitó que la defraudación fuera 90 millones de pesos mayor.

Así pues, los errores de aplicación de la sentencia de la Corte por parte del señor Juez de primera instancia consistieron, por un lado, en desconocer QUE LA SOCIEDAD

COLOMBIANA PENSIONES ASESORES Y CONSULTORES ASOCIADOS NO SOLO INCURRIÓ EN CULPA GRAVE, SINO EN CULPA GRAVÍSIMA POR ENTREGAR SUS CLAVES DE TOKEN A UN TERCERO (equivale a dolo) y, en segundo término, haber considerado que el banco sólo podía liberarse de responsabilidad en este asunto si probaba LA CULPA GRAVE de la demandante en los hechos, lo cual no es cierto, ya que si se miran con detenimiento la sentencia de la Corte y las disposiciones que por vía de analogía se han aplicado a estos litigios (artículos 732, 733 y 1391 del Código de Comercio), se encontrará que tanto la ley como la jurisprudencia señalan que el banco puede desprenderse de la responsabilidad civil, total o parcialmente, si prueba LA CULPA del titular de la cuenta, NO UNA CULPA GRAVE.

En varios apartes del mismo fallo que el señor Juez de primera instancia invocó como sustento de su decisión se reafirma lo expuesto. Veamos:

... "Como la medida de la responsabilidad de un banco por el pago de un cheque falso no se detiene en la culpa sino que alcanza el riesgo creado, no le basta el lleno de las precauciones habituales, sino que es preciso probar <u>algún género de culpa</u> en el titular de la cuenta corriente para que el banco quede libre (G.J. 1943, p. 43)".

Y más adelante:

... "Y lo mismo ocurre tratándose de cuentas de ahorro, porque en ellas el Banco «es responsable por el reembolso de sumas depositadas que haga a persona distinta del titular de la cuenta o de su mandatario» (art. 1398 C. Co.). Claro está, sin desconocer, en ninguno de los dos casos, que la responsabilidad de dicha institución financiera, puede atenuarse, moderarse e incluso excluirse en virtud de culpa atribuible al titular de la cuenta".

"Desde luego que consumada la defraudación, el Banco para exonerarse de responsabilidad, debe probar que esta ocurrió por culpa del cuentahabiente o de sus dependientes, que con su actuar dieron lugar al retiro de dinero de la cuenta, transferencias u otras operaciones que comprometieron sus recursos, pues amén de que es este quien tiene el control de mecanismo que le permiten hacer seguimiento informático a las operaciones a través de controles implantados en los software especializados con los que cuentan, la culpa incumbe demostrarla a quien la alegue (art. 835 C.Co.), pues se presume la buena fe «aún la exenta de culpa».

"..."Si bien se resaltan las deficiencias demostrativas en esos dos aspectos puntuales, el primero de ellos resulta irrelevante frente a los planteamientos que demarcaron el alcance de la responsabilidad

civil bancaria, <u>va que se entendió derivada del «ejercicio y del beneficio que reporta su especializada actividad financiera» y sin piso únicamente de existir «culpa del cuenta habiente o de sus dependientes o representantes».</u>

"Quiere decir que aún de haberse verificado la aplicación de extremas medidas de seguridad en el portal de la entidad financiera puesto a disposición de sus clientes para realizar operaciones de pago y transferencias a debitar de sus cuentas, <u>de no establecerse la «culpa» en el usuario la carga reparadora seguiría incólume"</u>. (La negrilla y los subrayados son nuestros).

Infortunadamente para mi representado, el señor Juez *A QUO* también concluyó por error que la culpa de la demandante y de sus empleados en los hechos fue tan leve e inevitable que tuvo poca incidencia en lo sucedido; que si no se tuviera como irrelevante el comportamiento de la demandante un banco nunca sería responsable en esta clase de procesos, lo que consideramos, con todo respeto, una enorme equivocación.

Lo anterior estuvo basado en el ejercicio de valoración probatoria que hemos venido cuestionando, acompasado a la interpretación equivocada de la jurisprudencia de la Corte, puesto que el juzgador de primer grado estimó que por haberse perpetrado en este asunto unas maniobras de *phising*, por medio de las cuales terceros inescrupulosos habrían intentado suplantar la página web de mi defendido con rasgos notoriamente falsos y pidiendo claves donde el Banco nunca las solicita (A LO QUE ACCEDIERON REPETIDAMENTE LOS REPRESENTANTES Y EMPLEADOS DE COLOMBIANA PENSIONES, por un aparente bloqueo de la página web de BBVA), la culpa del cliente en los hechos por revelar sus claves no tuvo ninguna incidencia, ni entidad suficiente para liberar de responsabilidad del Banco, ¡qué equivocación!

Finalmente, como hemos logrado integrar la sustentación de ambos reparos verificando que se complementan, procedemos a relacionar los demás errores de valoración probatoria que, en nuestra respetuosa opinión, cometió el señor Juez de primera instancia en la sentencia apelada:

1. No tuvo en cuenta que la demandante es una persona jurídica constituida como S.A.S., que a través de su representante legal y de sus funcionarios confesaron y declararon en el proceso, respectivamente, que habían utilizado durante varios años la plataforma de BBVA NET CASH sin inconvenientes; lo que prueba la seguridad de la herramienta tecnológica y que la sociedad actora es una consumidora financiera calificada, que por su carácter de sociedad comercial tiene

a cargo una serie de deberes propios de dicha entidad, de sus actividades económicas y de la elemental y natural obligación de autoprotección que también le es exigible, pues que el cliente deba protegerse, no revelando sus claves, constituye una elemental y natural obligación del depositante en cualquier contrato de cuenta bancaria.

Significa entonces que el juzgador A QUO simplemente pasó por alto que en la ejecución de contratos de cuenta corriente o de ahorros que se administran mediante operaciones electrónicas el único obligado a obrar profesional y diligentemente no es el banco, ya que a un cliente como la demandante le es exigible mantener libres cualquier intromisión informática, computadores de atender recomendaciones de seguridad acerca de que el banco nunca se comunicará con sus clientes para solicitar claves o datos confidenciales y parametrizar la plataforma con herramientas tales como definición de horarios, IP fija, cuantías máximas de acuerdo con el volumen de operación y de recursos, etc., todos ignorados o incumplidos por la sociedad actora, como se desprende de las mismas confesiones y declaraciones, de las respuestas del representante legal del banco al absolver los interrogatorios y del testimonio del Gerente de Seguridad de BBVA.

- 2. El señor juez *A QUO* también ignoró por completo que una vez recibidos los mensajes de aparente bloqueo de la plataforma (**burdos por demás**), la demandante y sus empleados hicieron caso omiso a las recomendaciones de seguridad del banco acerca de que la entidad que represento no se comunicaría con ellos para pedirles claves. En lugar de ello, suministraron el token y todas las claves requeridas a un aparente suplantador que las pidió para tramitar un desbloqueo, lo que consumó la defraudación; **de donde se colige que la conducta de la demandante y de sus empleados fue de tal magnitud, de tal gravedad, que si no hubieran revelado dicha información confidencial el fraude no se hubiera cometido.**
- 3. Las personas que realizaban operaciones a través de BBVA NET con cargo a los recursos de la demandante son profesionales en tareas de administración. De hecho la persona que autorizaba los traslados en la plataforma y que entregó los tokens y claves confidenciales a los terceros que los utilizaron **es contadora de profesión**, trabaja hace varios años en la sociedad demandante y estaba absolutamente familiarizada con BBVA NET CASH, por lo que resulta inadmisible que no le generara ninguna sospecha el extraño bloqueo que le solicitaba claves y datos confidenciales que simplemente nunca debió revelar.

Y es que no se puede medir con el mismo rasero a una persona natural que no usa frecuentemente los canales electrónicos de disposición de recursos, o que ha sido ajena a su utilización, o que los ha empleado durante un corto período, frente a un depositante empresarial como la demandante que sí se servía de la digitalización para atender requerimientos propios de su operación. En este segundo evento el cumplimiento de la obligación de autoprotección en cabeza del titular de los depósitos es de mayor relevancia; motivo por el cual, su inobservancia denota una conducta culposa más grave, gravísima.

4. Como es apenas lógico, los cuentahabientes que han tenido acceso previo al conocimiento relacionado con estos temas se encuentran altamente familiarizados con ellos y, por consiguiente, la gravedad de su culpa por descuidos en la autoprotección de datos confidenciales es más incidente en la producción del daño, pues ignorar el privilegio de haber sido educado demuestra una conducta grave y del todo inadmisible. Estas situaciones también fueron ignoradas por el juzgador A QUO, a pesar de que emergían de los medios de prueba recaudados en el proceso.

Finalmente, cuando la institución bancaria informa a un cuentahabiente la activación de canales electrónicos para disponer de sus depósitos, o la realización misma de cada transacción, mediante canales idóneos e inmediatos de comunicación como correos electrónicos o mensajes de telefonía celular, como sucedió en este asunto, tampoco puede ignorarse que la conducta de la demandante por no comunicarse con el banco denota la gravedad de su actuar.

De hecho, insistimos en que fue mi defendido quien llamó a la demandante y gracias a esa llamada se impidió la sustracción de casi 90 millones de pesos más. Nada de esto lo valoró adecuadamente el señor Juez en su sentencia, con todo y que surgían como hechos demostrados con las pruebas recaudadas en el proceso.

En otras palabras, si la demandante fue advertida a través de los mensajes de correo electrónico que recibió, pero no se comunicó prontamente con mi defendido para alertar el ilícito, no puede arribarse a una resolución diferente a que contribuyó culposamente con la materialización y las consecuencias del fraude.

Infortunadamente, el señor Juez *A QUO* limitó sus valoraciones a indicar que este caso es exactamente igual al que se describió en la sentencia que dio sustento a su decisión. Tamaña equivocación porque se trata de situaciones diferentes con un conjunto de

pruebas que no debió ignorar, pero lo hizo, siendo necesario entonces que ese Honorable Tribunal corrija tales desaciertos.

IV. SOLICITUDES FINALES

Por todo lo alegado y demostrado solicitamos respetuosamente a ese Honorable Tribunal que REVOQUE la sentencia apelada y, en lugar de ella, emita una providencia de segunda instancia DENEGANDO LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA Y DECLARANDO LA PROSPERIDAD DE LAS EXCEPCIONES DE MÉRITO INCOADAS EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA, condenando en costas de ambas instancias a la sociedad demandante.

Subsidiariamente les solicitamos, solo de manera hipotética, si encuentran probada alguna conducta culposa de mi defendido en los hechos, que morigeren al máximo el porcentaje de la indemnización que BBVA debería asumir, en aplicación de la teoría de la concurrencia de culpas.

Cordialmente,

JUAN DIEGO MANJARRÉS GARCÍA

C.C. 79'909.203 de Bogotá

T.P. No. 114.649 del C.S.D.J.

Apoderado judicial BBVA COLOMBIA



Honorables Magistrados

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C. SALA CIVIL

Magistrado Ponente: **Dr. IVÁN DARÍO ZULUAGA CARDONA** E. S. D.

Ref. VERBAL - RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

N° 2021-00240-01

De. MARY ERIENID PARRA LOPEZ Y OTROS

Vs. HDI SEGUROS S.A. Y OTROS

SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN

MARIA CRISTINA ALONSO GOMEZ, actuando en calidad de apoderada judicial de la sociedad HDI SEGUROS S.A, con el debido respeto me dirijo a Ustedes, Honorables Magistrados, a fin de manifestar que me RATIFICO en los argumentos expuestos en oralidad al momento de interponer el RECURSO DE APELACIÓN en desarrollo de la audiencia de instrucción y juzgamiento celebrada el 18 de octubre de 2022, en la cual asistió como apoderado sustituto el Dr. HERNAN FELIPE JIMÉNEZ SALGADO; así como en lo manifestado dentro del escrito de ampliación del recurso de alzada, que fue remitido al Juzgado Dieciocho Civil del Circuito de Bogotá, D.C., el 21 de octubre de 2022.

En virtud a lo antes expuesto, se ratifican los argumentos sobre los cuales se sustentan el recurso de alzada, bajo los siguientes términos:

I. DESACUERDO FRENTE A LA DECLARATORIA DE EXISTENCIA DEL NEXO CAUSAL.

Difiero de manera categórica respecto de los argumentos que utilizó la A quo y que dieron al traste con la sentencia proferida, según los cuales se considera que el conductor del vehículo asegurado de placas TZW-686, señor **CAMILO TORRES DICELIS**, tiene responsabilidad en la ocurrencia del accidente de tránsito, en el que lamentablemente falleció el señor **EDUARDO HERNANDEZ MANSO (q.e.p.d.).**

Como sustento de lo anterior, y contrario a lo manifestado por la juez de primer grado, se hace necesario hacer especial énfasis en el hecho cierto e indiscutible de encontrarse probado plenamente el eximente de responsabilidad denominado **CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA.**

Es así que, del debate probatorio surtido dentro del litigo se logra obtener información valiosa que permite inferir que el señor **HERNANDEZ MANSO (q.e.p.d.)** atravesó la vía imprudentemente, pues lo hizo en una zona que no se encontraba destinada para el cruce de peatones, pues allí no existía semáforo ni paso peatonal alguno, situación reprochable conforme lo dispuesto por el Código Nacional de Tránsito, en su artículo 57 y siguientes, así:



CÓDIGO NACIONAL DE TRÁNSITO

PEATÓN

De acuerdo al artículo 2° del Código Nacional de Tránsito Ley 769 del 2002 se define como: Persona que transita a pie o por una vía.

Artículo 57. Circulación peatonal

El tránsito de peatones por las vías públicas se hará por fuera de las zonas destinadas al tránsito de vehículos. Cuando un peatón requiera cruzar una vía vehicular, lo hará respetando las señales de tránsito y cerciorándose de que no existe peligro para hacerlo.

Artículo 58. Prohibiciones a los peatones

Los peatones no podrán:

Invadir la zona destinada al tránsito de vehículos, ni transitar en ésta en patines, monopatines, patinetas o similares.

Llevar, sin las debidas precauciones, elementos que puedan obstaculizar o afectar el tránsito.

Cruzar por sitios no permitidos o transitar sobre el guardavías del ferrocarril.

Colocarse delante o detrás de un vehículo que tenga el motor encendido.

Remolcarse de vehículos en movimiento.

Actuar de manera que ponga en peligro su integridad física.

Cruzar la vía atravesando el tráfico vehicular en lugares en donde existen pasos peatonales.

PARÁGRAFO 20. Los peatones que queden incursos en las anteriores prohibiciones se harán acreedores a una multa de un salario mínimo legal diario vigente, sin perjuicio de las demás acciones de carácter civil, penal y de policía que se deriven de su responsabilidad y conducta.

Dentro del perímetro urbano, el cruce debe hacerse sólo por las zonas autorizadas, como los puentes peatonales, los pasos peatonales y las bocacalles". (Se subraya y resalta)

De ésta manera, se logra inferir que la causalidad se encuentra del lado del peatón, señor **HERNANDEZ MASO (q.e.p.d.),** y su actividad ha de ser tildada de culposa en sentido técnico, y dado que la culpabilidad presupone imputabilidad, condiciones de inteligencia y voluntad precisas para que un acto concreto sea reprochable en razón a la posible exigibilidad de un proceder más correcto y previsor, debe afirmarse que la causa del accidente se sitúa en la **CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA.**



Así mismo, y producto de los medios probatorios allegados al proceso por la sociedad **S.A.**, esto SEGUROS es el INFORME TÉCNICO PERICIAL RECONSTRUCCIÓN DE ACCIDENTE DE TRÁNSITO elaborado por IRS VIAL, se hizo evidente la exposición al riesgo por parte de la víctima, dada su imprudencia, pues siendo uno de los aspectos principales de la investigación realizada en el peritaje aportado, consiste en la determinación objetiva de la velocidad de circulación del vehículo, momentos previos al accidente, el lugar de la vía donde ocurre el hecho, así como la secuencia de movimiento después del impacto, situación que determinó con evidente claridad que el conductor del camión de placas TZW 686, se encontraba en estricto cumplimiento de la normatividad de tránsito para la fecha de ocurrencia de los hechos genitores del litigio, pues si bien, en el Informe Policial de Accidente de Tránsito se hace referencia a que se dirigía a una velocidad de 50 kms/hora, mientras que mediante cálculos matemáticos, herramientas biomecánica y la física, se determinó en el Dictamen pericial, que este último se dirigía entre 30 y 40 kms/hora, velocidades que juntas, se encuentran por debajo de la velocidad permitida para el tránsito de automotores en la zona donde ocurre el accidente, esto constituye una razón más que suficiente para determinar que el conductor del camión, señor **CAMILO TORRES DICELIS**, y respecto del señor EDUARDO HERNANDEZ MASO (q.e.p.d.), era el único que se encontraba cumpliendo las normas de tránsito

Ahora bien, debe tenerse además en cuenta, que el cruce peatonal realizado por el señor **EDUARDO HERNANDEZ MASO (q.e.p.d.)** fue a todas luces imprudente, pues tal y como lo dijeron los mismos testigos llevados al estrado por la parte actora, quienes afirmaron que "...el accidente ocurrió al frente del Hotel Cancún...", por lo que al verificar la ubicación satelital (Google Maps), y comparado con la diagramación que hiciera el perito en el informe de reconstrucción del accidente, más exactamente en la imagen 17 del dictamen aportado, efectivamente coincide lo narrado respecto a la ubicación de ocurrencia de los hechos, lugar en el que no había paso peatonal alguno, según se concluye en el literal k) numeral 7. Hallazgos del ya aludido peritaje, haciendo una deducción analítica de la velocidad de circulación del vehículo, así como la secuencia del accidente se basa en la utilización de un modelo basado en las leyes de la física, en este caso las leyes de la biomecánica.

Así mismo, es importante anotar que el estudio realizado permitió llegar a la conclusión consistente en que, el señor **HERNÁNDEZ MASO (q.e.p.d.)**:

"inició el movimiento de izquierda a derecha respecto al vehículo, y recorre desde el borde izquierdo hasta el impacto entre 1,6 y 2,6 m aproximadamente, si realiza este movimiento entre caminando rápido y corriendo normal demora entre 0,6 y 1,3 s, tiempo en el cual el conductor debe iniciar la reacción y la posterior frenada, aquí se utiliza una velocidad del peatón entre 2,0 y 2,5 m/s".

En este caso, el tiempo $(0,6\ y\ 1,3\ s)$ que le toma al peatón es menor al tiempo de reacción del conductor (entre $1,5\ y\ 2,0\ s$), es decir, el conductor no tendría tiempo de reaccionar".

De esta manera, se observa que la A quo al momento de proferir sentencia sólo tuvo en cuenta la materialización de daños morales, dados el sentimiento de aflicción, tristeza y congoja que produce la muerte de un ser querido, pero sin analizar a profundidad el factor determinante de la materialización del riesgo, condena a los

4



integrantes de la pasiva a pagar sumas de dinero, ante la ausencia de elementos probatorios que demuestren plenamente la coadyuvancia en el obrar del señor **TORRES DICELIS**, en la ocurrencia del hecho.

Es más, se hace necesario resaltar que el paso y semáforo peatonal donde se presentó el siniestro se encuentran situado a 40 mts. del área de impacto, siendo la única conclusión probable, la que refiere a que el PEATÓN no se encontraba realizando el cruce de la calzada por la zona destinada, POR LO QUE El PEATÓN solo se convierte en riesgo para el conductor del camión, cuando inicia el proceso de cruce de calzada, teniendo además en cuenta, que no se encontraron evidencias, que indicaran la existencia de fallas mecánicas en el vehículo de placas TZW 686, lo que aunado al alto grado de visibilidad del flujo vehicular por parte del peatón, por ser esta una vía recta y plana, refuerza la tesis planteada por la pasiva, respecto de la cual la simple conducción del vehículo automotor, no permite la configuración de responsabilidad de quien lo maniobraba, pues lo único que se logró acreditar en el debate probatorio surtido, fue la flagrante desatención de la víctima al momento de cruzar la vía, lo que de manera exclusiva genera la causación de los hechos por los cuales se demanda, y deja implícita la existencia de un eximente de responsabilidad que lleva al rompimiento del nexo de causalidad, no obstante la juez de instancia dejo de lado la existencia de un eximente de responsabilidad que lleva al rompimiento del nexo de causalidad.

De otro lado, llama enormemente la atención que la juez de instancia diera más peso probatorio al Informe Policial de Accidente de Tránsito, el cual contenía plasmadas una serie de hipótesis como posibles causas de ocurrencia de los hechos, las que fueron parcialmente desvirtuadas con el dictamen pericial aportado por mi representada, pues se logró establecer científicamente, cuáles eran las condiciones de manejo y maniobrabilidad que ostentaba el conductor del tracto camión, y cuál fue la conducta desplegada por el peatón, siendo esta última la causa eficiente de su lamentable fallecimiento, pues desatendió la normatividad de tránsito vigente, cruzando por un lugar que NO se encontraba destinado al paso peatonal y en donde NO se encontraba semáforo alguno, pues el último distaba cerca de cuarenta metros (40 mts.) del lugar donde cruzó imprudentemente el señor HERNANDEZ MAZO (q.e.p.d.), exponiéndose a su propio riesgo, y siendo el único coadyuvante del daño que se incoa, lo que denota una responsabilidad de la víctima directa en la ocurrencia de los hechos, lo que valorado en conjunto con los demás medios de convicción lleva a determinar la inexistencia del nexo causal entre los prejuicios que se deprecan, y el actuar del conductor del vehículo asegurado.

De otro lado, pese a mediar un dictamen técnico que fue elaborado por expertos y que no se controvirtió en debida forma por el extremo actor, la juez sin explicación razonable más que sus apreciaciones subjetivas, no determina dentro del fallo recurrido cuales son las razones técnicas, legales o probatorias para alejarse de las conclusiones a las que se llegó en el INFORME TÉCNICO – PERICIAL DE RECONSTRUCCIÓN DE ACCIDENTE DE TRÁNSITO elaborado por IRS VIAL.

El Doctor Alberto Tamayo Lombana en su obra sobre la Responsabilidad Civil Extracontractual y Contractual, tercera edición, ediciones Doctrina y Ley LTDA, al desarrollar el tema de la relación de causalidad refiere:

"Se entiende por causalidad el nexo causal eficiente". Según el principio de la causalidad la causa produce el efecto. ¹

¹ WALTER Brugger, Diccionario de filosofia, Barcelona, Edit. Gerler, 19958, Pág.87.



Expresa además:

"Hay algo elemental y obvio para poder condenar a una persona a reparar el perjuicio que reclama un demandante, deberá demostrarse la existencia de un vínculo causal entre tal perjuicio y el hecho o culpa del demandado. Deberá aparecer en forma clara que el hecho generador de responsabilidad (culpa o actividad del demandado), es la causa y que el daño sufrido por la víctima es el efecto. Se tendrá así el vínculo de causa a efecto o relación de causalidad...

... Es necesario entonces que el perjuicio pueda atribuirse al hecho o a la culpa (o en general a la actividad) del demandado en responsabilidad civil...

...Si ese vínculo causal no puede demostrarse o si, por el contrario, se descubre un origen del perjuicio totalmente distinto a la actividad del demandado, es claro que este no será responsable".

Frente al eximente de culpa exclusiva de la víctima, el doctor GILBERTO MARTINEZ RAVE en su obra sobre la Responsabilidad Civil Extracontractual, décima edición, editorial Temis, textualmente *dice:*

"Pero si el hecho de la víctima es el único causante del daño, injusto seria cargar al presunto responsable el resultado dañoso. Nadie puede beneficiarse de sus propios errores, nadie puede beneficiarse de sus propios y exclusivos hechos dañosos y es por eso que, en esos casos, se libera de responsabilidad a quien se imputa el daño."

Así mismo indica, que:

"Cuando el hecho de la víctima es único y determinante en el resultado, el nexo de causalidad se rompe o no existe, porque la imputación física del resultado se hizo mal, ya que no fue el causante sino la propia víctima la que lo originó. En ese caso no surge responsabilidad civil y el indebidamente imputado o demandado se libera de la obligación de indemnizar, que nunca existió. Y esto, que es fácil de comprender en el campo de la responsabilidad objetiva, se hace más dificil en el campo de la responsabilidad subjetiva, porque se deben analizar una serie de factores subjetivos, internos, que determinan la culpa de la víctima y que no siempre son fáciles de valorar." (Subrayado y negrillas mías).

Adicionalmente, el doctrinante JAVIER TAMAYO JARAMILLO en su obra titulada Tratado de Responsabilidad Civil Tomo II, frente al tema de la culpa exclusiva de la víctima expresa:

"El hecho de la víctima es importante desde el punto de vista de la responsabilidad civil para exonerar, parcial o totalmente, al demandado que ha causado un daño; su influencia definitiva será determinada en la medida en que ese hecho haya sido causa exclusiva o parcial del perjudicado..."



"Cuando la actividad de la víctima pueda considerarse como causa exclusiva del daño, habrá exoneración total para el demandado; poco importa que el hecho de la víctima sea culposo o no..." (Negrillas mías).

De esta manera, se logra acreditar una condición externa a la actividad que desplegada el conductor del vehículo de placas TZW 686, siendo esta condición, la causante del atropellamiento del señor **HERNANDEZ MASO** (q.e.p.d.), ante la presencia de elementos extraños con escasa probabilidad de maniobra, lo que lleva a concluir que se demostró dentro del proceso el rompimiento del nexo causal al mediar el eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima, sin embargo, la juez de instancia sin razón alguno determino la responsabilidad en cabeza del señor **CAMILO TORRES DICELIS**, cuando los medios de prueba llevan a una conclusión completamente diferente.

II. DESACUERDO FENTE A LA VALORACION EN LA CONCURRENCIA DE CULPAS DECLARADA

De los argumentos que llevan a la A quo al tener como probada la responsabilidad de la pasiva, difiere tajantemente esta defensa judicial, pues en este caso se aprecia que los hechos no se originan directamente en la actividad peligrosa que venía ejecutando, sino que este siniestro se presentó por la existencia de un elemento ajeno a su proceder, siendo un riesgo completamente imprevisible e irresistible; haciéndose entonces evidente el rompimiento del nexo causal, al tenerse por probada una causa extraña, como lo es la **CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA**, afirmación que se hace ante la plena acreditación de tal situación en el debate procesal.

Por otro lado, no se explica cómo la A quo no se detuvo a analizar que tal y como quedó acreditado con las declaraciones obtenidas en los interrogatorios de parte, el señor **HERNANDEZ MASO (q.e.p.d.)** conocía perfectamente la zona en donde ocurren los hechos, pues pasaba por allí casi todos los días por un periodo cercano a los dos años anteriores a su lamentable deceso, y haciendo uso de los medios de prueba, las reglas de la experiencia y la sana critica, solo se puede colegir que su fallecimiento se produce por un exceso de confianza y un alto grado de imprudencia, siendo este el único que desatendió el deber de cuidado que le asistía como peatón, al no observar a lado y lado al momento de cruzar la vía, cruzando por demás, lejos del lugar destinado para el paso peatonal, lo que trajo consigo el acaecimiento del hecho por el cual se demanda.

Es de anotar con sumo respeto, que de manera sesgada, la A quo sólo tuvo más en cuenta el despliegue de la actividad peligrosa por parte del conductor del vehículo de placas TZW 686, pero dejó de lado el hecho cierto e irrefutable en el que el señor **HERNANDEZ MASO (q.e.p.d.)** cruzó imprudentemente la vía, por un lugar que no se encontraba destinado al paso peatonal, más aun teniendo en cuenta que el semáforo y sendero peatonal se encontraban aproximadamente a cuarenta (40) metros del lugar donde ocurre el siniestro, por lo que debió dirigirse hacia este sitio para poder cruzar, dado además su previo conocimiento que tenía de la zona, y no solo en cumplimiento de la norma que como peatón se le exige, sino además, salvaguardando su propia integridad y evitando exponerse imprudentemente a un riesgo innecesario; lo que da cuenta de la irresponsabilidad del peatón quien cruzo una vía de alto flujo vehicular sin precaución, no obstante la juez de primera instancia endilga sin más, la responsabilidad de lo acecido en cabeza de los sujetos demandados desatendiendo la verdadera causa del lamentable accidente, y determinando la participación del



conductor del vehículo en un 50% cuando no obra ni una sola prueba con la que se logre determinar su aporte en la ocurrencia del hecho, más que una causal escueta determinada el IPAT como 157 otra, que ni siquiera el agente de tránsito se dio a la tarea de ampliar y menos aún el extremo demandante.

Es posible concluir entonces que **HDI SEGUROS S.A.** como asegurador, no puede ser condenada, mucho menos en cuantías desmesuradas, por la simple razón del ejercicio de una actividad de las catalogadas como peligrosas por parte del conductor del vehículo asegurado, sino que además no se toman en cuenta las circunstancias que rodearon la ocurrencia de los hechos, como eximentes de la responsabilidad que se endilga.

Así las cosas, en el hipotético evento en que los Honorables Magistrados, no revoquen en su totalidad la sentencia recurrida y por el contrario, se considere que en el presente caso se encuentra inmersa la responsabilidad del conductor del vehículo asegurado y de contera de HDI SEGUROS S.A. como garante, se tenga en cuenta que el señor EDUARDO HERNANDEZ MASO (q.e.p.d.), fue el principal coadyuvante de la materialización del riesgo, por lo que solicito respetuosamente se tenga en consideración tal situación, y no sea tasada la condena en porcentajes iguales, como se hizo, pues es claro que al conductor del vehículo de placas TZW 686 era el único que se encontraba en estricto cumplimiento de la normatividad de tránsito vigente.

III. DESACUERDO FRENTE A LA TASACION QUE POR DAÑOS MORALES SE HACE A FAVOR DE LA SEÑORA MARY ERIENID PARRA LOPEZ

Al respecto, se hace necesario manifestar que esta defensa se aparta categóricamente de las conclusiones que extrae la A quo, y que sirvieron de sustento para que decidiera en los términos en los que basa la sentencia recurrida, toda vez que resulta evidente que la juez de instancia basó la responsabilidad de los demandados en deducciones de carácter subjetivo, pretendiendo tener por cierto que fue a causa del accidente de tránsito materia de litigio, la génesis de los supuestos daños a ellos generados, sin importar la coadyudancia y total grado de participación en el daño generado por la misma víctima.

Llama la atención de esta defensa judicial, el hecho de que la A quo concede la petición encaminada al reconocimiento de DAÑOS MORALES en cabeza de la señora MARIA ERIENID PARRA LOPEZ, argumentando que si bien no tenían una relación de pareja, esta acompañaba al señor HERNÁNDEZ MASO (q.e.p.d.) a exámenes médicos y compartía continuamente con éste, situación que extralimita el concepto jurisprudencialmente establecido para que sea reconocida una indemnización en razón a los perjuicios morales, pues en el debate probatorio surtido, tanto en las declaraciones obtenidas en el interrogatorio de parte, como en los testimonios, se tuvo por cierto que la señora PARRA LOPEZ no era la pareja sentimental de la víctima desde hace ya varios años, puesto que se había separado del señor HERNANDEZ MASO (q.e.p.d.), motivo más que suficiente para inferir la inexistencia de vínculo conyugal entre estos, por lo que de confirmar/modificar la condena, la pasiva no podrá ser obligada al pago de perjuicios de orden moral a la señora MARIA ERIENID PARRA LOPEZ.

Es así, que los daños inmateriales reclamados en el escrito de la demanda, carecen



de plena prueba conforme a las exigencias establecidas en el artículo 167 del Código General del Proceso y son evidentemente desorbitantes.

Consecuentemente respecto a la carga de la prueba, la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA** Sala de Casación Civil, en sentencia de 25 de mayo de 2010, establece:

"...Al Juez no le basta la mera enunciación de las partes para sentenciar la controversia, porque ello sería tanto como permitirles sacar beneficio del discurso persuasivo que presentan; por ende, la ley impone a cada extremo del litigio la tarea de traer al juicio de manera oportuna y conforme a las ritualidades del caso, los elementos probatorios destinado a verificar que los hechos alegados efectivamente sucedieron, o que son del modo como se presentaron, todo con miras a que se surta la consecuencia jurídica de las normas sustanciales que se invocan..." (Negrillas y subraya mías).

Es que al evidenciar tan enorme yerro en la concesión que por perjuicios morales se hace a la señora **PARRA LOPEZ**, es que solicito respetuosamente que se desestime la indemnización concedida en caso de no revocar la condena proferida, siendo que en primera instancia, no solo nos encontramos ante la configuración de un eximente de responsabilidad, sino que nos además, estamos ante la inexistencia de vínculo entre esta y el señor **HERNANDEZ MASO (q.e.p.d.)**, pues esto sería una flagrante violación a lo mencionado por la Honorable Corte Suprema de Justicia, pues desde el año 1988, la jurisprudencia emanada del Tribunal de cierre, adujo la presunción de afectación del daño moral, <u>cuando los afectados sean parientes de la víctima</u> (Sentencia, 1988, 13 de mayo, citada por Velásquez Posada, 2009, p. 77).

Así mismo, en Sentencia del Consejo de Estado – Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Tercera, Radicación número: 18001-23-31-000-1999-00454-01(24392), M.P. Dr. Hernán Andrade Rincón, se mencionó:

"...el tema de los perjuicios morales ha sido de una constante evolución en la jurisdicción contenciosa. Es así como en sentencia de la Sala Plena del 5 de noviembre de 1997, expediente S-259 se estimó la posibilidad de presumirlos tratándose de padres, hijos, cónyuge y hermanos menores, pero que debía probarse respecto de los demás familiares..."

Es por las razones antes citadas, que presento un rotundo desacuerdo frente al reconocimiento efectuado por la A-quo, frente a los perjuicios de orden moral para la señora **MARIA ERIENID PARRA LOPEZ**, pues la primera incurre en un desatino, al acreditar per se, un vínculo que había dejado de existir hace varios años, lo que hace improcedente el reconocimiento de los perjuicios incoados a favor de aquella, al no mediar parentesco, una estrecha comunidad de vida y relaciones perenes.

IV. DESACUERDO FRENTE A LA FALTA DE PRONUNCIAMIENTO RESPECTO A LA PÉRDIDA DE INTERÉS ASEGURABLE

Al realizar la venta de un vehículo automotor se desconoce si este contrato se debe realizar cumpliendo alguna solemnidad, como por ejemplo elevarlo a escritura pública en una notaría, o por el contrario es suficiente el acuerdo entre las partes sobre la cosa y el precio para que sea eficaz.

Menciona el artículo 1849 del Código Civil:



"Artículo 1849. Concepto de compraventa...

"La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. Aquélla se dice vender y ésta comprar. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio".

Así mismo, el artículo 905 del Código de Comercio expresa:

Artículo 905. Definición de compraventa

"La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a trasmitir la propiedad de una cosa y la otra a pagarla en dinero. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio.

Cuando el precio consista parte en dinero y parte en otra cosa, se entenderá permuta si la cosa vale más que el dinero, y venta en el caso contrario.

Para los efectos de este artículo se equipararán a dinero los títulos valores de contenido crediticio y los créditos comunes representativos de dinero".

De lo anterior se concluye, que la compraventa es un contrato mediante el cual las partes de manera recíproca, se obligan a cumplir unas determinadas prestaciones, lo que quiere decir que el vendedor está obligado a la entrega o tradición de la cosa vendida y a su saneamiento, mientras el comprador se obliga a pagar el precio del bien objeto del contrato.

A su vez, el artículo 1857 del Código Civil establece que:

"Artículo 1857. Perfeccionamiento del contrato de vent

La venta se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio, salvo las excepciones siguientes:

La venta de los bienes raíces y servidumbres y la de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública.

Los frutos y flores pendientes, los árboles cuya madera se vende, los materiales de un edificio que va a derribarse, los materiales que naturalmente adhieren al suelo, como piedras y sustancias minerales de toda clase, no están sujetos a esta excepción".

Así las cosas, y de lo anteriormente mencionado, se llega fácilmente a la conclusión que el contrato de compraventa si fue perfeccionado, pues la misma declaración del



demandado, señor OMAR NELSON BECERRA MENDOZA, respecto a que <u>el automotor de placas TZW 686 fue vendido cerca de siete meses antes de la ocurrencia de los hechos genitores del presente litigio, sin que a la fecha se</u>

hubiere realizado el traspaso en la oficina de tránsito correspondiente, permite ver a todas luces tal situación, razón por la que el hecho de no haberlo puesto a disposición en el Registro Nacional de Automotores, no implica que el negocio jurídico no se haya perfeccionado, sino que ese acto es el modo que conduce a la transmisión de la propiedad, el cual tiene naturaleza constitutiva y no declarativa.

Así mismo, reza el artículo 1107 del código de comercio:

"La transferencia por acto entre vivos del interés asegurado o de la cosa a que esté vinculado el seguro, producirá automáticamente la extinción del contrato, a menos que subsista un interés asegurable en cabeza del asegurado. En este caso, subsistirá el contrato en la medida necesaria para proteger tal interés, siempre que el asegurado informe de esta circunstancia al asegurador dentro de los diez días siguientes a la fecha de la transferencia...

La extinción creará a cargo del asegurador la obligación de devolver la prima no devengada.

El consentimiento expreso del asegurador, genérica o específicamente otorgado, dejará sin efectos la extinción del contrato a que se refiere el inciso primero de este artículo".

Lo anterior, quiere decir sin mayor asomo de duda que al realizar la venta del vehículo automotor de placas TZW 686, negocio jurídico que fuera perfeccionado con la entrega material del bien, tal y como se desprende del mismo dicho del codemandado señor **OMAR NELSON BECERRA MENDOZA** en el interrogatorio de parte practicado a este el 4 de octubre de 2022 en audiencia de que trata el artículo 372 del CGP, produjo la extinción inmediata del contrato de seguro, razón por la que a mi representada **HDI SEGUROS S.A.,** no le asiste ninguna obligación de tipo indemnizatorio como garante, pues por su propia voluntad el propietario del automotor asegurado realizó un acuerdo con terceros que dan al traste con la pérdida del interés asegurable y en consecuencia, la extinción del contrato de seguro.

Esta inexistencia de intereses asegurable se conoció dentro del debate probatorio, y se puso en conocimiento de la A-quo al momento de exponer los alegatos de conclusión, no obstante, en la sentencia recurrida no se hizo mención alguna frente a este tema por parte de la juez de primer grado.

Por las razones antes expuestas, comedidamente, solicito al Honorable Tribunal que se **REVOQUE** en su totalidad la providencia de primera instancia proferida el día 18 de octubre de 2022, por la **JUEZ DIECIOCHO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**



D.C., y en consecuencia, se **DECLAREN** como probadas la totalidad de las excepciones presentadas por **HDI SEGUROS S.A** dentro del escrito de contestación.

Adicionalmente, solicito que y se condene en costas y agencias en derecho a la parte actora.

De los Honorables Magistrados, atentamente.

MARIA CRISTINA ALONSO GOMEZ

Hair Briston & Poper 9

C. C. No. 41.769.845de Bogotá T. P. No. 45.020 del C. S. de la J. Señores.

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA (SALA CIVIL).

Mag. Iván Darío Zuluaga Cardona.

E. S. D.

REFERENCIA: DECLARATIVO No. 2021-00240.

DEMANDANTE: MARIA ERENID PARRA LOPEZ y OTROS.

DEMANDADO: COMPAÑÍA SEGUROS HDI y OTRO.

ASUNTO: SUSTENTACION RECURSO DE APELACION

LUIS CARLOS PERALTA PINILLA, en mi calidad de apoderado judicial de la parte demandada, muy respetuosamente me dirijo a su Señoría y por medio del presente escrito, procedo a SUSTENTACION RECURSO DE APELACION., contra la Sentencia de fecha Dos (18) de Octubre de 2.022, de conformidad a lo establecido en el Artículo 322 Numeral 3 del C. G. P., en los siguientes términos, así:

PRIMERO: Si bien es cierto su Señoría por medio de diligencia de fallo judicial de fecha (18) de Octubre de 2.018, accedió a las pretensiones de la demanda, no es menos cierto que la sentencia proferida por su despacho únicamente, se procedió a valorar el nexo causal y fijar los perjuicios causados en el accidente de tránsito y sin adentrarse en el tema en concreto cual es, la excepción propuesta de culpa exclusiva de la víctima, en razón de las hipótesis planteadas en el informe policial como son CRUZAR SIN OBSERVAR, NO MIRAR A LADO Y LADO DE LA VIA PARA ATRAVERSARLA y la más importante NO UTILIZAR EL PASO PEATONAL (CEBRA), hipótesis estas que tiene sustento, ya que el informe policial es una prueba idónea en los presentes casos de accidente de tránsito.

SEGUNDO: Ahora en relación SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL: Según el artículo 2341 del C.C., la responsabilidad civil extracontractual en principio descansa en que se tengan por satisfechos los siguientes presupuestos: dolo o culpa del llamado a responder; daño o perjuicio sufrido por la víctima; y, relación de causalidad entre aquéllos y éste. Así, para la prosperidad de las pretensiones, además de dichos supuestos ha de determinarse que no existe eximente de responsabilidad. De otro lado, el artículo 2356 del C. C. consagra la responsabilidad por actividades peligrosas, tema del que la Corte Suprema de Justicia ha dicho: "Es bien sabido que nuestra jurisprudencia explicó desde la primera mitad del siglo anterior que el artículo 2356 del Código Civil consagra una presunción de culpa, de suerte que para la prosperidad de la pretensión indemnizatoria sólo se requiere que esté probado en el proceso el daño y el nexo causal entre éste y la conducta del agente. ... "... que tal presunción se desvirtúa con la demostración de una causa extraña a la conducta del agente, por lo que es intrascendente la prueba de la prudencia socialmente esperable. ... "Es pacífica la posición doctrinal que asume que el artículo 2356 obliga a quien realiza una actividad peligrosa a indemnizar el daño que ocasiona a terceros en razón del despliegue de esa conducta. A tal respecto, esta Corte ha declarado en varias sentencias que cuando el daño proviene de 'actividades caracterizadas por su

peligrosidad', de que es ejemplo el uso y manejo de un automóvil, el disparo de un arma de fuego o el empleo de una locomotora de vapor o de un motor, el hecho dañoso lleva en sí una presunción de culpa que releva a la víctima de la necesidad de tener que probar la del autor del daño." (Sala Civil. Sentencia SC002-2018 del 12 de enero de 2018) De lo anterior queda claro que la mera conducción de vehículos automotores constituye una actividad peligrosa, en consecuencia, en cabeza de quien la ejerce existe presunción de responsabilidad en relación a cualquier daño que pueda ocasionar, donde para enervarla debe demostrar que el daño no proviene en sí mismo del ejercicio de la actividad "peligrosa", sino, que depende de elemento o elementos extraños, y que son la verdadera génesis del resultado, tales como: fuerza mayor; caso fortuito; intervención exclusiva de la víctima o de un tercero. Solo tales elementos rompen el nexo causal, e invalidan dicha presunción. La culpa o hecho exclusivo de la víctima debe ser absolutamente determinante, y se caracteriza por ser irresistible, imprevisible y exterior para liberar de absolutamente de responsabilidad al causante del daño, por lo que en la providencia citada anteriormente, se señaló: "Por el contrario, si la víctima intervino (con o sin culpa) en la creación del riesgo que ocasionó el daño que sufrió, entonces será considerada autora, partícipe o responsable exclusiva de su realización, casos en los cuales no habrá lugar a imputarle la responsabilidad a nadie más que a ella, por ser agente productora de su autolesión o destrucción, bien sea de manera exclusiva ora con la colaboración de alguien más... "Ahora bien, cuando la víctima no tuvo la posibilidad de crear o evitar producir el perjuicio que padeció, pues su realización estuvo por fuera de su capacidad de elección o decisión, pero sí pudo haber evitado exponerse al daño imprudentemente, el juicio de atribución se desplaza de la órbita de los riesgos creados por el agente a la órbita del propio riesgo que creó la víctima al quebrantar sus deberes de autocuidado. El juicio anterior de autoría o participación se ubicaba en la perspectiva del riesgo creado por el agente, que era visto como un peligro para la víctima; pero ahora, desde la perspectiva de los deberes de conducta de la víctima, se evalúa su propio riesgo de exponerse al daño creado por otra persona, y en este ámbito habrá de valorarse su incidencia en el desencadenamiento del resultado adverso. "Con otras palabras: la víctima es autora o partícipe exclusiva del riesgo que ocasionó el daño cuando tuvo la posibilidad de crearlo o de evitar su producción y, por lo tanto, es totalmente responsable de su propia desgracia. Por el contrario, cuando la víctima no intervino en la creación del peligro que sufrió porque no estuvo dentro de sus posibilidades de decisión, elección, control o realización, entonces no puede considerarse autora o partícipe del daño cuyo riesgo creó otra persona; y en tal caso sólo habrá de analizarse si se expuso a él con imprudencia, es decir si creó su propio riesgo mediante la infracción de un deber de conducta distinto al del agente, pues en este caso los patrones de comportamiento que hay que analizar son los que le imponen tener el cuidado de no exponerse al daño. De otro modo no tendría ningún sentido ni utilidad la distinción estructural entre la figura de la coparticipación solidaria (artículo 2344 del Código Civil) y la reducción de la indemnización por la exposición imprudente de la víctima al daño (artículo 2357 ejusdem)." En el asunto en estudio conforme el informe policial de accidentes de tránsito No. A 000685359, Tal bosquejo inicial del accidente resulta determinante para establecer la ocurrencia de los hechos, además de estar constituido como documento público proveniente de las autoridades competentes, por lo que no puede ser echado de menos en este juicio. Lo anterior no es de poca monta, ya el análisis efectuado, permite establecer que la víctima -peatón-, ingresó a la vía vehicular sin que estuviera habilitado o demarcado el paso peatonal, tampoco que mediara señal de pare o de disminución de velocidad frente a los vehículos, ni semáforo; cuestión que nos coloca frente a lo normado por los artículos 55, 57 y 58

inciso 1º, ellos del C. N. de Tránsito, ley 769 de 2002, normas que en su orden rezan: "Artículo 55. Comportamiento del conductor, pasajero o peatón. Toda persona que tome parte en el tránsito como conductor, pasajero o peatón, debe comportarse en forma que no obstaculice, perjudique o ponga en riesgo a las demás y debe conocer y cumplir las normas y señales de tránsito que le sean aplicables, así como obedecer las indicaciones que les den las autoridades de tránsito.

TERCERO: Como lo enuncia el ARTÍCULO 57. CIRCULACIÓN PEATONAL. El tránsito de peatones por las vías públicas se hará por fuera de las zonas destinadas al tránsito de vehículos. Cuando un peatón requiera cruzar una vía vehicular, lo hará respetando las señales de tránsito y cerciorándose de que no existe peligro para hacerlo. Y, "ARTÍCULO 58. PROHIBICIONES A LOS PEATONES. Los peatones no podrán: "Invadir la zona destinada al tránsito de vehículos...". De tal manera, las normas exigen que el peatón respete las señales de tránsito, y se le prohíbe invadir la zona destinada al tránsito de vehículos, infracciones en las que se vio incursa la víctima cuando ingresó a la vía vehicular sin que mediaran las seguridades requeridas, y a las que precisamente hacen alusión las normas atrás citadas. Para la Sala el actuar del peatón para nada es prudente y rayó los límites de la temeridad, pues se trata de una vía nacional, lo que implica que sea rápida, donde a la velocidad permitida el cálculo para el cruce ante una alta afluencia vehicular, tiene altas probabilidades de fallar. Como se demostrado no hubo exceso de velocidad por parte del conductor del rodante considerando que el límite legal establecido para esa vía en ese momento era de 60 km/h, Por su parte el estudio allegado por la accionada, establece como secuencia del accidente, que; "El peatón inicia el cruce de la calzada, el conductor del rodante percibe un riesgo e inicia maniobras de emergencia tales como el frenado,

CUARTO: Así las cosas, se deberá confirmar como causal fundamental del accidente, el cruce de calzada realizado por el peatón sin extremar las medidas de prevención, predicándose del vehículo que no existe evidencia de una maniobra riesgosa o peligrosa, y que por el contrario se evidencia la operación evasiva intentando evitar el atropello. De todo lo expuesto se puede concluir que la actuación del peatón EDUARDO HERNANDEZ MANSO, no fue prudente, siendo él quien creó el riesgo que en últimas ocasionó el daño por el que se reclama, ello al intentar cruzar una vía nacional, rápida, sin paso peatonal, y sin las precauciones que las circunstancias de peligrosidad del lugar le exigían; creando para el conductor del vehículo una situación irresistible e imprevisible, al lanzarse a la vía de forma intempestiva, lo que impidió una reacción más rápida de este último para evitar el impacto. Se concluye entonces que la conducta de EDUARDO HERNANDEZ MANSO, rayó la temeridad, pues el cálculo para el cruce de una vía vehicular, tiene altas probabilidades de fallar cuando se realiza en una vía rural, nacional, de alto flujo vehicular, incluso de carga pesada y por espacios no destinados al paso peatonal, lo que se convierten en alto riesgo, por lo que es acertada la estimación de la excepción denominada "CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA", CUAL DESDIBUJA EL NEXO DE CAUSALIDAD, lo que hace que la decisión del a quo debe ser revocada.

PETICION.

Solicito al Señor Magistrado Ponente, se sirva REVOCAR, sentencia judicial proferida por el Juzgado (18) Civil del Circuito de Bogotá, de fecha 18 de Octubre de 2022, exoneradno de cualquier responsabilidad civil al Señor OMAR NELSON BECERRA MENDOZA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Invoco como fundamento de derecho lo consagrado en el Artículo 322 numeral 03 del código general del proceso.

Del Señor Magistrado,

Atentamente.

LUIS CARLOS PERALTA PINILLA.

C. C. No. 79.048.912 de Bogotá.

T. P. No. 110.533 del C. S. de la Judicatura.

Email; luiscarlosperaltaabogado@gmail.com Celular; 320-802-0680. Fijo; 263-8242.