

**MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA LOZANO RICO RV: RECURSO APELACIÓN RADICADO
No.11001310301520170033501**

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota <secscribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>
Vie 07/07/2023 14:52

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

📎 1 archivos adjuntos (2 MB)

11001310301520170033501_RECURSO DE REPOSICIÓN CONTRA AUTO TRIBUNAL.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA LOZANO RICO

Cordial Saludo,

CAMILO ANDRÉS BAQUERO AGUILAR
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: secscribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

De: Mauricio Roa <notificaciones.mauricioroa@gmail.com>

Enviado: viernes, 7 de julio de 2023 14:47

Para: Secretaria Sala Civil Tribunal Superior -Seccional Bogota <secscribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota <secscribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: RECURSO APELACIÓN RADICADO No.11001310301520170033501

Cordial saludo,

Me permito enviar adjunto memorial para ser radicado al siguiente proceso:

M.P. AIDA VICTORIA LOZANO RICO
ASUNTO: RECURSO APELACIÓN
REFERENCIA: EJECUTIVO SINGULAR
RADICADO No.11001310301520170033501
DEMANDANTE: SESPA UNIVERSAL S.A. E.S.P.
DEMANDADO: AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.

Solicito respetuosamente se confirme la recepción del presente mensaje de datos y sus adjuntos.

Agradeciendo su atención,

Atentamente,



Mauricio Roa Pinzón

Especialista en Derecho Procesal y Contractual Universidad
del Rosario

Abogado | ROA PINZON & ABOGADOS ASOCIADOS

📞 566 7873 | 3222700526

✉ notificaciones.mauricioroa@gmail.com

🌐 www.roapinzonabogados.com/

📍 Calle 12B # 8-23 OFC 314

Magistrada Ponente
AIDA VICTORIA LOZANO RICO
Tribunal Superior De Bogotá Sala Civil
E. S. D.

REF: RECURSO DE REPOSICIÓN
EXPEDIENTE: 11001310301520170033501
DTE: SESPA UNIVERSAL S.A E.S.P.
DDO: AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P

Respetada Magistrada.

MAURICIO ROA PINZÓN, mayor de edad, identificado civil y profesionalmente como aparece al pie de mi correspondiente firma, actuando como apoderado de la parte demandada, en atención a providencia notificada en el estado del 4 de julio de 2023, con el respeto acostumbrado por medio del presente escrito me permito interponer contra ella, **RECURSO DE REPOSICIÓN** contra el auto del 30 de junio de 2023, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 318 y 319 del Código General del Proceso.

I. OPORTUNIDAD DEL RECURSO

En virtud de las normas citadas, se interpone el presente recurso contra el auto que declaró desierto el recurso de apelación, dado que este es procedente de interponerse contra los autos que dicte el magistrado sustanciador que no sean susceptibles de súplica, como es el aquí señalado. Adicionalmente, se encuentra dentro del término oportuno para su interposición dado que se ha efectuado dentro de los 3 días siguientes a la notificación del auto que fue notificado el 4 de julio de 2023.

II. SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE REPOSICIÓN

Esta apoderado evidencia que se ha incurrido en un exceso de ritual manifiesto que acarrea una vulneración del debido proceso de esta parte, toda vez, que si bien la norma que ha sustentado la decisión de la Magistrada es el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, norma que actualmente fue reiterada por el artículo 12 de la ley 2213 de 2022, la cual señala el término para sustentar el recurso de apelación ante el superior, se ha omitido que dentro del expediente y en específico en el recurso de apelación interpuesto ante el Juez de Primera instancia, este apoderado, además de presentar y señalar los reparos concretos sobre la sentencia recurrida. Adicionalmente, en el mismo escrito se sustentó con un amplió desarrollo los argumentos que dieron paso a la inconformidad con la providencia.

Como puede evidenciarse en los documentos que conformar el recurso de apelación interpuesto, se puede constatar la sustentación del mismo, dado que esta implicó la explicación de razones de hecho y de derecho, claras, precisas y ampliamente desarrolladas que recaen en concreto sobre los puntos de inconformidad de la providencia, la cual fue relacionada con las temáticas abordadas por el Juez sobre la prescripción extintiva del derecho y la inaplicación de la interrupción de la misma en el caso concreto por la inacción del demandante en reclamar los derechos objeto de proceso y adicionalmente, sobre el punto segundo señalado en la sustentación del recurso de apelación, mediante el cual se explicó de forma amplia, la omisión de los descuentos y deducciones que no fueron tenidas en cuenta para determinar el valor total adeudado por mi defendida y por la cual existía una discrepancia con el monto total que se pretende ejecutar.

En ese orden de ideas, este apoderado explicó de forma suficiente en qué consistía estos reparos aplicando todos los elementos fácticos que fueron objeto de litigio, al igual que los medios probatorios que fueron decretados en el transcurso del proceso, evidenciando que el escrito demuestra las razones de inconformidad y todos los demás elementos que conformar la sustentación del recurso de apelación y sobre la cual no habría modificación o ampliación alguna al reiterarlo ante el Superior.

Por tales razones, no se puede concluir que esta parte guardó silencio por no ratificar la sustentación que fue expuesta con anterioridad, puesto que tal sustentación si obra dentro del recurso interpuesto y además de lo anterior, el escrito presentado también fue remitido electrónicamente al correo electrónico del apoderado de la contraparte para su conocimiento, por lo que contaba con la información suficiente para que pudiese efectuar su el traslado al recurso si así lo consideraba dentro del término que le fuese otorgado para ello.

Por todo lo anteriormente mencionado, solicito a la Magistrada revocar la decisión proferida en auto del 30 de junio de 2023, notificado en el estado del 4 de julio de 2023 y en su lugar proceder el estudio del recurso de apelación para la expedición de la correspondiente sentencia.

Sin otro en particular, me suscribo de Usted, agradeciendo su atención.

Atentamente,



MAURICIO ROA PINZÓN

C.C. No. 79.513.792 de Bogotá

T.P. No. 178.838 del C. S. de la J.



Mauricio Roa <notificaciones.mauricioroa@gmail.com>

11001310301520170033500- RECURSO APELACIÓN

Mauricio Roa <notificaciones.mauricioroa@gmail.com>
Para: "Juzgado 15 Civil Circuito - Bogota - Bogota D.C." <ccto15bt@ceudoj.ramajudicial.gov.co>
Cc: sespasantandersaesp@yahoo.es, andresr-156@hotmail.com
Cco: Roa Pinzon Abogados <roapinzon.abogados@gmail.com>, roa.yulian@gmail.com

23 de marzo de 2022, 15:11

Cordial saludo,

Me permito enviar adjunto memorial para ser radicado al siguiente proceso:

ASUNTO: RECURSO APELACIÓN
REFERENCIA: EJECUTIVO SINGULAR
RADICADO No.11001310301520170033500
DEMANDANTE: SESPA UNIVERSAL S.A. E.S.P.
DEMANDADO: AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.

Solicito respetuosamente se confirme la recepción del presente mensaje de datos y sus adjuntos.

Agradeciendo su atención,

Atentamente,

--

**Mauricio Roa Pinzón**

Especialista en Derecho Procesal y Contractual Universidad
del Rosario
Abogado | ROA PINZON & ABOGADOS ASOCIADOS

566 7873 | 3222700526
notificaciones.mauricioroa@
gmail.com
www.roapinzonabogados.com/
Calle 12B # 8-23 OFC 314

**11001310301520170033500-RECURSO APELACIÓN SENTENCIA 1 INSTANCIA.pdf**
566K

Señor
JUEZ QUINCE (15) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C
E. S. D.

Referencia: RECURSO DE APELACIÓN

Radicado No. 110013103 015 2017 00335 00
Demandante: SESPA UNIVERSAL S.A. E.S.P.
Demandado: AGUAS DE BOGOTÁ S.A. ESP

Respetado señor Juez,

MAURICIO ROA PINZÓN, mayor de edad, identificado civil y profesionalmente como aparece al pie de mi correspondiente firma, actuando como apoderado de la parte demandada, en atención a providencia de fecha del dieciséis (16) de marzo del 2022, con el respeto acostumbrado por medio del presente escrito me permito interponer contra ella, **RECURSO DE APELACIÓN** en los siguientes términos:

1. En la sentencia objeto de inconformidad al momento de desarrollar e interpretar por parte del señor Juez, la excepción previa de prescripción presentadas por la parte demandada en el correspondiente título de excepciones de la contestación de la demanda, reconoció lo siguiente:

(...)”**De la interrupción de la prescripción:** Tal fenómeno, en razón de su naturaleza, admite interrupción, ya natural ora civil, modulada la primera por el hecho de reconocer el deudor la obligación expresa o tácitamente, y la segunda, por la presentación de la demanda judicial, “*siempre que el (...) mandamiento ejecutivo (...) se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación al demandante de tales providencias, por estado o personalmente*” (art. 94 del CGP), lo que no ocurrió en el *sub judice*, puesto que la demanda fue presentada el 9 de junio de 2017 y el auto de apremio se puso en conocimiento de la acreedora el 23 de octubre de 2017, mientras que la enjuiciada fue intimidada de éste el 18 de diciembre de 2019, es decir, **no se notificó dentro del año exigido en la norma.**

Indica lo anterior, que con la presentación de la demanda dicha figura **no se interrumpió civilmente**, toda vez que la prescripción para el contrato de transacción es de cinco (5) años a partir de la fecha de vencimiento.” (...)

Esta situación nos deja con suficiente claridad meridiana que el despacho reconoce que existió una prescripción extintiva, lo cual, no es otra cosa, que un modo de extinción de los derechos y las acciones por la inacción del titular de los mismos durante el transcurso no interrumpido del tiempo determinado por la ley; esta prescripción esta debidamente fundada y sustentada en la excepción de fondo por cuanto en ella se prueba el abandono o negligencia que la inacción del supuesto titular del derecho en el proceso de la referencia dejó de realizar por el transcurrir del tiempo, sin haber notificado la

correspondiente demanda dentro del año siguiente al momento de la fecha del mandamiento ejecutivo. Por lo tanto, no se interrumpió civilmente la correspondiente prescripción.

Ahora bien, el despacho a consideración de este extremo procesal presenta a modo de negar la correspondiente figura de prescripción, un supuesto hecho de interrupción natural de la misma, argumentando para tal efecto, que al contestar por parte de la Secretaria General de Aguas de Bogotá S.A. E.S.P., un derecho de petición realizado por SESPA UNIVERSAL S.A. E.S.P., el cual tenía como fin solicitar e insistir, la entrega de una copia autenticada del contrato de transacción objeto de reclamación ejecutiva en este proceso, como si el mismo, fuese un reconocimiento tácito o expreso de la obligación.

Dentro de su razonamiento e interpretación, el despacho desconoce en primera medida, que quien contesta y firma la correspondiente respuesta al derecho de petición es la Secretaria General de Aguas de Bogotá S.A. E.S.P., dependencia en la cual reposa o debe reposar, la documentación correspondiente de todos y cada uno de los actos escritos dentro de la empresa; lo que no implica que dentro de las funciones de dicha Secretaria se encuentren, la capacidad de obligarse o reconocer derecho alguno, que comprometa esta persona jurídica; ya que para ello existe la figura del Gerente de la misma, que es aquel a quien le corresponde dicha circunstancia, como se denota del mismo documento de transacción aportado en la demanda, que quien lo suscribe es dicho Funcionario. Es decir, funcionalmente quien contestó el correspondiente derecho de petición de la entidad pública no podía, ni lo hizo de manera expresa o tácita, reconocerle derechos al demandante, por cuanto, esta no estaba facultada para hacerlo, ni tenía funciones sobre dicho aspecto.

Además de lo antes expresado, el Juez de Conocimiento hace una interpretación sobre el contenido de dicha respuesta al derecho de petición, dándole un valor y efecto de reconocimiento de la obligación, que no tiene, puesto que la intención de dicha solicitud por parte del accionante era que se le entregara ese documento autenticado, pero por ninguna parte, solicita el reconocimiento y pago de la obligación.

Es así, que la respuesta dada en el derecho de petición siempre estuvo encaminada de manera clara y expresa a entregar un documento que se encontraba en los archivos correspondientes de la empresa desde el año 2013 y en ninguna parte, dicha respuesta se puede si quiera inferir, reconocimiento alguno, que el señor Juez quiere darle en la sentencia, razón por la cual, esta diáfana la excepción de prescripción y por tanto, debe ser reconocida en los términos expresados en la contestación misma de la demanda, así como, en el reconocimiento dado por el Juez en un primer momento en dicha sentencia.

2. Desconoce la providencia de primera instancia surtida por el Juez, el pago correspondiente de la obligación, ya que, como se demuestra en los documentos aportados en la contestación de la demanda, así como, en la misma excepción de fondo en su primer punto, en consonancia con el numeral noveno (9) del contrato de transacción en el cual se reconoce la necesidad de hacer los descuentos correspondientes de gasolina a la suma de los Cientos Setenta y Cinco Millones Quinientos Cuarenta Dos Mil Ciento Veintisiete Pesos Moneda Corriente (\$175.542.127.00), suma de la (gasolina) que ascendía a Ciento Once Millones Ciento Treinta y Ocho Mil Seiscientos Veinte

Pesos Moneda Corriente (\$111.138.620.00), la cual debía, obviamente, restarse de la suma transada por disposición de dicho numeral.

Así como, los numerales dos (2) y tres (3) de la contestación de esta demanda presentados en el acápite de pago de la obligación, los cuales, en consonancia con los documentos presentados, así como, del análisis de los testimonios surtidos que reconocen que en dichos contratos se debía pagar el suministro de dicho combustible.

Así las cosas, el Juez despacho dirimió desfavorablemente estas excepciones que van dirigidas a dar por terminado en correspondiente proceso en favor de la parte demandada sin hacer un análisis de todas y cada una de las pruebas aportadas por la parte demandada en donde se debiera realizar un justí precio jurídico a cada una de ellas para aceptarlas y encontrar su eficacia o por el contrario por medio de racionamiento lógico jurídico determinar las razones de su inoperancia, situación que no se ha dado aquí.

Por lo antes expuesto, señores Honorables Magistrados, es que, desde el punto de vista de la parte pasiva, esta debidamente justificada las razones de hecho y de derecho para el reconocimiento y favorabilidad de mi defendida de las excepciones aquí sustentadas y sobre las cuales el fallador omitió reconocerlas. Por tal razón, solicito a Ustedes reintegren el derecho desconocido en la sentencia del 16 de marzo del año 2022 y notificada por estado del 17 de la misma anualidad.

Sin otro en particular, me suscribo de Usted, agradeciendo su atención.

Atentamente,



MAURICIO ROA PINZÓN

C.C. No. 79.513.792 de Bogotá

T.P. No. 178.838 del C. S. de la J.

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR YAYA PEÑA RV: SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN PROCESO 2018-00276-01

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mar 22/08/2023 12:34

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

 1 archivos adjuntos (1 MB)

20230815 SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN_.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR YAYA PEÑA

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: AGM - Denisse Posada <dposada@agmabogados.co>

Enviado: viernes, 18 de agosto de 2023 15:12

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>; j.jmartinez@hotmail.com <j.jmartinez@hotmail.com>;

johanabuitrago.proffense@gmail.com <johanabuitrago.proffense@gmail.com>; proffense sas

<contacto@proffense.com>

Cc: Diego Gómez <dgomez@agmabogados.co>; AGM - Luis Abril <ljabril@agmabogados.co>

Asunto: SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN PROCESO 2018-00276-01

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ - SALA CIVIL

MP. Oscar Fernando Yaya Peña

Cordial saludo,

Por solicitud del apoderado de la parte demandante, me permito presentar sustentación del recurso de apelación dentro del **Proceso Declarativo No. 11001 31 03 028 2018 00 276 01 de VENTAS INSTITUCIONALES y JOSÉ GREGORIO HOYOS CRUZ en contra de JOHAN JAVIER MARTÍNEZ AGUILERA.**

Por otra parte, de acuerdo con el artículo 78 del Código General del Proceso y al artículo 3° de la Ley 2213 de 2022 también se envía este memorial a la parte demandada.

Para efectos de notificación, se podrán remitir a la dirección electrónica contenida en el presente correo.

Por favor acusar recibido.

Respetuosamente,



DENISSE POSADA MATEUS

Abogada

dposada@agmabogados.co

www.agmabogados.co

PBX: (601) 3464002 / 3176568093

Carrera 19a No. 90 - 13 Of. 401

Bogotá D. C. - Colombia



El contenido de este correo electrónico junto a sus adjuntos, es confidencial y de uso exclusivo de la persona a quien se dirige, pues contiene información personal que se encuentra Constitucional y legalmente protegida. Si usted no es el destinatario solicitamos que notifique al emisor de la situación presentada y prosiga eliminando este mensaje de datos. Se advierte que debe limitarse de manera estricta la divulgación, difusión, distribución, copia o cualquier acto relacionado con la información aquí contenida, so pena de emprender las acciones legales pertinentes.

The content of this email with its attachments, is confidential and for the exclusive use of the person being addressed, as it contains personal information that is Constitutional and legally protected. If you are not the recipient, you are kindly requested to notify the sender of the situation presented and to continue deleting this data message. It should be strictly limited to the disclosure, dissemination, distribution, copying or any act related to the information contained herein, under penalty of taking appropriate legal action

Señores,

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

M.P. Oscar Fernando Yaya Peña.

E. S. D.

Referencia: Recurso de Apelación formulado dentro del proceso No. 11001 31 03 028 2018 00 276 01 de VENTAS INSTITUCIONALES S.A.S. y JOSÉ GREGORIO HOYOS CRUZ en contra de JOHAN JAVIER MARTÍNEZ AGUILERA.

Asunto: Sustentación del recurso de apelación formulado en contra de la sentencia de primera instancia.

Diego Fernando Gómez Giraldo, identificado como aparece al pie de mi firma, actuando en mi calidad de representante legal de la firma Abril Gómez Mejía Abogados S.A.S., sociedad apoderada de la parte demandante, tal y como consta en el poder que obra en el expediente, me dirijo respetuosamente a su despacho con el fin de sustentar el recurso de apelación formulado en contra la sentencia del 14 de abril de 2023, proferida por el Juzgado 28 Civil del Circuito de Bogotá D.C., a partir de los reparos concretos formulados ante el Juez de primera instancia, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

I. PROVIDENCIA OBJETO DE RECURSO

Mediante providencia del 14 de abril de 2023 el ad quo procedió a dictar sentencia en el proceso de referencia en donde, preliminarmente, evacuó la excepción denominada "*falta de legitimación en la causa por pasiva*" alegada por el señor Johan Javier Martinez Aguilera, la cual se fundaba en la afirmación que su actuación en la promesa de compraventa de la bodega celebrado con José Gregorio Hoyos y Ventas Institucionales había sido en nombre y representación del señor Néstor Belisario Núñez Peña. En ese contexto, consideró el señor juez que este último no tuvo ninguna incidencia o participación en el contrato de promesa de compraventa objeto de debate, por lo cual, lo único que pudo verificarse fue la configuración de un mandato oculto o sin representación, de suerte que, el señor Martinez Aguilera se obligó en nombre propio y, en consecuencia, el mandante no quedó obligado frente a terceros.

Con fundamento en lo anterior, el despacho descartó la necesidad de haber vinculado al señor Nestor Belisario Nuñez Peña al presente proceso ya que cualquier acuerdo celebrado entre este y el demandado Johan Martínez no podía ser oponible a la parte

demandante.¹Adicionalmente, al analizar los elementos del contrato de promesa de compraventa, concluyó que el contrato celebrado entre las partes, junto con los tres otrosíes celebrados, reúne los requisitos establecidos en la ley civil y comercial para tener un contrato válidamente celebrado entre las partes.

Ahora bien, frente a las pretensiones de la demanda con relación a la declaración de la resolución del contrato de promesa de compraventa, concluyó que no se cumplían los requisitos necesarios para tal efecto, específicamente porque no se probó el cumplimiento del promitente vendedor, aquí demandante, pues si bien hizo entrega de la tenencia anticipada del inmueble objeto de promesa, no cumplió con su obligación de acudir en la fecha estipulada tanto en el contrato de promesa de compraventa como en sus otrosíes para materializar la tradición del dominio.

Al analizar la conducta del demandado, consideró que aquel si cumplió con su obligación de pagar el precio pactado, dado que así se plasmó en los otrosíes y, en todo caso, así quedó demostrado en los interrogatorios de parte. Por su parte, manifestó que la devolución de la suma de COP\$500.000.000 del promitente vendedor al promitente comprador no tiene la suficiencia para modificar el precio convenido y, en tal contexto, el ad quo concluyó que dicha suma corresponde a un asunto independiente del contrato de promesa de compraventa, en particular por estar respaldada por unos títulos valores.

Así las cosas, el juez de primera instancia consideró que el demandante no estaba legitimado para incoar la resolución del contrato de promesa de compraventa y, en consecuencia, negó las pretensiones y se abstuvo de resolver sobre las prestaciones mutuas.

No compartimos las conclusiones a las que arribó el despacho, ya que las mismas se derivan de una equivocada lectura e interpretación de la prueba documental arrojada al proceso, particularmente de la promesa de venta², así como de la institución de la autonomía de los títulos valores. Esta decisión además atenta contra la seguridad jurídica, pues lo cierto es que dejó en el limbo un contrato de promesa de compraventa válidamente celebrado entre dos partes.

A continuación, presentamos los argumentos de la sustentación.

¹ Si bien este extremo procesal está de acuerdo con la conclusión jurídica a la que arribó al despacho en este particular, más adelante se hará un comentario puntual sobre lo que pareció ser el reconocimiento de un mandato oculto entre los mencionados Nestor Belisario Nuñez Peña y Johan Javier Martínez Aguilera, ya que no estamos de acuerdo en denominar mandato oculto a lo que es una estratagema, un tinglado, una fachada, con la que el demandado y sus cómplices han pretendido evadir el cumplimiento de la ley, evadir el cumplimiento de un contrato válidamente celebrado entre las partes, con el fin de conservar la tenencia de un bien inmueble cuyo canon de arrendamiento supera los veinticinco millones de pesos mensuales (COP\$25.000.000).

² Es importante resaltar que la promesa de venta firmada el 08 de febrero de 2011, debe leerse de manera integrada con los diferentes otrosíes suscritos entre las partes el 18 de junio de 2012, 16 de agosto de 2012 y 5 de mayo de 2015. Esos tres documentos junto con la promesa constituyen un solo contrato, que no puede leerse de manera aislada.

II. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR – EL FALLO NO ABORDÓ EL ANÁLISIS DE LA MALA FE DEL DEMANDADO Y EL TERCERO VINCULADO AL PROCESO

Antes de abordar cada uno de los argumentos en que se fundamenta el presente recurso, es importante llamar la atención de los señores magistrados sobre la comprobada mala fe tanto del señor demandado Johan Javier Martínez Aguilera, como del tercero vinculado innecesariamente, señor Nestor Belisario Núñez Peña. Esa mala fe se comprueba al analizar la conducta negocial y procesal de estos personajes: recuerden que el argumento del demandado para defenderse en este proceso fue que en realidad él no había celebrado el negocio objeto de debate para él, sino en beneficio de un tercero que mantuvo oculto desde el año 2011 y que solo reveló de manera sorpresiva al contestar la demanda en el año 2019, ocho años después.

En su decir, el señor Nuñez Peña le entregó a Johan Javier Martínez mil doscientos millones de pesos (COP\$1.200.000.000), sin que fueran respaldados en ningún documento escrito, para que comprara una bodega de un propietario que no conocía, a quien no se le presentó formalmente, y de un inmueble que tenía para ese momento registrada una hipoteca.

Cómo puede ser posible señores magistrados, o creíble, que un par de comerciantes con experiencia, unos supuestos buenos hombres de negocios, perfeccionen un acuerdo para comprar un bien inmueble sin que se informe de ninguna manera al propietario y vendedor del inmueble sobre dicha intención, sin que se remita una sola carta pidiendo el cumplimiento del contrato durante ocho años, y sin que se deje una trazabilidad documental o bancaria de la supuesta entrega de los mil doscientos millones de pesos. Más exótico aún, por decir lo menos, es que ese supuesto negocio oculto no fuera revelado por Johan Martínez ni en el 2011, ni en el 2012 ni en el 2015, cuando se firmaron los otrosíes a la promesa, y que tal situación no hubiere sido valorada por el Juez de primera instancia como un claro acto de mala fe en contra de los intereses de la parte demandante.

Pero además, bajo las reglas de la sana crítica, de la lógica negocial, del comportamiento normal de los comerciantes, esas afirmaciones plasmadas en la contestación de la demanda configuran una baja estrategia procesal con la que el señor Johan Martínez, el señor Nestor Belisario, y sus demás cómplices, pretenden, y hasta la fecha han conseguido, conservar la tenencia material de un bien inmueble que no es de su propiedad, inmueble al que no le pagan impuestos prediales, no le hacen ninguna clase de reparación sustancial, un inmueble frente al cual no tienen ningún derecho, pero a la fecha y desde el año 2011 continúan usufructuándolo de manera irregular, con un directo detrimento patrimonial de la parte demandante.

Tengan en cuenta que la bodega objeto de litigio actualmente produciría un canon mensual aproximado de COP\$25.000.000, lo que evidentemente motivó al demandado a establecer una estrategia de defensa de esa calaña.

III. ARGUMENTOS DEL RECURSO

Expuestos los argumentos del ad quo en la sentencia del 14 de abril de 2023, respetuosamente, me permito solicitar al Tribunal que revoque la providencia apelada, pues en la misma se incurrió en varios errores, particularmente la indebida apreciación de las pruebas practicadas y la cuestionable interpretación del negocio objeto del litigio por parte del juez de primera instancia, pues de entrada se pone de manifiesto que el señor José Gregorio Hoyos Cruz en nombre propio y en calidad de representante legal de la sociedad Ventas Institucionales S.A.S. sí se encuentra legitimado para solicitar la resolución del contrato, bajo los siguientes fundamentos.

3.1. La parte demandante sí cumplió con sus obligaciones contractuales, mientras que el demandado Johan Martínez incumplió, pues así se deriva de la simple lectura del contrato de promesa de compraventa junto con sus otrosíes

3.1.1. El juez no tuvo en cuenta lo pactado por las partes en los otrosíes

El ad quo, al verificar en el presente asunto el lleno de requisitos que la jurisprudencia ha determinado para poder ejercer la condición resolutoria tácita del artículo 1546 del Código Civil, encontró incumplido el requisito según el cual: "*(...)el demandante haya satisfecho o haya estado presto a atender las prestaciones a su cargo, en la forma y tiempo debidos*", tras afirmar que el señor José Gregorio Hoyos Cruz, en nombre propio y en calidad de representante legal de Ventas Institucionales S.A.S., incumplió con la obligación de acudir a la Notaría 61 del Círculo de Bogotá en la fechas nombradas en los diferentes otrosíes de la promesa, razón suficiente para negarse a declarar la resolución del contrato.

El despacho de primera instancia se equivocó pues pasó por alto que las mismas partes, quienes son las legitimadas para gobernar sus relaciones, en el contrato celebrado (promesa de venta y otrosíes firmados) pactaron varios aplazamientos a las fechas de firma de la escritura pública de compraventa, en atención a que para el promitente vendedor no resultó posible levantar la hipoteca que pesaba sobre el bien inmueble objeto de promesa en las diferentes fechas pactadas.

Es por ello que tanto en el 2012 en dos ocasiones, como en el año 2015, se firmaron otrosíes para modificar esa fecha de firma de escritura, al punto que en la cláusula primera del tercer otro sí al contrato de compraventa (firmado también por Johan Javier Martínez, cosa que pareciera desconocer el juez de primera instancia) las partes establecieron que la escritura pública de compraventa se podría firmar incluso con posterioridad a las fechas pactadas,

"para lo cual EL PROMITENTE VENDEDOR informará por escrito o mediante e-mail al PROMITENTE COMPRADOR sobre tal hecho, con una anterioridad no inferior a tres meses".

Si las partes pactaron libremente ese mecanismo para definir la firma del contrato, y si en el expediente la parte demandante logró acreditar que (i) efectivamente canceló el gravamen hipotecario que recaía sobre el bien prometido en venta y (ii) que convocó en dos ocasiones a la parte demandada para la firma de la escritura, mediante comunicados remitidos por correo certificados (prueba documental que no fue tachada de falsa), ¿cómo puedo concluir el ad quo que mis representados incumplieron o no se allanaron a cumplir con sus obligaciones? El error es evidente.

El juez de primera instancia al calificar la conducta de la parte demandante, quien fungió como promitente vendedora, debió hacer lectura no solo de la promesa de venta inicial firmada en el año 2011, sino que también debió tener en el radar los diferentes otrosíes a la promesa de compraventa, para no reprochar de manera sesgada y subjetiva la conducta de mi prohijada, cuando lo cierto es que las partes estuvieron de acuerdo en postergar en varias oportunidades la firma de la escritura pública de compraventa que perfeccionara la transferencia del dominio del inmueble.

Este extremo procesal no alcanza a comprender las razones jurídicas que le permitieron al Juez de primera instancia arribar a la conclusión que en el presente caso no procedía la resolución del contrato de compraventa, cuando está suficientemente demostrado dentro del mismo contrato suscrito por las partes que el señor comprador, Johan Martínez, incumplió con su obligación de pagar el precio total del bien inmueble; y la parte demandante acreditó que siempre se allanó a cumplir su obligación de transferir el bien inmueble objeto de promesa de compraventa completamente libre de gravámenes, situación que se encuentra plenamente acreditada tanto en la prueba documental aportada al despacho (promesa y otrosíes, comunicados remitidos al comprador para firmar la escritura, certificado de tradición y libertad donde aparece cancelado el gravamen hipotecario) como con los interrogatorios absueltos por las partes.

3.1.2. El juez desconoció la voluntad de las partes

Pero adicionalmente, habrá que resaltar el yerro del ad quo, dado que interpretó de manera sesgada el contrato de promesa de compraventa pasando por alto los lineamientos de su labor hermenéutica al desconocer el artículo 1618 del Código Civil según el cual, conocida claramente la intención de los contratantes debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.

Recuérdese que el espíritu de los diferentes otrosíes era lograr el saneamiento del inmueble para efectos de hacer la tradición del dominio, lo cual se encuentra probado tanto con las pruebas documentales como con los interrogatorios de ambas partes. Recuérdese que los diferentes plazos que se establecieron para la firma de la escritura tenían la finalidad de

esperar la correspondiente cancelación del gravamen de hipoteca por cuenta del Banco Popular S.A., cancelación que finalmente se logró el 24 de abril de 2017, tal y como consta en el certificado de libertad y tradición del bien inmueble que es objeto de debate

ANOTACION: Nro 013 Fecha: 24-04-2017 Radicación: 2017-23444

Doc: ESCRITURA 764 del 03-04-2017 NOTARIA CUARENTA Y SIETE de BOGOTÁ D. C. VALOR ACTO: \$250,000,000

Se cancela anotación No: 8

ESPECIFICACION: CANCELACION POR VOLUNTAD DE LAS PARTES: 0843 CANCELACION POR VOLUNTAD DE LAS PARTES HIPOTECA

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

DE: BANCO POPULAR S.A.

NIT# 8600077389

A: HOYOS CRUZ JOSE GREGORIO

CC# 17154518 X

En ese orden de ideas, a pesar de tener las alternativas de las fechas determinadas, siempre se estableció como condición para la firma de la escritura pública la respectiva cancelación de la hipoteca ya que, desde el 2011, fecha de la suscripción del contrato de promesa de compraventa, la ausencia de esa cancelación había sido el impedimento para lograr la tradición del dominio de suerte que. Si para el 5 de noviembre de 2016 no se lograba tal cancelación, era ilógico que se suscribiera la escritura de compraventa pues iba en contravención del querer de las partes.

En tal contexto, sin temor a equívocos es que se afirma que el señor José Gregorio Hoyos Cruz, en su propio nombre y en representación de Ventas Institucionales, siempre se allanó a dar cumplimiento a sus obligaciones como promitente vendedor. Tan es así que ambas partes estuvieron insistiendo en la continuidad del contrato mediante los diferentes otrosíes y los eventos allí plasmados; no obstante, luego de la suscripción del tercer otrosí del 5 de mayo de 2015, el señor Johan Javier Martínez Aguilera no volvió a tener contacto con el aquí demandante, quien sí tenía la voluntad de cumplir el contrato y, una vez cumplida la condición, elevó el respectivo requerimiento o notificación del 12 de mayo de 2017 con antelación de tres meses a la fecha de suscripción para que el señor Martínez Aguilera acudiera a la Notaría 61 de Bogotá sin que tuviera que elevarse otro otrosí para el efecto, dado que de la cláusula primera del último otro sí suscrito se desprendía tal interpretación.

Todo lo anterior demuestra actos positivos de allanamiento a cumplir con sus obligaciones por parte del demandante, situación que pasó por alto el Juez de primera instancia, sin que aún hagamos los comentarios relacionados con el incumplimiento de la parte demandada, el cual fue tozudo, evidente, y por demás desconocido también por el Juez ad quo.

Es importante en este punto mencionar que el procedimiento aplicado por la parte demandante para convocar al demandado a firmar la escritura en el año 2017, después de haber logrado cancelar la hipoteca, no fue caprichoso, producto de la mera liberalidad de la parte demandante, inconsulto o sorpresivo, como erróneamente lo entendió el Juzgado de primera instancia. Así se lee en el ordinario 8.4. del fallo:

Ahora, el hecho de que se haya requerido al prometiente comprador para que compareciera el día 29 de noviembre de 2017 a celebrar el contrato prometido en la notaría 61 de Bogotá, ello no constituye un acto consensuado sobre el cual pueda derivarse una prestación a cargo del demandado, porque no debe perderse de vista que las exhortaciones hechas a éste para que compareciera a la notaría a celebrar el contrato prometido una vez logrado el levantamiento de la hipoteca que soportaba el bien, no fueron más que el producto de la mera liberalidad o voluntad unilateral e inopinada del actor, sin la aquiescencia del otro contratante, por ende, no son generadoras de obligaciones bilaterales.

La anterior equivocada conclusión da cuenta de dos cosas: en primer lugar, que el señor Juez de primera instancia no se detuvo a apreciar con el debido detenimiento la prueba documental aportada al proceso, y en particular el contrato de promesa de compraventa con los diferentes otrosíes suscritos por las partes, ya que fueron las mismas partes las que establecieron de manera libre y voluntaria el procedimiento que debían aplicar en caso que no se lograra firmar la escritura pública en las fechas pactadas en el último otro sí suscrito. Cómo se puede afirmar que las exhortaciones hechas por la parte demandante a la parte demandada en el año 2017 para que se firmara la escritura pública de compraventa, previo el pago del saldo del precio, fueron producto de la voluntad unilateral del actor, cuando fueron las mismas partes las que pactaron ese procedimiento.

En segundo lugar, esa falta de apreciación de la prueba documental, que es lo mismo que atender lo pactado entre las partes, permite también concluir que el despacho se equivocó al afirmar que la parte demandante no estaba legitimada para reclamar la resolución del contrato, por haber incumplido la promesa de compraventa. Si las partes pactaron como forma de cumplir sus obligaciones el procedimiento de convocatorio mediante correo electrónico, una vez cancelada la hipoteca, cuando la parte demandante acreditó ese procedimiento básicamente lo que estaba haciendo era cumplir con su obligación, o al menos allanándose a cumplir, cosa que no acreditó la parte demandada, pues brilla por su ausencia en el expediente prueba que acredite el pago del saldo del precio pactado en la promesa de compraventa.

No se entiendo como el Juez de primera instancia con el fallo emitido favoreció a un contratante comprobadamente incumplido, producto de la devolución de parte del precio, en directo detrimento del extremo que hizo todo lo que tuvo a su alcance para dar cumplimiento al negocio celebrado entre las partes.

En este sentido, es imperativo que el Tribunal aprecie de manera correcta el conjunto de pruebas presentadas y practicadas en el proceso en cuestión, dado que el ad quo las obvió

ostensiblemente y, en todo caso, efectuó una indebida apreciación de las pruebas pues si hubiere identificado ambigüedades en el contrato celebrado entre las partes, debió acudir a criterios racionales y justos, conforme a lo que se entiende como la intención original de las partes³. Con mayor atención a la conducta del demandado, pues no se probó la voluntad inequívoca de firmar la escritura pública, al contrario, aquel afirmó la necesidad de posponer la fecha en cuestión dado que la comparecencia a la Notaría 61 del Círculo de Bogotá estaba supeditada a la cancelación de gravamen hipotecario, circunstancia que se reitera quedó probada en los diferentes otrosíes de la promesa.

Ahora bien, tal labor de interpretación no puede ser en menoscabo de los efectos inherentes al contrato, ya que esto socavaría el principio de "*efecto obligatorio del contrato*". Alterar este principio esencial sería contradecir la voluntad claramente expresada tanto en los documentos como en los interrogatorios absueltos, lo que va en contra de los principios del debido proceso y de la tutela judicial efectiva.

3.2. El señor Johan Javier Martinez Aguilera modificó la forma de pago y, posteriormente, incumplió su obligación de pagar

3.2.1. Las partes sí podían modificar, como en efecto lo hicieron, la forma de pago pactada, al punto de tener por restituida parte del precio a favor del comprador

Frente a la conducta del demandado, el juez de primera instancia halló probado el pago total de la obligación por cuenta de las manifestaciones tanto en los otrosíes como en los interrogatorios de parte y, en consecuencia, aseguró que el señor Martinez Aguilera había cumplido con sus obligaciones de cara al contrato de promesa de compraventa, obviando por completo las pruebas documentales y las afirmaciones de las partes en sus respectivos interrogatorios, evidenciándose así la deficiente labor en el análisis probatorio del ad quo.

Si bien para el año 2011 el precio pactado se había pagado de manera integral, resultaría un exabrupto desconocer que las propias partes de común acuerdo, tal y como se deriva de la simple lectura de los otrosíes suscritos, pactaron que el vendedor le devolvería al comprador una parte del precio, equivalente a COP\$500.0000.000. Esa fue la voluntad de las partes, así quedó pactado en el contrato, pero el Juez de primera instancia desconoció tal circunstancia sin dar una explicación jurídica de peso. Miremos la prueba documental:

³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 5 de julio de 1983. MP. Huberto Murcia Ballén.

Las partes aquí firmantes dejan constancia de las siguientes modificaciones al contrato original, así:

PRIMERO.- Que el precio pactado por las partes para el predio mencionado continúa siendo la cantidad de UN MIL CIENTO MILLONES DE PESOS (\$1.100'000.000) MONEDA CORRIENTE, que EL PROMETIENTE COMPRADOR pagó al PROMETIENTE VENDEDOR totalmente a entera satisfacción de éste.

SEGUNDO.- EL PROMETIENTE COMPRADOR solicita al PROMETIENTE VENDEDOR que, de manera temporal, le haga la devolución de la cantidad de QUINIENTOS MILLONES DE PESOS (\$500'000.000) M/CTE. del precio pactado en el ya indicado contrato de promesa de compraventa, lo cual es aceptado por éste.

TERCERO.- Que en las anteriores condiciones, EL PROMETIENTE VENDEDOR hace entrega al PROMETIENTE COMPRADOR de la cantidad de QUINIENTOS MILLONES DE PESOS (\$500'000.000), como reintegro o devolución de los dineros que ya habían sido pagados, quedando por lo tanto establecido por las partes que, del precio pactado en la promesa de compraventa sobre el inmueble anteriormente descrito y alinderado, tan solo ha sido pagada la cantidad de SEISCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$600'000.000), quedando un saldo por pagar sobre tal precio por la suma de QUINIENTOS MILLONES DE PESOS

Es claro, evidente, palmario, raya el ojo, que las partes que celebraron el contrato quisieron incluir una modificación en torno al precio pagado, si se quiere a la forma de pago. Por ello lo establecieron en el otro sí, que no fue tachado de falso, que hace parte integral de la promesa de venta, en donde se da plena cuenta que el vendedor le devolvió al comprador COP\$500.000.000 del precio pagado y pactado en la promesa, y que quedaba entonces un saldo pendiente de COP\$600.000.000.

CUARTO.- Que EL PROMETIENTE COMPRADOR se compromete y obliga para con el PROMETIENTE VENDEDOR a pagar los QUINIENTOS MILLONES DE PESOS (\$500'000.000) mencionados y descritos en los puntos anteriores, el día DIECISÉIS (16) DE AGOSTO DE DOS MIL TRECE (2013), con el fin de completar o pagar el saldo del precio total pactado en el contrato de promesa de compraventa que nos ocupa, es decir, que con el pago de los \$500'000.0000 aquí mencionados, en la fecha ya indicada, volverá a quedar pagado totalmente el precio indicado inicialmente en el contrato de promesa.

 QUINTO.- Como medio de seguridad jurídica, las partes aquí firmantes manifiestan que EL PROMETIENTE COMPRADOR otorga a favor del PROMETIENTE VENDEDOR un PAGARÉ por la suma de QUINIENTOS MILLONES DE PESOS (\$500'000.000) M./CTE., como ya se dijo, con fecha de vencimiento en AGOSTO DIECISÉIS (16) DE DOS MIL TRECE (2013), sin perjuicio de que EL PROMETIENTE COMPRADOR decida pagar o reintegrar los \$500'000.000 ya indicados al PROMETIENTE VENDEDOR con anterioridad a la fecha aquí mencionada, lo cual es aceptado por éste. Dentro del título valor se establecerá lo relacionado con los intereses a que haya lugar durante el plazo.

Para constancia de todo lo anterior se firma el presente documento en Bogotá, D. C., a los dieciséis (16) días del mes de Agosto de dos mil doce (2012), ante testigos hábiles.

Es más, basta con continuar leyendo el referido documento (TERCER OTRO SÍ), que es plena prueba entre las partes, para concluir que, en algún momento de la operación, que se prolongó por varios años, las partes se pusieron de acuerdo en que el saldo del precio ya no sería de COP\$600.000.000 sino de COP\$900.000.000.

Qué otra interpretación se puede dar al siguiente aparte del contrato:

PARÁGRAFO PRIMERO: En el evento de que las partes, por haber sido cancelada la hipoteca vigente sobre el inmueble, puedan suscribir la escritura de perfeccionamiento de este negocio jurídico con anterioridad al 30 de Diciembre de 2015, **EL PROMETIENTE VENDEDOR** deberá informar la nueva fecha con una anterioridad no inferior a 3 meses al **PROMETIENTE COMPRADOR** para que éste pueda realizar las gestiones de orden económico encaminadas a la obtención de la cantidad de NOVECIENTOS MILLONES DE PESOS (\$900'000.000) MONEDA CORRIENTE que están constituidos por el capital y los intereses de plazo y de mora del pagaré que aparece descrito a lo largo de este documento y que debe pagar obligatoriamente en forma simultánea con la suscripción del instrumento público. Una vez informada la fecha por parte del **PROMETIENTE VENDEDOR** al **PROMETIENTE COMPRADOR**, con los 3 meses de anticipación anteriormente indicados, para acudir a la suscripción de la escritura pública que perfeccione este contrato de promesa de compraventa, la cual deberá llevarse a cabo en la misma Notaría que se encuentra pactada desde un principio, tal día y hora se convertirán en día y hora obligatorios para las partes para dar cumplimiento en todo lo relacionado con el perfeccionamiento del contrato de compraventa.

Para concluir esta parte, no le asiste razón al despacho cuando en el numeral 8.5 del fallo concluye lo siguiente:

8.5. Puede pensarse desprevenidamente que, el prometiente comprador en últimas no pagó en su totalidad el precio acordado por cuanto el prometiente vendedor, le hizo un reintegro o devolución por la suma de \$500.000.000, quedando así un saldo de \$600.000.000.

Sin embargo, para este Despacho, esa novedosa circunstancia surgida después de que se había materializado el pago total de la obligación en el plazo acordado, en otras palabras, cuando las sumas de dinero por este concepto ya habían ingresado legal y formalmente al patrimonio económico del prometiente vendedor, no tiene la suficiencia jurídica para modificar el precio convenido, como impropriamente pretende por el actor, presentando liquidaciones de intereses de plazo y moratorios sobre valores incorporados autónomamente en títulos valores extraños al contrato.

Es que ¿Quiénes sino las partes tiene la posibilidad de modificar lo pactado en un contrato? ¿Cuál es la razón jurídica de fondo que hace nugatorio el pacto perfeccionado por las partes en torno a tener por devuelta parte del precio? La formulación de estos interrogantes es suficiente para que este Tribunal pueda advertir el tremendo error en que incurrió el juez de primera instancia.

3.2.2. El juez de primera instancia aplicó de manera equivocada la autonomía de los títulos valores

Frente al particular, es preciso manifestar que el ad quo, en menoscabo de los intereses de mis representados, acogió la postura amañada de la parte demandada, quien inventó un supuesto contrato de mutuo o préstamo por la suma de COP\$500.000.000 entre el señor Martínez Aguilera y el señor José Gregorio Hoyos Cruz en contraposición a lo que sí se encontraba suscrito por las partes en los otrosíes del contrato de promesa de compraventa, a saber, la devolución de COP\$500.000.000 del pago del precio total del contrato, quedando pagado únicamente la suma de COP\$600.000.000. y, por supuesto, un saldo de COP\$500.000.000.

Aquí es importante poner en evidencia el error craso en el que incurrió el despacho de primera instancia, producto de otra de las estrategias de mala fe que utilizó el demandado para evadir el cumplimiento de lo pactado. A pesar de la claridad de lo pactado por las partes, la parte demandada arribó al proceso manifestando que la devolución que le hizo el señor José Gregorio Hoyos en nombre propio y en representación de ventas institucionales no obedecía a la devolución de parte del precio, a pesar de que Johan Martínez así lo declaró y reconoció ante notario, sino que obedecía a un préstamo completamente desligado del contrato de promesa de venta.

Esa estratagema, que a todas luces se compadece con la mala fe del señor demandado, fue parcialmente aceptada por el Juez de primera instancia, al considerar que en su entender el precio pactado en la promesa de venta se encontraba pagado en su totalidad, y que lo adeudado por el señor Johan Martínez correspondía a una obligación contenida en un pagaré que debía reclamarse por otra vía procesal, todo arguyendo la autonomía de los títulos valores. Es decir, el juez de primera instancia se apartó de lo que las partes libremente pactaron en el contrato de promesa de compraventa, desconoció que lo pactado fue reconocido y aceptado por el señor Johan Martínez, y concluyó que la devolución que hizo el demandante de parte del precio, a pesar de haber así aceptado y declarado por Johan, y a pesar de aparecer en un documento que las partes no tacharon de falso, no era una devolución del precio sino obedecía a una operación independiente.

En el fallo de primera instancia se observa la siguiente errada conclusión:

Cierto es que, con posterioridad a la entrega de los dineros pactados como precio de la compraventa, el demandante le devolvió al demandado la suma de \$500.000.000, no obstante, tal "reintegro" fue garantizado con el otorgamiento de un pagaré y después con el giro de una letra de cambio por valor de \$50.000.000, por consiguiente, francamente, lo que aquí se vislumbra es que, esta discusión es de un tenor diferente, en consideración a que en últimas lo que se duele el demandante, es que no se le hubiese restituido aun la suma que entregó al demandado, la cual está respaldada por unos títulos valores, siendo esto un evento o asunto de tinte diverso al de la deprecada resolución del contrato que debe ventilarse por una causa o juicio diferente al de esta acción.

La anterior conclusión no solo es contraria a derecho, sino que se opone a lo pactado por las partes. Es contraria a derecho porque el *ad quo* aplicó de manera errónea la institución de la autonomía de los títulos valores. Es que la autonomía de los títulos valores, consagrada en el artículo 657 del Código de Comercio, no implica que cuando se suscriba un título para garantizar el pago de una obligación ligada a un negocio causal, esa obligación del negocio causal desaparezca por completo. Lo que dice la autonomía de los títulos es que, si dicho

título es endosado, el deudor no podrá alegarle al legitimado para el cobro asuntos relacionados con el negocio causal, pues existen tantos negocios cuantos endosos se perfeccionen. ¿Qué tiene que ver esa figura con lo ocurrido en este caso?: se responde, absolutamente nada.

Vale la pena reseñar al profesor RAUL CERVANTES AHUMADA, quien manifiesta sobre la autonomía de los títulos: *"No es propio decir que el título de crédito sea autónomo, ni que sea autónomo el derecho incorporado en el título: lo que debe decirse que es autónomo (desde el punto de vista activo) es el derecho que cada titular sucesivo va adquiriendo sobre el título y sobre los derechos en él incorporados, y la expresión autonomía indica que el derecho del titular es un derecho independiente, en el sentido de que cada persona que va adquiriendo el documento adquiere un derecho propio, distinto del derecho que tenía o podría tener quien le transmitió el título; y desde el punto de vista pasivo, debe entenderse que es autónoma la obligación de cada uno de los signatarios de un título de crédito, porque dicha obligación es independiente y diversa de la que tenía o pudo tener el anterior suscriptor del documento"*.

y si existiere alguna duda sobre la impertinencia de la figura de la autonomía de los títulos valores en la presente situación fáctica, vale la pena citar lo que dice la doctrina:

*"A pesar de lo expuesto, se desvanece esta característica de la autonomía en favor de cualquier obligado cambiario, en dos casos, según lo informa el artículo 784-12 del Código de Comercio: primero, frente al demandante que haya sido parte en el negocio jurídico que dio lugar a la creación o a la transferencia del título, pues en este evento el título sigue atado al negocio que le dio origen o que dio paso a la transferencia..."*⁴

No puede ser entonces de recibo la interpretación a partir de la cual en este asunto el demandado Johan Martínez no se encontraba en mora de pagar el precio pactado en la promesa de venta, y que tal incumplimiento contractual no podría ser reconocido por el juez natural del contrato de promesa de compraventa, porque se suscribieron unos títulos valores que servirían de garantía o respaldo para cubrir el eventual incumplimiento en el pago del precio.

En este asunto las partes claramente pactaron una modificación en la negociación, atinente a la devolución de parte del precio a favor de Johan Martínez, promitente comprador. Y, adicionalmente, las partes establecieron de común acuerdo que *"como medio de seguridad jurídica"* el promitente comprador suscribiría un pagaré a favor del promitente vendedor. Así se lee en la cláusula quinta del documento firmado el 16 de agosto de 2012:

⁴ Henry Alberto Becerra León, Derecho Comercial de los Títulos Valores, 5ª Edición. Página 52.

CUARTO.- Que EL PROMETIENTE COMPRADOR se compromete y obliga para con el PROMETIENTE VENDEDOR a pagar los QUINIENTOS MILLONES DE PESOS (\$500'000.000) mencionados y descritos en los puntos anteriores, el día DIECISÉIS (16) DE AGOSTO DE DOS MIL TRECE (2013), con el fin de completar o pagar el saldo del precio total pactado en el contrato de promesa de compraventa que nos ocupa, es decir, que con el pago de los \$500'000.0000 aquí mencionados, en la fecha ya indicada, volverá a quedar pagado totalmente el precio indicado inicialmente en el contrato de promesa.

QUINTO.- Como medio de seguridad jurídica, las partes aquí firmantes manifiestan que EL PROMETIENTE COMPRADOR otorga a favor del PROMETIENTE VENDEDOR un PAGARÉ por la suma de QUINIENTOS MILLONES DE PESOS (\$500'000.000) M./CTE., como ya se dijo, con fecha de vencimiento en AGOSTO DIECISÉIS (16) DE DOS MIL TRECE (2013), sin perjuicio de que EL PROMETIENTE COMPRADOR decida pagar o reintegrar los \$500'000.000 ya indicados al PROMETIENTE VENDEDOR con anterioridad a la fecha aquí mencionada, lo cual es aceptado por éste. Dentro del título valor se establecerá lo relacionado con los intereses a que haya lugar durante el plazo.

Para constancia de todo lo anterior se firma el presente documento en Bogotá, D. C., a los dieciséis (16) días del mes de Agosto de dos mil doce (2012), ante testigos hábiles.

Que exista un pagaré suscrito por el demandado para asegurar el pago del precio no le impedía a la parte demandante exigir la resolución del contrato por el incumplimiento de la parte demandada en el pago del precio, pues ese pagaré no extinguió la obligación de pagar el precio. Está claro que ese pagaré solo fue un instrumento jurídico para brindar seguridad al demandante, no para extinguir una obligación.

Pero, además, basta con observar nuevamente lo pactado entre las partes para concluir que efectivamente los contratantes decidieron aplicar una serie de intereses moratorios por la tardanza en el pago del saldo del precio, posterior a su devolución parcial a favor de Johan Martínez, situación en la que consintió este último. De ello da plena cuenta el contrato de promesa celebrado entre las partes. ¿Por qué razón entonces apartarse de la real voluntad de las partes, y considerar que no existía mora por parte del promitente comprador en sus obligaciones, para negar la declaratoria de resolución del contrato por incumplimiento, acudiendo a una enrevesada y desafortunada interpretación de la autonomía de los títulos valores? El error es evidente, y debe ser corregido por este Tribunal.

Para abundar en razones, que encuentra respaldo en la prueba documental, basta con observar lo relacionado en el "*cuarto antecedente*" del documento que contiene el contrato de promesa de compraventa y los diferentes otrosíes. Allí se hace una transcripción del pagaré suscrito, se aclara nuevamente que se firmó para garantizar la devolución parcial del precio que había sido pagado, no para solucionar o novar la obligación del pago del precio, además de incluir una liquidación de intereses frente al saldo del precio pendiente de pago, liquidación en la que también estuvo de acuerdo el señor demandado Johan Martínez.



CUARTO ANTECEDENTE:

Tal como se mencionó en los numerales cuarto y quinto del segundo OTROSI que ha sido transcrito en el punto anterior de este documento, EL PROMETIENTE COMPRADOR, para efecto de garantizar la devolución parcial del precio que había sido pagado sobre el inmueble, suscribió a favor del PROMETIENTE VENDEDOR un Pagaré a la orden con fecha de otorgamiento el día 16 de Agosto de 2012 y con fecha de vencimiento el día 16 de Agosto de

Ahora bien, es sorprendente como el ad quo a lo largo de su providencia, modifica a su arbitrio la voluntad de las partes. Tan es así que, convenientemente obvia el resto de los acuerdos que surgieron posteriormente al primer otrosí del 18 de julio de 2012, fecha en donde se manifestó por los contratantes que el señor Martinez Aguilera había pagado el precio del inmueble. En ese contexto, no les da valor jurídico a los demás otrosíes, en específico al del 16 de agosto de 2012, en donde claramente se advierte que parte de ese dinero fue reintegrado a favor del señor Martinez Aguilera por parte del promitente vendedor al promitente comprador por cuenta de la promesa y, claramente, en virtud de la confianza y la sana relación que existía en su momento.

De tal suerte, es claro como el ad quo valoró de manera aislada las pruebas dentro del proceso en cuestión y pasó por alto la demostración de los hechos que permiten concluir que la forma de pago fue claramente modificada por las partes, siendo consistente con lo advertido en la audiencia del 22 de marzo de 2022 y que aún hoy en día existe un saldo insoluto, el cual está generando intereses por el evidente incumplimiento del señor Johan Javier Martinez Aguilera. Si el demandado se encontraba en mora de cumplir con el pago del precio, y el demandante se allanó a cumplir, pues así se acreditó dentro del proceso, no resultaba viable negar la prosperidad de las pretensiones para que se declare la resolución del contrato.

En concreto, obsérvese como el demandado en el interrogatorio de parte absuelto, confesó la existencia de dicha modificación al contrato. En efecto, el señor Hoyos Cruz por virtud de la promesa, le reintegró la suma de COP\$500.000.000; no obstante, para restarle vinculatoriedad a lo pactado afirmó en su interrogatorio que no conocía las implicaciones de lo que estaba firmando dada la necesidad de obtener prontamente el dinero. Afirmación por demás fútil, si se tiene de presente que es un comerciante altamente experimentado, es conecedor de que el contrato es ley para las partes y, en todo caso, porque la ignorancia no exime del cumplimiento de la ley, ni mucho menos de las consecuencias de su incumplimiento.

Finalmente, retomando lo concerniente a los títulos valores que fueron entregados en su momento para garantizar el pago de las sumas que se reintegraron al aquí demandado, habrá que precisar que bajo las prerrogativas en las cuales se otorgaron, no corresponden

al evento descrito en el artículo 882 del Código de Comercio: su entrega no se tuvo como un pago, tal como quedó decantado en el segundo otrosí del 16 de agosto de 2012 donde las partes buscaban garantizar el pago, más no, finiquitar la obligación de pago del precio pactado en la promesa. Tan es así que los pagarés no fueron objeto de ejecución, pues en últimas el verdadero propósito de la parte demandante era el de celebrar la compraventa prometida, de tal suerte, se vio conminado a ejercer su legítimo derecho a demandar la resolución del contrato de conformidad al artículo 1546 del Código de Comercio.

3.3. Inexistencia de mandato oculto o mandato sin representación y vinculatoriedad del señor Néstor Belisario Núñez Peña en el proceso

Frente al particular, el señor juez acertadamente indicó que la relación contractual únicamente se surtió entre el señor Hoyos Cruz y el señor Martínez Aguilera, quienes fueron los únicos que suscribieron y ejecutaron el contrato de promesa de compraventa; no obstante, ante la supuesta cesión de derechos del 10 de julio de 2012, la cual no se demostró dentro del proceso, el ad quo se tomó la atribución de darle una calificación distinta e indicó que se trataba más bien de un "*mandato oculto o mandato sin representación*", justificando así el desconocimiento de tal negocio por parte del señor José Gregorio Hoyos Cruz.

Al respecto, resulta importante manifestar que tal afirmación deviene de una valoración probatoria por demás cuestionable, pues por una parte el ad quo reconoce que en la promesa de compraventa nunca intervino el señor Néstor Belisario Nuñez Peña, incluso posteriormente a la supuesta cesión de derechos del 10 de julio de 2012; pero, de otra parte reconoce que hubo un reintegro que lo calificó de "préstamo" por la suma total de COP\$500.000.000 al señor Martínez Aguilera, dada su condición económica en ese momento.

Sin embargo, al analizar estos acontecimientos, resulta sumamente intrigante que, en esas fechas específicas, en concreto el 10 de julio de 2012, el señor Néstor Belisario Núñez Peña haya supuestamente reconocido la considerable suma de COP\$1.200'000.000 a Martínez Aguilera, conforme la literalidad del supuesto contrato de cesión o de mandato según el ad quo. De manera notable, apenas un mes después, el 16 de agosto de 2012, el señor Martínez Aguilera, actuando como el promitente comprador, firmó un tercer otrosí al contrato de promesa de compraventa, en el cual solicitaba con insistencia la restitución del precio pagado en una suma de \$500.000.000 al promitente vendedor, aduciendo encontrarse en una situación económica precaria, cuando supuestamente el señor Núñez Peña ya le había reconocido el dinero asumido por cuenta de la bodega objeto de promesa de compraventa.

Es más, si era del interés del señor Néstor Belisario Núñez Peña adquirir el dominio pleno de la bodega en cuestión, por qué nunca se manifestó frente al indiscutible incumplimiento del señor Johan Javier Martínez Aguilera al no acudir a la convocatoria en la Notaría 61 de Bogotá en las diferentes fechas acordadas o, peor aún, ante el atrevimiento de modificar la forma del pago, dada su supuesta calidad de mandatario y con mayor motivo si ya le había cancelado la suma de COP\$1.200'000.000.

De lo anterior, se colige lo absurdo de la conclusión del señor juez, pues cualquiera que sea la calificación de la relación contractual entre Néstor Belisario Núñez y Johan Javier Martinez Aguilera con relación a la promesa de compraventa, es claramente inexistente pues el único objeto de dichas convenciones eran las de defraudar al promitente vendedor y aprovecharse de la legitima confianza de aquel, mientras usufructuaban el inmueble sin reconocer el pago de algún canon de arrendamiento.

Si bien el despacho concluye que el supuesto negocio celebrado entre Nuñez y Martínez no les es oponible a la parte demandante, se extralimitó al reconocer ese mandato oculto y darle un ropaje de juridicidad, al menos en la parte considerativa del fallo, cuando ese supuesto acuerdo no es más que una estratagema para defraudar al demandante. Téngase en cuenta que en este asunto no se formuló demanda en reconvención alguna por parte del demandado ni del tercero vinculado en el que se solicitara el reconocimiento de dicho contrato, de manera que erró el juez al tenerlo en consideración.

IV. PETICIÓN

Con fundamento en lo expuesto y al escrito del recurso de apelación radicado ante el ad quo, solicito respetuosamente al Tribunal se sirva revocar la sentencia del 14 de abril de 2023 proferida por el Juzgado 28° Civil del Circuito de Bogotá y, en consecuencia, proceda a dictar sentencia favorable a los intereses de la parte demandante.

Respetuosamente,



Diego Fernando Gómez Giraldo
C.C. 1.032.375.708 de Bogotá D.C.
T.P. 183.409 del C.S. de la J.
dgomez@agmabogados.co
dposada@agmabogados.co
Cel: 321 465 06 17



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

MESA DE AYUDA CORREO ELECTRONICO
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA - CENDOJ

De acuerdo con la reglamentación contenida en la Ley 527 de 1999, la Mesa de Ayuda de Correo Electrónico informa que realizada la verificación el día **8/24/2023**, sobre la trazabilidad del mensaje solicitado se encuentran los siguientes hallazgos:

Se realiza la verificación del mensaje enviado el día **8/22/2023 5:25:00 PM** desde la cuenta "**dposada@agmabogados.co**" con el asunto: "**SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN PROCESO 2018-00276-01**" y con destinatario "**secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co**"

Una vez efectuada la validación en servidor de correo electrónico de la Rama Judicial, se confirma que el mensaje descrito "SI" fue entregado al servidor de correo del destino, en este caso el servidor con dominio "**cendoj.ramajudicial.gov.co**" el mensaje se entregó con el ID "**<DM6PR13MB4538F80ED27E0F4C292A9E1FCD1BA@DM6PR13MB4538.namprd13.prod.outlook.com>**"

Se debe tener en cuenta que hay correos que caen en cuarentena, esto se debe a que fueron detectados como spam (correo no deseado) o suplantación por el servidor de correo electrónico dado a que las puntuaciones que realiza el servidor de los correos remitentes no superan el mínimo establecido, estos mensajes que son marcados por el servidor de correo se transfieren al sistema de cuarentena, donde se valida su procedencia.

la mesa de ayuda encargada del correo electrónico institucional a diario realiza la validación de los mensajes que ingresan a cuarentena con el fin de darle salida a aquellos mensajes que no presentan sospechas en su estructura y bloquear a aquellos mensajes que se identifiquen como peligrosos.

En este caso los cuales se ven reflejados en la bandeja de entrada el día que se efectúa o se liberan o se les da la salida a dicho mensaje.

Teniendo en cuenta lo anterior se identifica que el mensaje enviado desde la cuenta de correo **dposada@agmabogados.co** con destino la cuenta de correo **secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co** con asunto **SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN PROCESO 2018-00276-01** El mensaje anteriormente mencionado se recibió el **8/18/2023 8:12:00 PM** en el servidor de correo electrónico de la Rama Judicial sin embargo debido a que no cumplió con los filtros de seguridad ubicando el mensaje en el sistema de cuarentena en el cual se realizó la validación y liberación del mensaje el día **8/22/2023**

¹ "Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones". Agosto 18. Diario Oficial No. 43.673, de 21 de agosto de 1999.



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

MESA DE AYUDA CORREO ELECTRONICO
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA - CENDOJ

5:25:00 PM por tal motivo la cuenta de correo destino pudo visualizar el mensaje a partir de dicha fecha.

En todo caso, es pertinente aclarar que:

- 1. Confirmaciones de entrega:** las confirmaciones de entrega dependen de la configuración del servidor de destino, adicional éstas pueden tardar hasta 72 horas en llegar, esto es por el funcionamiento de las confirmaciones en todos los servidores de correo electrónico.
El que una confirmación de entrega no llegue no significa necesariamente que el correo no fue entregado.
- 2. Confirmaciones de lectura:** las confirmaciones de lectura dependen de: **i)** que la persona destino acepte enviar esta confirmación de lectura, **ii)** si la persona de destino no acepta enviar esta confirmación no se responderá la confirmación de lectura y **iii)** no necesariamente significa que no fue leído.
- 3.** Las certificaciones que emite la mesa de ayuda de correo electrónico se obtienen con las trazabilidades que se generan entre la comunicación de los servidores del correo remitente y destinatario, con esta información se valida, si un mensaje fue entregado al servidor de destino.
- 4.** El formato de la fecha es mm/dd/aaaa
- 5.** la hora que registra se le debe de restar 5 horas por diferencia con el servidor (UTC (Universal Time Coordinated)) y la de Bogotá – Colombia (UTC -5).

Cordialmente,
MESA DE AYUDA CORREO ELECTRÓNICO
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA - CENDOJ

¹ "Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones". Agosto 18. Diario Oficial No. 43.673, de 21 de agosto de 1999.

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA AYAZO PERNETH RV: sustentacion recurso apelacion sap salud rad 2010-00431-04

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mar 15/08/2023 12:52 PM

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

 1 archivos adjuntos (2 MB)

SUSTENTACION APELACION SAPSALUD 2010-00431-04.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA AYAZO PERNETH

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: secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co**

De: Luis Fernando Pinzón Gómez <fernandopinzongomez@gmail.com>**Enviado:** martes, 15 de agosto de 2023 12:44**Para:** Secretaria Sala Civil Tribunal Superior -Seccional Bogota <secscribupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>**Cc:** Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: sustentacion recurso apelacion sap salud rad 2010-00431-04**Ref: ORDINARIO DE MAURICIO TEHELEN BURITICA Y OTROS vs FUNDACION INFANTIL HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SAN JOSE. LLAM GTIA FUNDACION SAP SALUD Y OTROS EXPEDIENTE 11001-31-03-004-2010-00431-04**

En mi calidad de apoderado judicial de la llamada en garantía **FUNDACION SAP SALUD., a la Honorable Magistrada ponente,** en forma muy respetuosa me permito allegar archivo PDF, mediante el cual procedo a sustentar el RECURSO DE APELACIÓN en contra de la sentencia del 11 de junio de 2021, proferida por el Juzgado 28 Civil del Circuito de Bogotá. desarrollando los reparos a la sentencia, conforme memorial adjunto.

De los Señores Magistrados.

Cordialmente,

--

Luis FernandoPinzon Gomez

Cel 3153647633

Señores

**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA (SALA CIVIL)
MAGISTRADA PONENTE: DRA STELLA MARIA AYAZO PERNETH
E.S.D.**

**REF: RECURSO DE APELACION ORDINARIO DE RESPONSABILIDAD CIVIL
DE MAURICIO TEHELEN BURITICA Y OTROS VS FUNDACION INFANTIL
UNIVERSITARIO DE SAN JOSE Y OTROS. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA A
FUNDACION SAP SALUD Y OTROS.
RAD. 1100131030042010-00431-04**

LUIS FERNANDO PINZON GOMEZ, mayor, identificado con la cédula de ciudadanía N° 79.042.119 expedida en Bogotá, y T.P. No 51. 918 del C. S. de la J., en mi condición de apoderado especial de la llamada en garantía FUNDACION SAP SALUD, dentro del proceso de referencia, respetuosamente manifiesto a la Honorable Magistrada, que, por medio del presente escrito, procedo a sustentar el RECURSO DE APELACION, en contra de la providencia de fecha once (11) de Junio de dos mil veintiuno (2021), a través del cual el a-quo procedió a dictar sentencia condenatoria en contra de los demandados y llamados en garantía. Estando dentro del término otorgado mediante auto de fecha 10 de Agosto de 2023, me permito sustentar la alzada referencia.

SUSTENTACION DEL RECURSO

Ante un fallo desfavorable podría entenderse que la sentencia debería evidenciar negligencia, imprudencia o impericia en el actuar de los médicos que atendieron a la gestante a su ingreso al Hospital Infantil, así como el actuar negligente de los especialistas que atendieron el parto, y así de esa manera encontrar que hubo culpa, y a más de ello que hubo un nexo causal entre lo actuado y el daño causado.

Nada de esto que es pilar de cara a la Responsabilidad Profesional se encuentra probado dentro del fallo de primera instancia, el cual dicho sea de paso, fue dictado por un Juez, quien no fue el que a lo largo de 10 años asistió a las pruebas practicadas dentro del proceso, sino que llegó a dictar un fallo con base en un expediente extenso, voluminoso y nutrido de pruebas que demuestran todo lo contrario a lo decidido por el juzgador.

El acervo probatorio es muy muy valioso, pues a más de las documentales, se contó con testimonios de profesionales de la medicina que estuvieron atendiendo a la gestante y en el óbito fetal; se recaudaron testimonios de especialistas (Gineco-obstetras), y se tuvo la oportunidad de debatir probatoriamente, con el único fin de buscar la verdad de lo acontecido.

Tan importante fue ese debate probatorio, que incluso el apoderado de los accionantes, luego del aporte documental (fotografías del bebe), en uno de los

testimonios que el accionante pidió, (Gineco-obstetra Norman Alfredo Rodríguez Uribe), muy importantes para mostrar la verdadera causa del óbito, procedió a tacharlas, y a hacer manifestaciones equivocadas, pues en la diligencia en mención, no tuvo el menor reparo de expresar que las fotos allegadas, no eran las del óbito, pues se trataba de “un feto de sexo masculino”.

De dicha tacha no logró la parte demandante obtener beneficio alguno, pese a que fue el accionante quien desvió la atención de dicha prueba documental “contundente, donde se observa que se trató de un cordón umbilical anormal, entorchado y con tres nudos verdaderos de cordón, que fueron la verdadera causa del óbito fetal del feto de sexo femenino.

En la Historia clínica se habla no de “SUPUESTO “nudo de cordón, sino de una afirmación enfática de nudo de cordón.

En la HC se habla de tres nudos de cordón

Se desatendió entre otros, el testimonio del dr ALEJANDRO FRANCO HERNANDEZ, quien en su testimonio dejó muy claro que no hubo “SUFRIMIENTO FETAL”, y que esta situación que la parte accionante quiso mostrar, en una monitoria fetal , no fue cierta.

Es más, dentro de la demanda se expresa que no fueron entregadas por el hospital las monitorias, y esta situación quedó desvirtuada por una de los médicos testigos, quien mostró que en la misma historia clínica, aparece textualmente, que “SI FUERON ENTREGADAS a la paciente”.

Esta probado dentro del proceso que la causa de la muerte del bebe fue un accidente de cordón.

Para el 31 de Mayo de 2009, está probado en la HC, y con los testimonios técnicos y presenciales de los médicos especialistas que atendieron a la gestante y al bebé, que el feto “PRESENTABA BIENESTAR FETAL”, a pesar que la gestante hubiera consultado por disminución de actividad fetal.

Está probado que para el 3 de Junio de 2009, y con dos monitorias con variabilidad disminuida, y con gestación a término, se ordenó la conducta adecuada para desembarazar, como efectivamente sucedió.

Si se observa la documental y la testimonial experta, se podrá evidenciar claramente, que “NO HUBO SUFRIMIENTO FETAL AGUDO, como lo quiso mostrar el accionante, y como erradamente lo interpreto el fallador, pese a que se prueba totalmente lo contrario.

Así mismo y basados en la HC, el momento de la muerte, ocurrió entre la toma de la última monitoria y el ingreso a sala de parto, esto es a las 12:30 am, es decir un lapso de dos horas.

Con los tres nudos de cordón verdaderos y con el entorchamiento del cordón umbilical, era inevitable el fallecimiento del feto

No se logra entender como no el fallador en un proceso de esta naturaleza deja a un lado los testimonios de los profesionales – especialistas que atendieron a la madre y el parto durante y posterior a ello (Ver testimonio de Dra MARÍA LUCILA

VIASUS LUNA) pediatra neonatóloga, quien hace valoración de rutina de todo recién nacido en sala de parto (Valoración y adaptación neonatal)
Esta especialista hace una declaración que deja desvirtuada la hipótesis del accionante; sin embargo no es tenida en cuenta para proferir el fallo.

Nada de ello lo visualiza el juzgador, siendo carga de la prueba del demandante para demostrar la culpa y el nexo causal, los cuales brillan por su ausencia en el presente proceso.

Honorable Magistrada, El dr ALEJANDRO FRANCO HERNANDEZ, en su extensa declaración, expresa totalmente lo contrario a lo que manifiesta el Juez de primera Instancia, de cara a la Monitoria Fetal, que es con lo que se soporta el fallo para condenar a la parte demandada.

Expone el Juzgado que no se actuó oportunamente para minimizar el estado fetal no satisfactorio (Sufrimiento fetal).

Nada más alejado a la realidad, que lo expresado por el fallador, al indicar que en la Historia Clínica la descripción del nudo en el cordón umbilical es "LACONICA" y que no se permite dimensionar como incidió en la muerte del feto.

Su Señoría, en el expediente incluso hay un incidente de tacha de falsedad, que tiene como sustento las fotografías del feto con el cordón y sus nudos. En el testimonio del dr NORMAN ALFREDO RODRIGUEZ, aparece indicado el tema de los tres nudos, y lo refiere expresamente en la Historia Clínica; como puede manifestar el fallo que la descripción es "LACONICA"

Aquí en el fallo de primera instancia lo que aconteció, fue simplemente que el fallador de primera instancia tomó textualmente los argumentos de la parte demandante en su alegato de conclusión, y sin un estudio que así lo ameritaba por cuanto el caudal probatorio lo merecía, procede a fallar sin el sustento probatorio verdadero.

Se evacuaron testimonios acertados y valederos como los doctores Alejandro Franco, Clara Hinestrosa, Norman Alfredo Rodriguez Uribe, María Lucila Viasus, quienes dejaron absolutamente clara la precitada lectura de la monitoria fetal, mal analizada en el fallo, y acomodadamente interpretada por el apoderado de los accionantes.

El Juzgado hace una interpretación errada del dictamen de medicina legal, pues pretende inferir que el nudo de cordón umbilical "pudo incidir" en el óbito fetal, cuando científicamente se establece que esos nudos de cordón producen en el feto una hipoxia fetal.

No solo las pruebas testimoniales, sino la historia clínica muestra que EFECTIVAMENTE la causa de la muerte fue HIPOXIA FETAL producto no de un nudo de cordón umbilical, sino de un **triple nudo de cordón umbilical**, como está probado documentalmente dentro del expediente.

Dicho por expertos en el tema, no por médicos generales ni residentes, sino por ginecoobstetras, neonatóloga y pediatra entre otros, que tuvieron su oportunidad de declarar dentro del presente proceso.

No existe en el expediente una sola prueba sobre "falla médica", por el contrario, si aparecen varias situaciones que no son ciertas, creadas por la parte demandante, producto de afirmaciones de la demanda, que no tienen sustento probatorio.

No hay que olvidar que curiosamente afirmó la demanda que a la madre no se le habían entregado las monitorias fetales, y esto fue desvirtuado con el testimonio de la dra CLARA HINESTROZA, quien mostró dentro de la Historia Clínica que si habían sido entregadas a la madre, y que "las mismas eran normales".

No hay prueba de sufrimiento fetal.

Está probado dentro del proceso que se trataba de un feto a término, y que se comenzó un trabajo de parto vaginal con vigilancia continua de FCF.

De igual manera está ampliamente probado que el cordón fue encontrado con 3 nudos verdaderos de cordón, y a más de ello, un diámetro anormal y entorchado, que es una situación irregular que no se presenta comúnmente en un embarazo. Aparecen en el expediente fotografías del feto y del cordón umbilical, las cuales fueron aportadas en la declaración del dr NORMAN ALFREDO RODRIGUEZ, médico que solicitó el abogado de la parte demandante, y que luego de su aporte, el profesional del derecho tachó.

La tacha quedó totalmente desvirtuada pues los médicos Alejandro Franco y Clara Hinestroza, luego de ponerse de presente las fotografías del feto con el cordón umbilical, dejaron muy claro que se trataba de un óbito de sexo femenino, y allí explicaron ampliamente sus dichos.

Dentro del proceso si está probado que no se puede diagnosticar los nudos de cordón umbilical, y menos cuando estos se presentan de manera anormal (TRES NUDOS AL TIEMPO, con ENTORCHAMIENTO y LONGITUD DE CORDÓN ANORMAL).

Tratar de manejar una cesárea para buscar evitarlos sin comenzar un trabajo de parto, médicamente en tiempo es imposible, y así lo declararon los especialistas en sus declaraciones.

Esa fue la verdadera causa del óbito fetal, y no como lo indicó el Juzgado, sin prueba alguna, que se trató de unas desatenciones médicas.

Dentro del extenso expediente, no aparece una sola prueba que soporte el dicho del Juzgado, ni documental ni testimonial y menos aún científica, ya que por el contrario, todas las pruebas apuntaron a una hipoxia fetal, producto de los nudos del cordón umbilical.

Así quisiera uno buscar en el dictamen una evidencia o muestra de las "desatenciones" a las que se refiere el Juzgado en el fallo, no se logran ver.

Expresó la parte demandante que debió realizarse una cesárea, y que la misma fue tardía.

Basta mirar el dictamen para observar que también es errada esa posición de la parte demandante, pues lo ratifica el INML, que NO ERA NECESARIA LA CESAREA INMEDIATA. Es más tampoco era necesario el PERFIL BIOFISICO.

Siendo la prueba documental por excelencia, la que muestre mayor indicio (HISTORIA CLINICA), sobre errores del cuerpo médico o de la institución, puedo aseverar sin el menor asomo de duda, que NUNCA se registraron signos de alarma, y que el embarazo no era catalogado como EMBARAZO DE ALTO RIESGO.

No se logra entender como el Juzgado al momento de fallar, se soporta en el dictamen del INML, para expresar que hubo desatenciones, cuando lo que indicó esa experticia, fue una causa probable y unos nudos de cordón ciertos.

Ahora bien, es tan confuso el fallo que hay total contradicción en las interpretaciones de atenciones médicas, pues en la Historia Clínica del 3 de Junio de 2009, aparece claramente que dicha atención fue adecuada, así también lo concluye el DICTAMEN DE MEDICINA LEGAL.

Tan adecuada fue esa atención que en esa fecha se ordenó la hospitalización de la madre para iniciar trabajo de parto, y se realizó estimulación con medicamentos para efectos de manejo de contracciones uterinas, como lo indica el protocolo hospitalario.

De igual manera pasa con la atención del 31 de Mayo de 2009, la cual está soportada en la HISTORIA CLINICA. Allí se deja claro que la salida que se le da a la gestante es con recomendaciones, y con dicha salida no se pueden generar los nudos de cordón. Se dejó documentado el control en 3 días.

Ello soporta el BUEN ACTUAR MEDICO, y no la desatención como erradamente lo sostiene el despacho, sin sustento probatorio alguno.

Que pruebas obran dentro del expediente para afirmar que las atenciones anteriormente mencionadas, fueron desatenciones.

NO HAY PRUEBA ALGUNA DENTRO DEL EXPEDIENTE Honorable Magistra, salvo una manifestación que hace el abogado sin prueba de ello, y aún así el Juzgado lo tiene en cuenta, saltándose la normatividad probatoria al respecto.

La HISTORIA CLINICA no fue tachada, ni aparece reproche alguno sobre sus anotaciones. Esto es traído a colación para mostrar que lo que allí aparece registrado fue lo que efectivamente se le hizo a la madre gestante, y que, de ese manejo documentado, no aparece errores o mala praxis, o errores de diagnóstico o un inadecuado manejo médico.

Los exámenes tomados fueron los indicados, y los mismos fueron entregados a la madre gestante, conociéndolos ella de manera adecuada; Por eso causa extrañeza que el abogado de la parte demandante exprese que los mismos no le fueron entregados a la madre y que ese ocultamiento era indicio de mal manejo.

Contrario a ello, está en la HISTORIA CLINICA, que si se le entregaron y que si los conoció previamente a la hospitalización.

Estos no reflejaron anomalías en el embarazo, por el contrario, mostraba un embarazo bien manejado.

No se logra entender como concluye el fallador de primera instancia que la HC es incompleta e imprecisa. De donde se argumenta esa posición, cuando ni siquiera el INML, lo expresa, y con base en la misma es que procede a presentar el dictamen pericial que obra en el proceso.

NO HAY OBSERVACION del perito sobre la HC, como erradamente si lo hace el fallador.

Los nudos de cordón no son causados por las atenciones médicas, ni por los exámenes practicados a la madre, ni por manejos del cuerpo médico del hospital, estos por el contrario se presentan de manera casual.

Y más extraño aún que se presente en un cordón umbilical TRES NUDOS, y que el cordón esté entorchado como fue el presente caso.

Aquí con esas situaciones anormales, la posibilidad que se presentara el óbito aumentaba, como en efecto ocurrió.

Se trató de una muerte fetal natural por nudo triple de cordón que es inevitable, y que no tiene nada que ver con atenciones médicas como erradamente lo sostiene el Juzgado.

El Juzgado sin sustento alguno niega o no tiene en cuenta el accidente de cordón como causa probable del desenlace fatal, cuando el mismo está más que probado, máxime si tenemos en cuenta que se presentaron unas pruebas documentales donde se probaba el triple nudo de cordón y el entorchamiento del cordón, con un testimonio demasiado claro de un especialista gineco-obstetra (Dr NORMAN ALFREDO RODRIGUEZ URIBE), quien dicho sea de paso en su testimonio con elementos utilizados en las clases de especialización, procedió a mostrar lo acontecido con el bebe, y el triple nudo de cordón.

Desgraciadamente ese testimonio se rindió ante otro juez distinto al fallador, y se nota mi afirmación, pues de haberse observado el video y audio de la audiencia, bastaría para entender la verdadera causa del óbito fetal.

Aún así, es inentendible el proceder del fallo, pues en el fallo se habla sobre la tacha de falsedad, pero para efectos de exonerar al médico que rindió el testimonio (NORMAN ALFREDO RODRIGUEZ URIBE), más no para soportarse precisamente en esa documental arrimada con el testimonio, la cual es de valiosa importancia, ya

que muestra la verdad de la causa del óbito. Allí se muestra el triple nudo y el entorchamiento de un cordón.

Qué curioso, se exonera al médico de la tacha de falsedad que el abogado de la parte demandante temerosamente inició, pero no se acude a lo que verdaderamente interesa, y es el valor probatorio de esas fotografías que son muy importantes para las resultas del proceso.

El fallo Honorable Magistrada, se basa en premisas que no son ciertas, y en conexiones de ideas no probadas e hipotéticamente planteadas que son inadecuadas de acuerdo a las pruebas aportadas y desarrolladas a lo largo del proceso.

El Juzgado no tuvo en cuenta el accidente cordón como elemento causal del desenlace fatal del bebe, cuando es lo único probado dentro del proceso, y como el INML, lo sostiene.

Por lo anterior, de manera respetuosa solicito a los Honorables Magistrados **REVOCAR LA SENTENCIA** de primera instancia, y en su lugar declarar probadas las excepciones, pues no se probó la **CULPA**, y menos aún el **NEXO CAUSAL**.

respetuosamente.



LUIS FERNANDO PINZON GOMEZ
C. C. No 79.042.119 de Bogotá
T.P. No. 51.918 del C. S. de la J.

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA AYAZO PERNETH RV: RADICADO: 11001-31-03-004-2010-00431-04 - DEMANDANTE: MAURICIO TEHELEN BURITICA - DEMANDADOS: HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSE Y OTROS – ASUNTO: ALLEGA MEMORIAL SUSTENTA RECURSO DE APELACION -

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

Vie 11/08/2023 3:54 PM

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

📎 1 archivos adjuntos (121 KB)

SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN EXP 004-2010-00431-04.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA AYAZO PERNETH

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: Jairo Rincon Achury <jairorinconachury@hotmail.com>

Enviado: viernes, 11 de agosto de 2023 15:49

Para: Secretaria Sala Civil Tribunal Superior -Seccional Bogota <secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>;

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

Cc: camargocartagena@gmail.com <camargocartagena@gmail.com>; clalusegura@hotmail.com

<clalusegura@hotmail.com>; sapsalud@gmail.com <sapsalud@gmail.com>

Asunto: RADICADO: 11001-31-03-004-2010-00431-04 - DEMANDANTE: MAURICIO TEHELEN BURITICA -

DEMANDADOS: HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSE Y OTROS – ASUNTO: ALLEGA MEMORIAL SUSTENTA RECURSO DE APELACION -

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA -SALA CIVIL-

M.P. DRA. STELLA MARÍA AYAZO PERNETH

E. S. D.

Con Copia a

| |
|----------------------------|
| camargocartagena@gmail.com |
| clalusegura@hotmail.com |
| sapsalud@gmail.com |

**Referencia: ORDINARIO DE MAURICIO TEHELEN BURITICA Y OTROS CONTRA
FUNDACION INFANTIL HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SAN JOSE
EXPEDIENTE 11001-31-03-004-2010-00431-04**

En mi calidad de apoderado de **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**, en forma respetuosa me dirijo al despacho a efectos de sustentar el RECURSO DE APELACION en contra de la sentencia del 11 de junio de 2021, desarrollando los reparos a la sentencia, conforme memorial adjunto.

De los Señores Magistrados.

Cordialmente,

JAIRO RINCON ACHURY

Derecho de Seguros PUJ

Derecho Penal UN

Magister Ciencias Penales y Criminológicas UEC

Derecho Médico PUJ

Calle 26 A 13-97 ofs. 1105-1106 Y 1504

Edificio Bulevar Tequendama

Tels. 7042090 – 7042053 – 4884956 - 4884580

Señores

**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ -SALA CIVIL-
M.P. DRA. STELLA MARÍA AYAZO PERNETH
E. S. D.**

**Referencia: ORDINARIO DE MAURICIO TEHELEN BURITICA Y OTROS
CONTRA FUNDACION INFANTIL HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SAN
JOSE
EXPEDIENTE 11001-31-03-004-2010-00431-04**

JAIRO RINCON ACHURY, mayor y vecino de Bogotá, identificado como aparece al pie de mi correspondiente firma, en mi calidad de apoderado de **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**, en forma respetuosa me dirijo al despacho a efectos de sustentar el RECURSO DE APELACION en contra de la sentencia del 11 de junio de 2021, desarrollando los reparos a la sentencia.

REPAROS A LA SENTENCIA

1. El despacho concluye que conforme al informe de medicina legal el nudo de cordón umbilical pudo incidir en el óbito, pero no es razón suficiente para desconocer las desatenciones que se mencionan en la sentencia.

Frente a esta conclusión que se deriva del informe de medicina legal, hay una diferencia ostensible de interpretación, pues mientras el despacho concluye que ese nudo de cordón umbilical “pudo incidir en el óbito”, lo que en verdad indicó el INML es que la “probable causa de la muerte es hipoxia fetal secundaria a nudos verdaderos del cordón umbilical”. Hay una diferencia muy grande entre que algo puede incidir en un resultado, a que ese algo sea la causa probable.

Incluso en la respuesta a la pregunta número 52 en el dictamen que complementa el dictamen, el INML, fue claro al indicar que el manejo del feto con un NST reactivo y/o un CST positivo, dependían del escenario clínico, pues obvio es que la medicina no es una ciencia exacta, por ello el escenario clínico del momento de la atención es fundamental para llegar a una conclusión sobre la existencia o no de una falla médica, indicando el INML que en este caso se trataba de un feto a término y que la inducción del trabajo de parto con vigilancia continua de la FCF y de las contracciones uterinas “es razonable” en pacientes en quienes se planea un parto vaginal.

No hay que olvidar que lastimosamente el feo traía nudos verdaderos del cordón umbilical, por ello la probable causa de la muerte por hipoxia fetal por ello la causa de la muerte del feto se considera como natural.

Era imposible prever que el menor presentase tres nudos verdaderos del cordón umbilical.

El despacho hizo una errada interpretación del dictamen emitido por el INML, pues ese instituto fue claro al concluir que la posible causa de muerte fue la hipoxia fetal secundaria a los nudos verdaderos a los que se hizo mención y contrario a lo que concluye el despacho no hay una prueba que demuestre las desatenciones médicas, y la razón es que la parte demandante no cumplió con la carga que le impone el CGP de demostrar los hechos en los que basa sus pretensiones.

No hay la más mínima prueba de desatención y lo que si concluyó sin lugar a elucubraciones el INML es que el óbito tuvo como causa la hipoxia fetal que se generó por los nudos verdaderos que traía el feto.

Y es que las desatenciones que generaron la condena, ni siquiera tienen respaldo en el dictamen del INML.

En la respuesta 56, el INML indicó que incluso no era necesario realizar una cesárea inmediata, ni un perfil biofísico.

No era obligatorio el realizar una tocodinamometría para evaluar la actividad uterina, y era viable una valoración clínica con la palpación del abdomen.

En el caso que nos ocupa no hubo nunca emisión de signos de alarma.

El embarazo no estaba catalogado como embarazo de alto riesgo.

Se repite el INML indicó y concluyó que una opción válida como prueba de bienestar fetal ante un NTS no reactivo es la PTC o CST no necesariamente un perfil biofísico ni llevar a cabo una cesárea inmediata.

No hay una prueba que concluya, como lo hace el despacho que se presentó una desatención que generó el óbito fetal.

2. El despacho trata de basar su decisión que accede a las pretensiones de la demanda, en el informe del INML, pero del mismo no se derivan las conclusiones a las que el despacho llega cuando afirma que la atención del 3 de junio de 2009, no se ajustó a los lineamientos de la lex médica y el alta del 31 de mayo no tiene enunciación clara y detallada de los signos de alarma.

DERECHO DE SEGUROS
PUJ
DERECHO PENAL
UN
MAGISTER CIENCIAS PENALES
Y CRIMINOLÓGICAS
UEC
DERECHO MÉDICO
PUJ

La atención del 3 de junio fue adecuada, no solo conforme a las conclusiones del INML, sino porque obra en la historia clínica que en la fecha indicada conforme a la nota médica se ordenó la hospitalización de la paciente para la inducción al trabajo de parto, para estimular las contracciones uterinas que conduzca al parto vaginal.

En la nota médica del 31 de mayo, se deja la constancia que la salida se da con signos de alarma, y no solo eso se deja constancia que se dan recomendaciones generales y control en 3 días, si bien no se detallan todos los signos de alarma que se dieron, hay prueba que los mismos se dieron conforme a las necesidades y características de la atención y condición que tenía la paciente.

Para que se demostrara que la atención del 3 de junio no se ajustó a los lineamientos de la lex artis médica, el demandante debió aportar dictamen pericial para cumplir con su deber de probar, pues no se optó por el despacho de distribuir el deber de probar en persona del demandado.

Ha dicho la Corte Suprema de Justicia, **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, MARGARITA CABELLO BLANCO, Magistrada Ponente, SC12947-2016, Radicación nº 11001 31 03 018 2001 00339 01**, Aprobado en sesión de catorce de junio dos mil dieciséis), Bogotá, D.C., quince (15) de septiembre de dos mil dieciséis (2016).

"De lo expuesto surge que ante el requerimiento de definir la responsabilidad de un profesional de la medicina o del establecimiento hospitalario, la carga probatoria tendiente a acreditar los elementos de la misma queda subsumida, en línea de principio, en las reglas generales previstas en los artículos 1604 del C.C. y 177 del C. de P.C., en otros términos, debe ser asumida por parte del actor. No obstante, como lo ha venido señalando la jurisprudencia, a quien, en últimas, le corresponde acometer ese compromiso es aquel litigante que esté en mejores condiciones para la acreditación del hecho a probar (carga dinámica de la prueba), determinación a cargo del funcionario, según su criterio, aunque

referido a circunstancias objetivas que devalen la real posibilidad de que una u otra parte sea la llamada a ejercer ese rol.

En el asunto analizado, obsérvese que el juzgador, al aprehender el estudio de la controversia, de entrada, dejó señalado que *'en línea de principio'*, el interesado era el llamado a demostrar el comportamiento culpable del médico. Y, evidentemente, en otros episodios de la sentencia puso de presente que esa carga debía ser soportada por los demandantes."

3. Contrario a lo concluido por el despacho en la historia clínica están registradas y documentadas las adecuadas y precisas intervenciones que se realizaron.

Conforme a la ley 23 de 1981 en su artículo 34, la historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Para este evento obra en el proceso la historia clínica, que como pueden observar los señores Magistrados, hay un registro completo de la atenciones brindadas, las notas médicas, los exámenes ordenados, la hora en que se hace la atención y se deja la nota, las recomendaciones que se dan, el resultado de las pruebas practicadas, por ende al ser una historia clínica completa no puede indicarse que la historia clínica adolece de fallas que conlleven al incumplimiento del deber de registrar las condiciones de salud de la paciente y el feto.

La historia no solo es ordenada, sino si además revisamos el dictamen del INML, las conclusiones a las que llegó lo fueron basados en esta prueba documental no echo de menos prueba alguna, ni mencionó que la misma estuviera incompleta o adulterada o mal registrada. No se encuentra razón alguna para hallarle razón al fallador de primera instancia que la historia adolezca de imprecisiones o fallas, esté incompleta, pues fue la base misma del dictamen en el que se transcriben todas las atenciones.

4. La causa de la muerte del feto fue natural.

La formación de nudos en el cordón umbilical aunque no ocurren frecuentemente si ocurren en algunos embarazos y debido a que los vasos sanguíneos se comprimen cuando un nudo se aprieta, cabe recordad que en ese caso el feto presentaba no uno sino tres nudos verdaderos, siendo estos nudos peligrosos aumentando la posibilidad de muerte fetal, lo que en este evento lastimosamente ocurrió, pero no por falla de la asegurada, sino por la condiciones misma del feto, siendo imposible no solo prever la presencia de los mismos, sino lastimosamente evitar la muerte del feto, es un factor de riesgo

que no puede endilgarse a una falla médica, sino a la presencia de un daño no atribuible a la parte demandada, por ello al acaecer la muerte la consecuencia es concluir que la causa de muerte es natural pero no derivada de una falla médica, sino la consecuencia de los tres nudos verdaderos que traía el cordón umbilical.

5. Era imposible prever que el menor por nacer presentase tres nudos verdaderos del cordón umbilical.

No era posible prever la presencia de los tres nudos verdaderos, se está endilgando responsabilidad por un daño que se presentaba en el cordón umbilical a la asegurada, cuando la génesis del daño se da en el desarrollo mismo del feto, situación que no era posible prever, la asegurada dio la atención conforme a las necesidades de la paciente, pero la causa misma de la muerte es la presencia misma de los tres nudos verdaderos lo que no puede atribuirse a la asegurada.

6. Contrario a lo que concluye el despacho, el INML indicó que en casos como el que nos ocupa no siempre se realiza tocodinamometría para evaluar la actividad uterina ya que la misma puede valorarse clínicamente con la palpación del abdomen y que no hubo nunca emisión de signos de alarma ni catalogado como embarazo de alto riesgo y que una opción válida como prueba de bienestar fetal ante un NTS no reactivo es la PTC o CST no necesariamente un perfil biofísico ni llevar a cabo una cesárea inmediata, como antes de indicó.

PETICION

En forma respetuosa solicito a los señores Magistrados revocar la sentencia, para en su lugar declarar probadas las excepciones propuestas.

De los Señores Magistrados.

Cordialmente,


JAIRO RINCON ACHURY
C.C. 79.428.638 DE BOGOTA
T.P. No. 64.639 DEL C.S. DE LA J.

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA AYAZO PERNETH RV: RADICADO: 11001-31-03-004-2010-00431-04 - MAURICIO TEHELEN Y OTROS VS HOSPITAL INFANTIL DESAN JOSE Y OTROS – ASUNTO: HOSPITAL SUSTENTA RECURSO DE APELACION

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Lun 14/08/2023 8:46 AM

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

 1 archivos adjuntos (181 KB)

Sustento apelación sentencia HIUSJ.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA AYAZO PERNETH

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: Secretaria Sala Civil Tribunal Superior -Seccional Bogota <secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: lunes, 14 de agosto de 2023 8:43

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

Cc: clalusegura@hotmail.com <clalusegura@hotmail.com>

Asunto: RV: RADICADO: 11001-31-03-004-2010-00431-04 - MAURICIO TEHELEN Y OTROS VS HOSPITAL INFANTIL DESAN JOSE Y OTROS – ASUNTO: HOSPITAL SUSTENTA RECURSO DE APELACION

Cordial saludo,

Se remite por competencia a OSCAR CELIS FERREIRA - SECRETARIO JUDICIAL DE LA SALA CIVIL, cualquier inquietud sobre su proceso debe dirigirla al correo secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

LAURA MELISSA AVELLANEDA MALAGON

Secretaria Administrativa de la Sala Civil

Tribunal Superior de Bogotá

PBX 6013532666 Ext. 8378

Línea gratuita nacional 018000110194

secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Avenida Calle 24A No. 53-28, Of. 305 C

Bogotá D.C.

De: Claudia Segura <clalusegura@hotmail.com>

Enviado: lunes, 14 de agosto de 2023 8:00

Para: Secretaria Sala Civil Tribunal Superior -Seccional Bogota <secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: camargocartagena@gmail.com <camargocartagena@gmail.com>; Fernando Pinzon

<fernandopinzonegomez@gmail.com>; jairorinconachury@hotmail.com <jairorinconachury@hotmail.com>

Asunto: RADICADO: 11001-31-03-004-2010-00431-04 - MAURICIO TEHELEN Y OTROS VS HOSPITAL INFANTIL DESAN JOSE Y OTROS – ASUNTO: HOSPITAL SUSTENTA RECURSO DE APELACION

Referencia: ORDINARIO DE MAURICIO TEHELEN BURITICA Y OTROS CONTRA FUNDACION INFANTIL HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SAN JOSE EXPEDIENTE 11001-31-03-004-2010-00431-04

En mi calidad de apoderada del **HOSPITAL INFANTIL UNIVERSITARIO DE SAN JOSE** , remito memorial con sustentación al RECURSO DE APELACION y reparos a la sentencia del 11 de junio de 2021,

De los Señores Magistrados.

Cordial saludo,



Claudia L. Segura Acevedo
Abogada



HOSPITAL INFANTIL
UNIVERSITARIO
DE SAN JOSÉ

HOSPITAL INFANTIL UNIVERSITARIO DE SAN JOSÉ

NIT: 900098476-8

Señores

MAGISTRADOS TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

Sala Civil

Atn: Dr. STELLA MARIA AYAZO PERNETH- Magistrada Ponente

E. S. D.

Ref: Radicación 11001310300420100043104

Proceso de MAURICIO TEHELEN BURÍTICA Y OTROS
contra FUNDACION HOSPITAL INFANTIL DE SAN
JOSE Y OTROS

SUSTENTACION DEL RECURSO DE APELACION contra la sentencia
notificada por Estado el 15 de junio de 2021

CLAUDIA LUCIA SEGURA ACEVEDO, identificada como aparece al pie de mi firma, en mi calidad de apoderada de la FUNDACION HOSPITAL INFANTIL DE SAN JOSE, de conformidad con lo dispuesto en el auto notificado por estado el 11 de agosto de 2023, me permito sustentar dentro del término EL RECURSO DE APELACION interpuesto y admitido en contra de la sentencia dictada por el Juzgado 28 Civil del Circuito de esta ciudad, a fin de que los señores Magistrados de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá REVOQUEN LA MISMA, y en su lugar declaren que no prosperan las pretensiones de la demanda y que no hay lugar a condenar a mi representada.

Lo anterior con base en las siguientes consideraciones:

I. LOS HECHOS Y LAS ACTUACIONES PROCESALES

MANOS CÁLIDAS Y CONFIABLES

Entrada Principal: Carrera 52 No. 67A -71 • Urgencias: Carrera 53 N. 67A-18
Central de Citas: 208 8338 • PBX: (+571)4377540
Bogotá D.C., Colombia.

www.hospitalinfantildesanjose.org.co



HOSPITAL INFANTIL
UNIVERSITARIO
DE SAN JOSÉ

HOSPITAL INFANTIL UNIVERSITARIO DE SAN JOSÉ

NIT: 900098476-8

Los hechos que dieron lugar a este proceso tuvieron ocurrencia en las instalaciones del HOSPITAL INFANTIL DE SAN JOSÉ para mediados del año 2009 cuando se atendió médicamente a la señora Johanna Ortegón con ocasión de su parto, en el cual se presentó un óbito fetal menor.

Con base en lo anterior, ella su compañero y otros familiares interpusieron demanda de responsabilidad civil contra mi representada, proceso en el cual se practicaron interrogatorios de parte, pruebas testimoniales y periciales que culminaron en la sentencia que hoy se impugna.

II. LA SENTENCIA RECURRIDA

Con fecha de junio de 2021 y notificación en el estado del 15 de junio de 2021, el Juzgado 28 Civil del Circuito de Bogotá, dictó la correspondiente sentencia mediante la cual resolvió declarar que la FUNDACION HOSPITAL INFANTIL DE SAN JOSE es responsable civil y solidariamente con la llamada en garantía SAP SALUD, por las fallas en la prestación del servicio médico prestado a la señora JOHANA ORTEGON y en consecuencia condenó a las mismas al pago de perjuicios morales y daño a la vida en relación en favor de los padres y otros familiares del óbito fetal.

Considera el juzgado como fundamento de la condena que la atención dispensada a la referida gestante surtida el 3 de junio de 2009 no se ajustó a los lineamientos de la lex médica que debía agotarse en el caso particular, pues conoció que la paciente tenía registro de monitoria de frecuencia cardiaca con variabilidad disminuida persistente, lo que sugería estado fetal no satisfactorio e incrementaba el riesgo de mortalidad fetal, pero no actuó oportunamente para minimizarlo. Por el contrario, no realizó la prueba de tolerancia a las contracciones, que en caso de haberse verificado en oportunidad podían dar la indicación de un parto

MANOS CÁLIDAS Y CONFIABLES

Entrada Principal: Carrera 52 No. 67A -71 • Urgencias: Carrera 53 N. 67A-18
Central de Citas: 208 8338 • PBX: (+571)4377540
Bogotá D.C., Colombia.

www.hospitalinfantildesanjose.org.co



HOSPITAL INFANTIL
UNIVERSITARIO
DE SAN JOSÉ

HOSPITAL INFANTIL UNIVERSITARIO DE SAN JOSÉ

NIT: 900098476-8

expedito a través de cesárea, ni la reanimación intrauterina. del feto, para mejorar el suministro de oxígeno del feto y favorecer su supervivencia.

Reconoce que aunque se documentó la existencia de un nudo verdadero en el cordón umbilical del mortinato, su descripción en la historia fue bastante lacónica, y aduce que no permite dimensionar como incidió en la muerte del feto.

III. SUSTENTO DEL RECURSO IMPETRADO

En relación con la decisión de fondo manifiesto inconformidad con la misma por lo siguiente:

3.1. Procesalmente se incurrió en graves demoras para dictar el fallo de fondo porque aún reconociendo la suspensión de términos por la pandemia, este proceso que comenzó en el año 2010 solo tuvo sentencia de primera instancia 11 años después, pero lo que es más grave y llamativo es que encontrándose al Despacho para dictar sentencia desde el 10 de marzo de 2020, solo se profirió la misma el día 11 de junio notificándola el día 15 de junio de 2021.

Así las cosas la sentencia además fue dictada por un Juez que no presencié las pruebas ni escuchó los alegatos de conclusión efectuados por las partes lo que lleva a que adolezca de errores y malas interpretaciones de los testimonios técnicos y demás pruebas aportadas al proceso y a que el juzgador de primera instancia llegue a conclusiones equivocadas

3.2. La sentencia de primera instancia desconoce ilegalmente que la carga de la prueba de acuerdo con la ley y con la jurisprudencia, le corresponde al demandante, y que en consecuencia debe el demandante no solo aseverar sino “probar” los elementos de la responsabilidad civil y principalmente para este caso

MANOS CÁLIDAS Y CONFIABLES

Entrada Principal: Carrera 52 No. 67A -71 • Urgencias: Carrera 53 N. 67A-18
Central de Citas: 208 8338 • PBX: (+571)4377540
Bogotá D.C., Colombia.

www.hospitalinfantildesanjose.org.co



HOSPITAL INFANTIL
UNIVERSITARIO
DE SAN JOSÉ

HOSPITAL INFANTIL UNIVERSITARIO DE SAN JOSÉ

NIT: 900098476-8

que existió culpa de la demandada generada por imprudencia negligencia o impericia.

La demanda hace aseveraciones que el juzgado toma como fundamento de su sentencia, pero sin soporte científico alguno y desconociendo los testimonios técnicos que se practicaron a lo largo de este proceso, así como el concepto del Instituto de Medicina Legal

El artículo 167 del CGP es claro en determinar que si bien el juzgador puede INVERTIR la carga de la prueba debe advertirlo así a las partes, incluso en cualquier momento del proceso antes de fallar, pero ello no ocurrió.

Aún sin tener prueba pericial que determine la negligencia o culpa de la IPS demandada simplemente extrae conclusiones de la nada y afirma que “con sujeción a los referidos datos de la historia clínica, puede colegirse que la institución prestadora de servicios de salud demandada incurrió en las fallas que a continuación se sintetizan” y tales fallas no las apoya en ninguna prueba técnica sino que termina haciendo suyas afirmaciones de la demanda que no pasan de ser simples afirmaciones

De esta manera inobservó también el artículo 280 del Código General del Proceso que expone que 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.

Así las cosas el Juzgador falló un caso de presunta responsabilidad médica, sin tener en cuenta que la parte demandante no demostró los hechos en los que basó sus pretensiones y que no se aportó una prueba pericial que concluyera que las fallas que indica la sentencia estuviesen probadas, desconociendo jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que expone que aún existiendo libertad probatoria, al ser el juez ajeno al conocimiento médico, un dictamen pericial, un documento o

MANOS CÁLIDAS Y CONFIABLES

Entrada Principal: Carrera 52 No. 67A -71 • Urgencias: Carrera 53 N. 67A-18
Central de Citas: 208 8338 • PBX: (+571)4377540
Bogotá D.C., Colombia.

www.hospitalinfantildesanjose.org.co



HOSPITAL INFANTIL
UNIVERSITARIO
DE SAN JOSÉ

HOSPITAL INFANTIL UNIVERSITARIO DE SAN JOSÉ

NIT: 900098476-8

testimonio técnico científico, pueden ilustrar al juez sobre la causa probable o cierta de la producción del daño pues las historias clínicas no son reveladoras por sí solas de fallas médicas que puedan ser interpretadas solo por el juez.

3.3. Dentro del mismo contexto anterior, desconoce que la causa del óbito fueron los 3 nudos verdaderos del cordón umbilical como lo expresa el Instituto de Medicina Legal pero lo malinterpreta el Despacho. En efecto, el Instituto de Medicina Legal reconoce que "Los nudos verdaderos pueden no solo causar muerte intrauterina o intraparto, sino también hipoxia fetal y daño neurológico, tienen una mortalidad global de aproximadamente el 10%".

El Despacho considera que esto implica que el nudo de cordón umbilical pudo incidir en el óbito, pero que dado el contexto de producción del óbito fetal este podría evitarse ya que la probabilidad de muerte es de diez de cada cien gestaciones, es decir 10/100.

Esta conclusión no tiene ningún soporte legal ni técnico científico por lo cual no es de recibo.

3.4. No es cierto que si se hubiera realizado una cesárea a la paciente, se hubiera podido conjurar el tema llevando a otro resultado. Esa conclusión es producto equivocado de no haber valorado debidamente los testimonios técnicos recepcionados en los que se explicó por qué razón en este caso la cesárea no estaba indicada. En la sustentación de segunda instancia se profundizará sobre lo anterior

3.5. Desestimó la sentencia el principio según el cual las obligaciones que se pactaron son obligaciones de medio y no de resultado, razón por la cual en términos de servicios de salud el Hospital no se comprometía con el resultado, sino ponía a disposición de la paciente, todos los medios médicos, técnico científicos y humanos debiendo en consecuencia someterse al alevos que implica el ejercicio de una profesión como la medicina, que a no es una ciencia exacta, y debe sujetarse a la respuesta de cada individuo y a situaciones impredecibles e irresistibles como la presentada en este proceso

MANOS CÁLIDAS Y CONFIABLES

Entrada Principal: Carrera 52 No. 67A -71 • Urgencias: Carrera 53 N. 67A-18
Central de Citas: 208 8338 • PBX: (+571)4377540
Bogotá D.C., Colombia.

www.hospitalinfantildesanjose.org.co



HOSPITAL INFANTIL
UNIVERSITARIO
DE SAN JOSÉ

HOSPITAL INFANTIL UNIVERSITARIO DE SAN JOSÉ

NIT: 900098476-8

3.6 Respecto de la responsabilidad de la llamada en garantía SAP SALUD se tiene que la sentencia en su numeral cuarto dispone: “Declarar que la llamada en garantía Fundación Samsalud (sic) concurrirá con la demandada Fundación Hospital Infantil Universitario de San José, en el pago de la totalidad de la indemnización aquí reconocida.”

A ese respecto se deberá aclarar cual es el pago que debe asumir porque el llamamiento respectivo solicitó con base en el contrato que la fundación SAP SALUD asuma la condena que le corresponda en su totalidad al Hospital y así debe declararse en caso de no prosperar la solicitud de revocatoria de la sentencia

Por todo lo anteriormente expuesto solicito **REVOCAR LA SENTENCIA CONDENATORIA** y en su lugar declarar que no prosperan las pretensiones de la parte demandante. **Subsidiariamente** y si los H. Magistrados confirmaran el sentido del fallo debe modificarse la condena imponiendo a la llamada en garantía el correspondiente pago de conformidad con lo expuesto en el numeral 3.6

Atentamente,

CLAUDIA LUCIA SEGURA ACEVEDO

C.C. 35.469.872 BOGOTÁ

T.P. 54.271C.S.J.

MANOS CÁLIDAS Y CONFIABLES

Entrada Principal: Carrera 52 No. 67A -71 • Urgencias: Carrera 53 N. 67A-18

Central de Citas: 208 8338 • PBX: (+571)4377540

Bogotá D.C., Colombia.

www.hospitalinfantildesanjose.org.co

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA SAAVEDRA LOZADA RV: Pertenencia de JORGE SOSTE ESCOBAR vs. OLGA LUCIA ARIAS RAMIREZ Y PERSONAS INDETERMINADAS- No. 2020-571.

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

Mar 22/08/2023 12:23

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

 1 archivos adjuntos (240 KB)

Soste abierto. Bravo Berta. Tribunal.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA SAAVEDRA LOZADA

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: fernando jaramillo vargas <fernando.jaramillo.vargas@hotmail.com>

Enviado: martes, 22 de agosto de 2023 11:31

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

Asunto: Pertenencia de JORGE SOSTE ESCOBAR vs. OLGA LUCIA ARIAS RAMIREZ Y PERSONAS INDETERMINADAS- No. 2020-571.

Señores
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA
Sala Civil
Magistrada Ponente: Dra. Adriana Saavedra Lozada
E. S. D.

REF: Pertenencia de JORGE SOSTE ESCOBAR vs. OLGA LUCIA ARIAS RAMIREZ Y PERSONAS INDETERMINADAS- No. 2020-571.

Aporto con este correo un memorial dentro del trámite de apelación de la sentencia.

Atentamente,

FERNANDO JARAMILLO VARGAS

Señores Magistrados
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
Sala Civil
Magistrada Ponente: Dra. Adriana Saavedra Lozada
E. S. D.

REF: Pertinencia de JORGE SOSTE ESCOBAR vs. OLGA LUCIA ARIAS RAMIREZ Y PERSONAS INDETERMINADAS- No. 2020-571.

En mi condición de curador *ad litem* de los indeterminados de **BERTHA BRAVO AREVALO**, estando del término concedido para ello, procedo a presentar las alegaciones de rigor, básicamente insistiendo en las excepciones presentadas al contestar la demanda, desde luego que sus razones, aumentadas con las que adujo a sentencia de primer grado son suficientes para mantenerla en un todo.

2. El demandante, por virtud de las acciones judiciales desarrolladas por la demandada careció de *animus* posesorio.

Hago consistir esta excepción en el hecho de que la demandada OLGA LUCIA RAMIREZ ARIAS, como aparece en el expediente, promovió en contra del demandante JORGE SOSTE ESCOBAR dos acciones judiciales ordenadas a la protección de sus derechos de propietaria: una para que se incluyera, en una partición adicional, el inmueble objeto de ese proceso, que había sido omitido en la disolución y liquidación efectuada entre ellos de mutuo acuerdo, y otra cuando promovió en contra del demandante SOSTE ESCOBAR un proceso divisorio, el cual, según lo dicho por este último, está activo.

Es evidente, entonces, que desde la promoción de tales acciones judiciales, la demandante en las mismas hizo valer frente a SOSTE ESCOBAR su derecho de propietaria, oponiéndolo a cualquiera pretensión de este último.

Así las cosas, y dado que se entiende por *animus* en una relación posesoria, la convicción íntima de sentirse propietario de lo poseído, vale decir el estado psicológico de no reconocer en nadie un mejor derecho, es claro que dicho estado subjetivo no pudo existir en quien hoy pretende usucapir el 50% de dominio de la casa, desde luego que, a un mismo tiempo, no puede nadie sentirse dueño de algo, pero, por virtud del cuestionamiento judicial de su derecho por el verdadero propietario, saber y reconocer en este un mejor derecho.

Queda, entonces, claro que quien en este proceso demanda en pertenencia no tuvo desde que se trabaron los procesos que le incoó OLGA LUCIA RAMIREZ ARIAS, *animus* de poseedor, y careciendo del mismo, no es un verdadero poseedor que pueda ser declarado dueño.

Existiendo entre el demandante y la demandada una relación conyugal, mal puede aquel pretender que poseyó el inmueble con exclusión de esta.

Es cierto que en el proceso no obra la partida civil de matrimonio entre JORGE SOSTE ESCOBAR y OLGA LUCIA ARIAS RAMIREZ. Sin embargo, de la demanda brota la evidencia de que están casados, pues así lo dice la disolución y liquidación de su sociedad conyugal, la cual dejó incólume el vínculo matrimonial.

En estas condiciones, siendo uno y otra legalmente cónyuges, su relación con el inmueble cuya denuncia como bien social inicialmente fue omitida, fue la propia ejercida dentro de la sociedad conyugal, sin que pueda decirse que cuando, en diciembre 1994, disolvieron y liquidaron esta por escritura pública, dicha relación material se extinguió, pues, precisamente por razón de dicha omisión, se tramitó el proceso de partición adicional, en el cual, según el expediente, a cada cónyuge se le adjudicó el 50% del dominio de la casa.

Esta decisión judicial demuestra que OLGA LUCIA ARIAS ejerció actos posesorios de naturaleza jurídica sobre el inmueble.

El demandante no ha poseído el inmueble de manera excluyente durante el lapso exigido por la ley para ser declarado dueño.

Como en este caso se presenta la figura de pertenencia entre comuneros, es claro que existiendo entre el demandante y la demandada un vínculo conyugal, no puede afirmarse que aquel ha poseído con exclusión de aquella (art. 375-3 del C.G. del P.) desde luego que debe entenderse que en presencia de este vínculo uno y otra poseen el inmueble de común acuerdo.

En estas condiciones, se concluye que el demandante no ha poseído por sí mismo y de manera excluyente el inmueble, razón por la cual su pretensión de pertenencia no puede prosperar.

Señores Magistrados,



FERNANDO JARAMILLO VARGAS
T.P. No. 18.639 del C.S.J.

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA SAAVEDRA LOZADA RV: SUSTENTACION AL RECURSO DE APELACIÓN RADICADO: 110013103051-2021-00345-01 DE YURY ALVARADO ROMERO Y OTROS VS ERIEN SÁNCHEZ AGUDELO Y OTROS.

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota
<secscribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mar 15/08/2023 15:11

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

📎 1 archivos adjuntos (120 KB)

SUSTENTACION APELACION ANTE EL TRIBUNAL2021-00345-01.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA SAAVEDRA LOZADA

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: secscribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

De: hugo moreno <hmoreno@morenoygarciaabogados.com>

Enviado: martes, 15 de agosto de 2023 14:42

Para: Secretaria Sala Civil Tribunal Superior -Seccional Bogota <secscribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota <secscribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>; kll281192@hotmail.com <kll281192@hotmail.com>; rodriguezambranowilliamandres@gmail.com <rodriguezambranowilliamandres@gmail.com>; co-notificacionesjudiciales@libertycolombia.com <co-notificacionesjudiciales@libertycolombia.com>; jfelipetorresv@lexia.co <jfelipetorresv@lexia.co>; schaux@lexia.co <schaux@lexia.co>

Asunto: SUSTENTACION AL RECURSO DE APELACIÓN RADICADO: 110013103051-2021-00345-01 DE YURY ALVARADO ROMERO Y OTROS VS ERIEN SÁNCHEZ AGUDELO Y OTROS.

Señores:
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.- SALA 001 CIVIL
HONORABLE MAGISTRADA
Dra. ADRIANA SAAVEDRA LOZADA
E. S. D.

REF. PROCESO DECLARATIVO DE RESPONSABILIDAD CIVIL.

RADICADO: 110013103051-2021-00345-01

DEMANDANTES: YURY ALVARADO ROMERO Y OTROS.

DEMANDADOS: ERIEN SÁNCHEZ AGUDELO Y OTROS.

HUGO HERNANDO MORENO ECHEVERRY, abogado titulado, identificado al firmar, actuando como apoderado especial de la parte demandante en el proceso de la referencia; habiendo dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 322 numeral 3 inciso segundo del C.G.P., precisando los reparos concretos en que se

fundamenta nuestra inconformidad con la sentencia de primera instancia proferida el 14 de junio de 2022 por el Juez 51 Civil del Circuito, que negó en su totalidad las pretensiones de la demanda; procedemos en consecuencia, dentro del referido marco impugnatorio, a **SUSTENTAR el recurso de APELACIÓN.**

--

Cordialmente,

HUGO H. MORENO ECHEVERRY

ABOGADO

Señores:

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.- SALA 001 CIVIL
HONORABLE MAGISTRADA Dra. ADRIANA SAAVEDRA LOZADA
E. S. D.

REF. PROCESO DECLARATIVO DE RESPONSABILIDAD CIVIL.

RADICADO: 110013103051-2021-00345-01

DEMANDANTES: YURY ALVARADO ROMERO Y OTROS.

DEMANDADOS: ERIEN SÁNCHEZ AGUDELO Y OTROS.

HUGO HERNANDO MORENO ECHEVERRY, abogado titulado, identificado al firmar, actuando como apoderado especial de la parte demandante en el proceso de la referencia; habiendo dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 322 numeral 3 inciso segundo del C.G.P., precisando los reparos concretos en que se fundamenta nuestra inconformidad con la sentencia de primera instancia proferida el 14 de junio de 2022 por el Juez 51 Civil del Circuito, que negó en su totalidad las pretensiones de la demanda; procedemos en consecuencia, dentro del referido marco impugnatorio, a SUSTENTAR el recurso de APELACIÓN, expresando las razones de inconformidad con la providencia apelada:

PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER EN LA SEGUNDA INSTANCIA.-

Se trata en primer lugar, de determinar si en el caso bajo estudio, hace presencia o no la situación fáctico-jurídica del llamado transporte benévolo, y si en tal condición, es aplicable la sistemática de la responsabilidad civil extracontractual con culpa probada.

Derivado de lo anterior, habrá de determinarse, si existe o no la prueba de la responsabilidad del agente.

La jurisprudencia sobre responsabilidad civil extracontractual que distingue entre la sistemática de la culpa probada y la culpa presunta, es abundante en el derecho colombiano.

Por ende, se ha dicho, que cuando “el daño se produce como consecuencia de una actividad peligrosa, dentro de la cual se ha

considerado siempre la conducción de vehículos automotores,(Gacetas Judiciales LXXIII, pág. 2169 y XCV, página 649) “a la víctima que pretende ser indemnizada, le basta demostrar el hecho dañoso ocurrido como consecuencia directa y necesaria del desarrollo de la actividad peligrosa que desempeñaba el demandado, es decir, está exenta de la carga probatoria en cuanto al elemento culpa (Gaceta Judicial LIX, pág. 820; LXXI, pág. 114 y LXXIII, pág. 469).

En este orden de ideas, en tratándose de la responsabilidad civil extracontractual generada con ocasión del ejercicio de las actividades peligrosas, a la cual se aplica la teoría de la culpa presunta, ha preconizado la H. Corte Suprema de Justicia que “el autor del daño sólo puede exonerarse de su responsabilidad civil extracontractual, cuando demuestre que el perjuicio se produjo por caso fortuito, fuerza mayor o la culpa exclusiva de la víctima o de un tercero” (G.J. LXX, pág. 314).

Descendiendo al caso sub examine, resulta palmar que entre el hoy fallecido y el demandado, se estableció un contrato de transporte de mercancías entre dos puntos de la geografía nacional; actividad catalogada dentro de las actividades peligrosas; por lo que, de entrada, forzoso resulta colegir que el operador jurídico de primera instancia debió analizar la cuestión debatida desde la óptica del precitado artículo 2356 del Código Civil, y no bajo el alero del artículo 2341 ejusdem; norma esta última que constituye el texto angular de la responsabilidad aquiliana; por lo que, se censura a la providencia de primera instancia el error de derecho que deriva de inaplicar la primera y aplicar indebidamente la segunda de las mencionadas disposiciones sustantivas del código civil; lo que resulta suficiente para la información del fallo recurrido.

Infortunadamente, no encontró el fallador que entre el transporte de las mercancías y la presencia del propietario de la carga dentro del vehículo existió un vínculo jurídico indisoluble, de causa-efecto, en la medida en que fue requisito *sine qua non* para la celebración del negocio jurídico comercial, que el señor ÁNGEL OCTAVIO MARTÍNEZ BUITRAGO se transportara igualmente junto con las mercaderías, dentro del mismo automotor; lo cual fue aceptado por el transportador.

De allí, se puede deducir con facilidad que el hilo contractual es insoslayable, y por consecuencia, no se podría decir que el señor OCTAVIO MARTÍNEZ BUITRAGO se transportaba dentro del rodante, como un acto de mera liberalidad del conductor del mismo ERIEN SÁNCHEZ AGUDELO.

No se trató en forma alguna, respetados Magistrados, que el hoy fallecido, señor ÁNGEL OCTAVIO MARTÍNEZ BUITRAGO, se encontrara en la carretera o en el sitio de partida del camión, y que el conductor hubiese decidido, como un simple favor, de manera unilateral, transportarlo dentro del vehículo de carga; porque el conjunto de las evidencias, desconocidas todas por el fallador de primer grado, como se ha dicho, y ahora se insiste, apunta a señalar que dicha circunstancia hizo parte preponderante del acuerdo de voluntades, siendo una de las condiciones del contrato de transporte de mercancías que a no dudarlo, fue celebrado verbalmente entre las partes.

Es cierto que el hoy obitado, se estaba beneficiando del transporte, pero no como producto de un acto de mera liberalidad del conductor, sino como contrapartida de un contrato de transporte de mercancías.

Se equivoca abiertamente el Juzgador cuando preconiza que por tratarse de un vehículo de carga y no de pasajeros, la presencia dentro del automotor, del dueño de la mercancía transportada, hace que el transporte se torne en benévolo; cuando por el contrario, evidente resulta que sí existió un contrato principal de transporte de mercancías, que llevaba anexo la condicionante que el propietario podía acompañar (seguramente para cerciorarse de la seguridad de la misma), sus mercaderías; siendo aquí aplicable el principio de que lo accesorio, sigue la suerte de lo principal, y por ende, el transporte del señor MARTÍNEZ BUITRAGO, hacía parte de la estipulaciones del susodicho negocio jurídico contractual; lo cual no puede ser desligado, por encontrarse unido a través de un sólido vínculo o relación de causalidad.

Pregonar entonces, que estamos ante la modalidad de transporte benévolo para relevar la presunción de culpa en la actividad peligrosa, comporta una verdadera distorsión de la manera en que ocurrieron los hechos, y un claro desconocimiento del contenido material de los medios de conocimiento arrojados al proceso.

El juzgador concluyó que:

“mal podría decirse la existencia de un riesgo desmesurado o excesivo que es lo que justifica la aplicación de la responsabilidad por actividades peligrosas, cuando el mismo fallecido era partícipe, por lo menos beneficiario de esta actividad”.

La anterior sentencia, rompe totalmente con toda la doctrina existente sobre la responsabilidad presunta derivada de los

daños causados con ocasión del ejercicio de las actividades peligrosas, y además, se torna en dialógica y protuberantemente contradictoria; ya que no es cierto que en este caso, el dueño de la carga “**participara**” de la actividad, ya que él no se encontraba conduciendo el vehículo, ni fungía como asistente o ayudante del conductor, como erradamente pareciera sugerirlo el fallo de primera instancia.

Que el dueño de la carga, se “**beneficiara**” de la actividad, tampoco sitúa el debate en el terreno del transporte benévolo; puesto que el “beneficio” que destaca el fallador, consistiría en transportarse de un lugar a otro, contraprestación jurídico-contractual que también es recibida por los pasajeros que se movilizan en los vehículos de transporte público en la modalidad de transporte de personas, y en estos últimos casos, no puede alegarse que entonces desaparece del panorama jurídico la actividad peligrosa, como mal lo pretende el fallo atacado.

En los contratos bilaterales, ambas partes reciben beneficio, utilidad, contraprestación, las cuales se tienen como equivalentes. El dueño de la carga, paga por el transporte, y recibe como beneficio el traslado de las mercancías de un lugar a otro. Igual ocurre en la modalidad de transporte de pasajeros.

Síguese, de lo anterior, que el “beneficio” que recibiera el señor MARTÍNEZ BUITRAGO, de desplazarse entre dos puntos, junto con la carga de su propiedad, *per se*, no desnaturaliza la peligrosidad de la actividad desarrollada profesionalmente por el transportador, en la cual se presume la responsabilidad civil extracontractual.

Tenemos entonces, que no nos encontramos frente a la hipótesis jurídica del transporte benévolo, y por consecuencia, el litigio debió ser fallado aplicando la presunción **juris tantum** de responsabilidad, que no fue enervada en modo alguno por la parte pasiva, demostrando por los medios probatorios adecuados, la ruptura del nexo causal, por fuerza mayor, caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa de la víctima, razón suficiente para que la sentencia objeto de apelación sea REVOCADA.

Pero es que, además, Honorables Magistrados, si en verdad se tratara de un caso guiado por la culpa probada, encontramos que la misma, igualmente se encuentra acreditada indiscutiblemente, a través de las pruebas regular y oportunamente aducidas al proceso.

Del informe de accidente de tránsito obrante en el expediente, y que ha sido indebidamente contemplado por el sentenciador desde el punto de vista fáctico y jurídico, se desprende que el automotor **“abandonó el carril”** por el cual marchaba; siendo ese acontecer evidentemente contrario a las normas que regulan el tránsito terrestre automotor, por tratarse de una maniobra peligrosa, que exige prudencia y cuidado al conductor del rodante; por lo que se torna en exigencia exorbitante la que hace el juzgado, al pretender que sea **la víctima**, quien tenga forzosamente que demostrar, cuál la razón (aspecto subjetivo) para que el conductor, haya abandonado el carril por el que la máquina se desplazaba y no el transportador, quien se encuentra en mejores posibilidades de probar (carga dinámica de la prueba), por ser el dueño de la actividad.

En estos linderos en los que se encuentra enmarcado el fallo, tanto la responsabilidad civil extracontractual con culpa presunta como la de culpa probada, resultarían impracticables, porque se estaría exigiendo a la víctima, cargas probatorias imposibles, que además no las impone el ordenamiento jurídico.

PETICIÓN.-

Con fundamento en lo anterior, solicito respetuosamente que el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, se sirva acceder a REVOCAR EN TODAS Y CADA UNA DE SUS PARTES LA SENTENCIA APELADA, y en su lugar, se acceda a la totalidad de las súplicas de la demanda.

Atentamente,

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'HUGO MORENO', written over a horizontal line.

HUGO HERNANDO MORENO ECHEVERRY
C.C. No.19.345.876 de Bogotá
T.P. No.56.799 del C.S.J.

**MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA SAAVEDRA LOZADA RV: MANIFESTACIÓN RECURSO RAD:
11001319900220220039101**

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota <secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Jue 24/08/2023 15:28

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

 2 archivos adjuntos (859 KB)

Memorial de manifestación frente al recurso de apelación 2022-800-00391 (1).pdf; APELACIÓN FALLO SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES PROCESO 2022-800-00391 (1)-fusionado.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA SAAVEDRA LOZADA

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: secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

De: Secretaria Sala Civil Tribunal Superior -Seccional Bogota <secscribupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: jueves, 24 de agosto de 2023 15:10

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

Cc: gmonsalve@yyqlegal.co <gmonsalve@yyqlegal.co>

Asunto: RV: MANIFESTACIÓN RECURSO RAD: 11001319900220220039101

Cordial saludo,

Se remite por competencia a OSCAR CELIS FERREIRA - SECRETARIO JUDICIAL DE LA SALA CIVIL, cualquier inquietud sobre su proceso debe dirigirla al correo secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

LAURA MELISSA AVELLANEDA MALAGON

Secretaria Administrativa de la Sala Civil

Tribunal Superior de Bogotá

PBX 6013532666 Ext. 8378

Línea gratuita nacional 018000110194

secscribupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Avenida Calle 24A No. 53-28, Of. 305 C

Bogotá D.C.

De: Gabriela Monsalve <gmonsalve@yyqlegal.co>

Enviado: jueves, 24 de agosto de 2023 15:06

Para: Secretaria Sala Civil Tribunal Superior -Seccional Bogota <secscribupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Escribiente Secretaria General Tribunal Superior - Bogotá D.C. - Bogotá D.C. <scribsecgentribupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: MANIFESTACIÓN RECURSO RAD: 11001319900220220039101

Honorable

ADRIANA SAAVEDRA LOZADA

MAGISTRADA PONENTE TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CIVIL REFERENCIA DE BOGOTÁ D.C- SALA CIVIL

ORIGEN: 2022-800-00391

RADICADO: 1100131990-02-2022-00391-01

DEMANDANTE: Consorcio Global Pharmaceutical y la Fundación para el Desarrollo Social la Gestión y el Control Público Sucursal Colombia.

DEMANDADOS: Jardines de Luz y Paz S.A.S y Eder Parada Carreño ASUNTO: Memorial de manifestación frente al recurso de apelación

ASUNTO: Manifestación Recurso

GABRIELA MONSALVE TRUJILLO identificada con cédula de ciudadanía número 1.019.140.497 de Bogotá y tarjeta profesional 401.426 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderada de **CONSORCIO GLOBAL PHARMACEUTICAL Y LA FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO SOCIAL LA GESTIÓN Y EL CONTROL PÚBLICO SUCURSAL COLOMBIA S.A.S.**, identificada con el NIT. 901.486.594-7 y representada legalmente por la señora LILIANA MARIA MERCADO LOZANO, mayor de edad e identificada con la cédula de ciudadanía número 32.721.312 expedida en Barranquilla, accionaria del cuarenta y nueve punto cinco por ciento (49.5%) de las acciones suscritas y en circulación de **JARDINES DE LUZ Y PAZ S.A.S.**, por medio del presente me permito dar cumplimiento a lo ordenado en auto de fecha 09 de agosto de 2023.



GABRIELA MONSALVE TRUJILLO

Abogada Junior I

📞 **Teléfono:** +57 317 675 2189

✉ **Correo:** gmonsalve@qyqlegal.co

🌐 **Sitio web:** www.qyqabogados.com

📍 **Dirección** Calle 26a #13-97 ofc 303
Bogotá D.C - Colombia

Q&Q Legal

@qyqlegal



Honorable

ADRIANA SAAVEDRA LOZADA

MAGISTRADA PONENTE

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CIVIL

REFERENCIA DE ORIGEN: 2022-800-00391

RADICADO: 1100131990-02-2022-00391-01

DEMANDANTE: Consorcio Global Pharmaceutical y la Fundación para el Desarrollo Social la Gestión y el Control Público Sucursal Colombia.

DEMANDADOS: Jardines de Luz y Paz S.A.S y Eder Parada Carreño

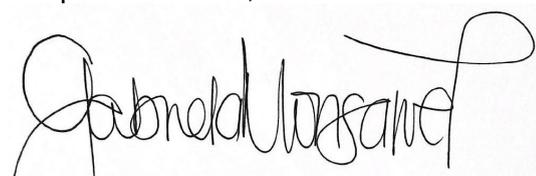
ASUNTO: Memorial de manifestación frente al recurso de apelación

GABRIELA MONSALVE TRUJILLO identificada con cédula de ciudadanía número 1.019.140.497 de Bogotá y tarjeta profesional 401.426 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderada de **CONSORCIO GLOBAL PHARMACEUTICAL Y LA FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO SOCIAL LA GESTIÓN Y EL CONTROL PÚBLICO SUCURSAL COLOMBIA S.A.S.**, identificada con el NIT. 901.486.594-7 y representada legalmente por la señora **LILIANA MARIA MERCADO LOZANO**, mayor de edad e identificada con la cédula de ciudadanía número 32.721.312 expedida en Barranquilla, accionaria del cuarenta y nueve punto cinco por ciento (49.5%) de las acciones suscritas y en circulación de **JARDINES DE LUZ Y PAZ S.A.S.**, por medio del presente memorial manifiesto que el escrito allegado ante el A quo corresponde a la sustentación del recurso de apelación contra la sentencia proferida por la Superintendencia de Sociedades el 24 de julio de 2023.

Por lo anterior, la presente parte manifiesta que no desea hacerle ninguna adición o modificación al escrito ya presentado y ratifica los argumentos planteados en el mismo.

(Anexo N°1)

Respetuosamente,



GABRIELA MONSALVE TRUJILLO

C.C. 1.019.140.497 de Bogotá

T.P. 401.426 del C.S.J



 (601) 731 83 45-3114494198

 qqabogados.com

Señora

MARIA ALEJANDRA DÍAZ BALOCO

DIRECTORA DE JURISDICCIÓN SOCIETARIA II

SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA ASUNTOS MERCANTILES

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

RADICADO: 2022-800-00391

DEMANDANTE: Consorcio Global Pharmaceutical y la Fundación para el Desarrollo Social la Gestión y el Control Público Sucursal Colombia.

DEMANDADOS: Jardines de Luz y Paz S.A.S y Eder Parada Carreño

ASUNTO: Recurso de apelación

GABRIELA MONSALVE TRUJILLO identificada con cédula de ciudadanía número 1.019.140.497 de Bogotá y tarjeta profesional 401.426 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderada de **CONSORCIO GLOBAL PHARMACEUTICAL Y LA FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO SOCIAL LA GESTIÓN Y EL CONTROL PÚBLICO SUCURSAL COLOMBIA S.A.S.**, identificada con el NIT. 901.486.594-7 y representada legalmente por la señora **LILIANA MARIA MERCADO LOZANO**, mayor de edad e identificada con la cédula de ciudadanía número 32.721.312 expedida en Barranquilla, accionaria del cuarenta y nueve punto cinco por ciento (49.5%) de las acciones suscritas y en circulación de **JARDINES DE LUZ Y PAZ S.A.S.**, procedo a formular y sustentar **RECURSO DE APELACIÓN** en contra de la sentencia emitida en audiencia del 24 de julio de 2023.

I. PROCEDENCIA Y OPORTUNIDAD

Conforme lo establecido en audiencia, en donde se concede el recurso de apelación en efecto suspensivo con base en el artículo 322, numeral tercero del Código General del Proceso que establece lo siguiente;

“3. En el caso de la apelación de autos, el apelante deberá sustentar el recurso ante el juez que dictó la providencia, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, o a la del auto que niega la reposición. Sin embargo, cuando la decisión apelada haya sido pronunciada en una audiencia o diligencia, el recurso podrá sustentarse al momento de

su interposición. Resuelta la reposición y concedida la apelación, el apelante, si lo considera necesario, podrá agregar nuevos argumentos a su impugnación, dentro del plazo señalado en este numeral (...)

Y bajo el entendido de que el término se contabiliza desde el momento en que se dicta la sentencia, este corre los días 24, 25 y 26 del mes de julio del año 2023, por estas razones me encuentro en término para presentar el mencionado recurso.

II. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Mediante sentencia oral en audiencia del 24 de julio de 2023, se resolvió negar las pretensiones de la demanda las cuales son:

“2.1. PRINCIPALMENTE:

2.1.1. Sírvase de reconocer la existencia de los presupuestos de ineficiencia del acta número once (11) de la reunión extraordinaria de la Asamblea General de Accionistas.

2.1.2. En consecuencia, sírvase de dejar sin efectos el acta número once (11) de la reunión extraordinaria de la Asamblea General de Accionistas con registro No. 02887510 en la Cámara de Comercio de Bogotá D.C.

2.2. SUBSIDIARIAMENTE:

2.2.1. Sírvase de reconocer la existencia a la vulneración a los estatutos sociales por los argumentos expuestos en las consideraciones. - fundamentos legales.

2.2.2. Sírvase de reconocer la nulidad del acta número once (11) de la reunión extraordinaria de la Asamblea General de Accionistas de Jardines de Luz y Paz S.A.S., por contravenir lo dispuesto en los estatutos sociales.

2.2.3. Sírvase de reconocer la existencia del conflicto de intereses del representante legal

suplente y miembro de la junta directiva, el señor Eder Parada Carreño, al tomar por interpuestas personas, a saber, el apoderado especial JUAN PABLO SÁNCHEZ GALVIS de A&M GRUPO EMPRESARIAL, y el apoderado especial JULIÁN SOLORZA MARTÍNEZ de INVERSIONES, PROYECTOS Y OBRAS CIVILES S.A.S., la decisión de adelantar la acción social de responsabilidad contra Liliana María Mercado Lozano y Dairo Mora Valbuena en el acta número once (11) de la reunión extraordinaria de la Asamblea General de Accionistas, por buscar un interés económico propio y actuar en contra de la prohibición del artículo 435 del Código de Comercio.

2.2.4. En consecuencia, sírvase de decretar la nulidad y/o dejar sin efectos la decisión de aprobar la acción social de responsabilidad, por existir un conflicto de intereses del señor Eder Parada Carreño, como representante legal suplente y miembro de la Junta Directiva, y que se encuentra plasmada en el acta número once (11) de la reunión extraordinaria de la Asamblea General de Accionistas.

2.2.5. Sírvase de reconocer la existencia de un bloque mayoritario entre los accionistas A&M GRUPO EMPRESARIAL S.A.S., e INVERSIONES, PROYECTOS Y OBRAS CIVILES S.A.S.”

Las pretensiones fueron negadas de la siguiente manera,

“RESUELVE

PRIMERO. *Desestimar las pretensiones de la demanda”*

Bajo la siguientes consideraciones,

“(…)

En aras de darle una mayor claridad a la presente providencia, el Despacho analizará cada una de las pretensiones señaladas.

1. Sobre el reconocimiento de los presupuestos fácticos que dan lugar a la sanción de ineficacia

En cuanto a la sanción de ineficacia, de acuerdo con la información que reposa en el acta n.º 11, en la reunión extraordinaria de segunda convocatoria de la asamblea general de accionistas de Jardines de luz y paz S.A.S. del 22 de septiembre de 2022, estuvieron representados todos los accionistas titulares del 100% de las acciones en que se divide el capital suscrito de dicha sociedad (vid. Folio 7 del anexo 1. del anexo AAA de la radicación n.º 2022-01-830401 del 24 de noviembre de 2022). En igual sentido lo manifestó el apoderado de la demandante en el marco de la audiencia judicial del 20 de junio de 2023, según el cual “sí estaban todos los accionistas”.¹ Es decir que, la sesión asamblearia bajo estudio correspondió a una reunión de quórum universal, en los términos de los artículos 182 y 426 del Código de Comercio. Debe recordarse que, según las aludidas disposiciones, el máximo órgano de una compañía puede reunirse válidamente cualquier día y en cualquier lugar sin previa convocatoria, cuando se encuentran representados la totalidad de los asociados. Por tal motivo, si eventualmente se llegase a pensar que existieron inconsistencias en la convocatoria efectuada por la revisora fiscal para la reunión del 22 de septiembre de 2022, cualquiera de los defectos en cuestión se habría saneado a raíz de la asistencia de la totalidad de los accionistas de Jardines de Luz y Paz S.A.S. Lo cual, fue confirmada por la señora Uribe Cala, revisora fiscal, durante la práctica de su testimonio en la audiencia del 24 de julio de 2023, al afirmar que todos los accionistas se encontraban presentes desde el inicio hasta la finalización de la reunión controvertida. Además, por ser una reunión de la naturaleza indicada, los accionistas se encontraban facultados para deliberar y decidir respecto de cualquier asunto.

Ciertamente, como lo ha explicado la doctrina especializada, “[e]n las reuniones universales el quórum del ciento por ciento hace innecesario el cumplimiento de los requisitos previos relativos a la convocatoria, pues la ley permite que el órgano rector se reúna en cualquier lugar, aun fuera del domicilio social, y deja a los [asociados] en libertad para tratar cualquier tema que consideren de interés”.² En el mismo sentido lo ha considerado esta Superintendencia, en sede administrativa, al señalar que, “conforme a lo dispuesto el artículo 182, ibídem, el requisito de la convocatoria puede obviarse en cualquier caso cuando quiera que se halle representada la totalidad de los asociados, evento en el cual la reunión que por razón de esa circunstancia ha denominado la doctrina „universal“ puede llevarse a cabo en todo tiempo y lugar”.³ Asimismo, se ha sostenido que “[l]a asamblea „universal“ puede deliberar y decidir sobre cualquier asunto, inclusive sobre aquellas materias para las cuales la ley exige una antelación mínima de la convocatoria o que la materia de que trate esté incluida en su orden del día”.⁴

Si bien se ha manifestado que en este caso por tratarse de una reunión de carácter universal no era necesario el cumplimiento de los requisitos previos relativos a la convocatoria, debido a las manifestaciones realizadas por las partes durante las

audiencias judiciales celebradas en el marco del presente proceso,⁵ el Despacho considera relevante aclarar que la convocatoria es un acto jurídico de citación a los asociados, para imponerles las condiciones de modo, tiempo y lugar en que habrá de desarrollarse una reunión del máximo órgano social, en orden de asegurar el ejercicio del ius deliberandi.⁶ En ese sentido, la convocatoria va dirigida únicamente a los accionistas o socios, quienes son los que cuentan con la facultad de tomar decisiones con respecto a la compañía en el marco de la reunión correspondiente, y de obviarse dicho requisito, se conllevaría a advertir los presupuestos fácticos de la sanción de ineficacia, como lo es la irregularidad en la convocatoria.

Por lo demás, las pruebas allegadas con la demanda permiten evidenciar que todos los accionistas de Jardines de Luz y Paz S.A.S, se encontraban debidamente representados y pudieron deliberar y decidir sin ningún tipo de inconveniente durante la reunión del 22 de septiembre de 2022. Sobre el particular, este Despacho considera relevante mencionar que, al tenor de lo dispuesto por el artículo 184 del Código de Comercio, “[t]odo socio podrá hacerse representar en las reuniones de la Junta de Socios o Asamblea mediante poder otorgado por escrito, en el que se indique el nombre del apoderado, la persona en quien éste puede sustituirlo, si es del caso, la fecha o época de la reunión o reuniones para las que se confiere y los demás requisitos que se señalen en los estatutos” (negrilla por fuera de texto). En cuanto a la posibilidad de indicar en el poder la época de la reunión, esta constituye un verdadero avance. Ello debido a que, a fin de identificar las reuniones para las cuales se confiere el poder, no necesariamente se debe indicar la fecha cierta de dichas reuniones, sino que, por el contrario, se puede fijar un lapso de tiempo en el cual el apoderado pueda actuar en todas las reuniones que se celebren en ese interregno de tiempo.

De acuerdo a lo mencionado en los párrafos precedentes, el Despacho evidenció que en los poderes otorgados por las accionistas Inversiones, Proyectos y Obras Civiles S.A.S. y A&M Grupo Empresarial S.A.S., si bien no se señaló la fecha específica de las reuniones, sí se fijó de forma específica la época de las reuniones para las cuales se confería dicha facultad. Así, en el caso de Inversiones, Proyectos y Obras Civiles S.A.S., se mencionó que el apoderado Julián Solorza Martínez, contaba con la facultad para representarla en “toda clase de reuniones de la asamblea de accionistas de Jardines de luz y Paz S.A.S. que se [celebraran] entre el 1 de septiembre de 2022 y el 24 de noviembre de 2026” (vid. Folio 17 del anexo 1. del anexo AAA de la radicación n.º 2022-01-830401 del 24 de noviembre de 2022). Por su parte, en el poder otorgado por la accionista A&M GRUPO EMPRESARIAL S.A.S. a Juan Pablo Sánchez Galvis, se señaló que el apoderado en mención contaba con la facultad para representarla en “toda clase de reuniones de la asamblea de accionistas de Jardines de luz y Paz S.A.S. que se [celebraran] entre el 19 de septiembre de 2022 y el 24 de noviembre de 2026” (vid.

Folio 22 del anexo 1. del anexo AAA de la radicación n.º 2022-01-830401 del 24 de noviembre de 2022).

Así las cosas, el Despacho no advertirá la ineficacia de las decisiones adoptadas en la reunión extraordinaria celebrada el 22 de septiembre de 2022. En consecuencia, procederá a analizar las pretensiones subsidiarias presentadas en la demanda.

2. Sobre la nulidad de las decisiones tomadas en la reunión extraordinaria de segunda convocatoria de la asamblea general de accionistas de Jardines de Luz y Paz S.A.S. del 22 de septiembre de 2022

A. Respecto de las decisiones tomadas sin el número de votos previsto en los estatutos

La demandante ha solicitado que se declare la nulidad de algunas decisiones tomadas por la asamblea general de accionistas de Jardines de Luz y Paz S.A.S., en el marco de la reunión extraordinaria de segunda convocatoria del 22 de septiembre de 2022. Para comenzar, se pretende la nulidad de la decisión de conformar una comisión verificadora y de aprobación del acta de la asamblea señalada. Lo anterior debido a que, a criterio de la demandante, se omitió “la aplicación del literal e) del artículo 28 de los estatutos sociales [al haber adoptado dicha decisión] por mayoría simple (mitad más uno), y no por la mayoría del setenta por ciento (70%) de las acciones suscritas” (vid. Folio 13 del anexo AAE de la radicación n.º 2023-01-025968 del 18 de enero de 2023). Asimismo, se argumentó que “la sociedad no tenía ni tiene parámetros, límites y/o condiciones de funcionamiento que previamente o en ese momento haya aprobado la Asamblea General de Accionistas, y tampoco se dio la oportunidad para que libremente los accionistas fijaran las condiciones de funcionamiento del órgano colegiado o unipersonal” tal y como le establece el artículo 30 de los estatutos (ibíd.).

Pues bien, el artículo 28 de los estatutos, mencionan que el máximo órgano social podrá “[...] decidir en cualquier reunión con el voto favorable de uno o varios Accionistas que representen la mitad más una de las acciones suscritas presentes en la reunión, salvo que en los estatutos o en la ley se prevea una mayoría decisoria superior para algunas decisiones tales como: [...] e) Las demás decisiones que se tomen al interior de la asamblea general de accionistas deben ser aprobadas como mínimo por más del 70% de las acciones suscritas” (negrilla por fuera de texto) (vid. Folio 13 del anexo 5. del anexo AAA de la radicación n.º 2022-01-830401 del 24 de noviembre de 2022).

Sobre ello, para el Despacho es evidente que en el mismo artículo se han incluido dos mayorías decisorias diferentes. Por un lado, se estableció como regla general para la aprobación de cualquier tipo de decisión, la mayoría del voto favorable de uno o varios accionistas que representen la mitad más una de las acciones suscritas presentes en la

reunión. Por otro lado, se señaló en dicho artículo una excepción a la regla general descrita, la cual aplica para los casos en los que los estatutos o la ley fijen una mayoría decisoria superior. Sobre el particular, en dicho artículo se señalaron los casos concretos en los que se requeriría para su aprobación una mayoría específica y, en consecuencia, debían considerarse como excepción a la regla general. Así pues, el literal e) no debe analizarse de forma separada del resto del artículo, por el contrario, debe hacerse una interpretación conjunta con el resto de la disposición, caso en el cual, entendería este Despacho que lo que se pretendía era incluir todos los demás casos que por estatutos o ley se hubiera decidido aplicar una mayoría especial.

Sin perjuicio de lo anterior, no puede desconocer el Despacho la falta de claridad, razón por la cual se optará por omitir las disposiciones estatutarias que carecen de claridad y se contradicen, y en su lugar, dará aplicación a lo previsto en la ley, tal y como lo ha hecho este Despacho en casos anteriores.⁷ En ese sentido, para el caso en concreto, al tratarse de una reunión de segunda convocatoria, las mayorías decisorias para este tipo de reuniones están reguladas en el artículo 429 del Código de Comercio que prevé “decidirá válidamente con un número plural de socios cualquiera sea la cantidad de acciones que esté representada”. De acuerdo a lo anterior, se evidencia que la decisión de elegir a dos personas para la redacción y aprobación del acta de la reunión como las demás decisiones tomadas en el marco de la reunión del 22 de septiembre de 2022, se aprobaron con la mayoría de votos requeridos, esto es por la mitad más una de las acciones presentes en la reunión, según consta en el acta allegada (vid. Documento denominado “Anexo 1.” del anexo AAA de la radicación n.º 2022-01-830401 del 24 de noviembre de 2022).

(...)”

III. ARGUMENTOS QUE FUNDAMENTAN EL RECURSO DE APELACIÓN

3.1. DESCONOCIMIENTO DE LOS PRESUPUESTO FÁCTICOS QUE DAN LUGAR A LA SANCIÓN DE INEFICACIA

Como se demuestra en la demanda, y en el fallo que está siendo apelado, las pretensiones versan sobre el reconocimiento de los presupuestos fácticos para declarar la ineficacia de pleno derecho del acta número once de la reunión extraordinaria de segunda convocatoria de la asamblea general de accionistas del 22 de septiembre de 2022. No obstante, la parte considera que el Despacho hace una indebida valoración probatoria que resulta en el desconocimiento de los presupuestos.

3.1.1. INDEBIDA INTERPRETACIÓN DE LA NATURALEZA DE LA REUNIÓN

El Despacho utiliza como grueso de su argumentación que la sesión asamblearia correspondió a una reunión de quórum universal. Menciona que *“el máximo órgano de una compañía puede reunirse válidamente cualquier día y en cualquier lugar sin previa convocatoria”*. No obstante, esto no se ajusta a los medios probatorios y por lo tanto configura un falso juicio de identidad como será demostrado a continuación.

El falso juicio de identidad, según establece el Magistrado Luis Antonio Hernández Barbosa¹, se materializa

“cuando el juzgador distorsiona el contenido objetivo de la prueba para hacerla decir aquello que no expresa materialmente, lo cual implica aceptar que el medio de convicción sí fue valorado, sólo que se tergiversó, se adicionó o se cercenó su contenido, poniéndolo a decir lo que no dice, muestra o enuncia y que esa situación lleva a la declaratoria de una verdad diversa a la que realmente emana de los elementos de convicción analizados.

Se trata, por tanto, de un error objetivo anterior a la valoración probatoria que exige confrontar el contenido del medio de convicción con el que se le asignó en la sentencia y no entre aquél y lo que el demandante piensa que debió colegirse.”

En el presente caso, la presente parte considera que se configura el falso juicio de identidad al pretender cambiar la naturaleza de la reunión que se llevó a cabo para argumentar que no había necesidad de convocatoria, lo que resulta en que no se ponga en consideración la forma en que efectivamente se llevó a cabo este llamado al accionista **CONSORCIO GLOBAL PHARMACEUTICAL Y LA FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO SOCIAL LA GESTIÓN Y EL CONTROL PÚBLICO SUCURSAL COLOMBIA** y por esto se termine por desconocer el quid de la presente controversia.

Resulta entonces relevante volver a hacer hincapié sobre las diferencias entre una asamblea extraordinaria de accionistas, y una reunión universal.

¹ Proceso de Casación No. 57898.

En primer lugar, y como se ha insistido a lo largo del proceso, las asambleas extraordinarias de las sociedades se pueden entender a partir del artículo 423 del Código de Comercio que establece que:

“ARTÍCULO 423. REUNIONES EXTRAORDINARIAS DE LA ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS. *Las reuniones extraordinarias de la asamblea se efectuarán cuando lo exijan las necesidades imprevistas o urgentes de la compañía, por convocatoria de la junta directiva, del representante legal o del revisor fiscal.*

El superintendente podrá ordenar la convocatoria de la asamblea a reuniones extraordinarias o hacerla, directamente, en los siguientes casos:

- 1) *Cuando no se hubiere reunido en las oportunidades señaladas por la ley o por los estatutos;*
- 2) *Cuando se hubieren cometido irregularidades graves en la administración que deban ser conocidas o subsanadas por la asamblea, y*
- 3) *Por solicitud del número plural de accionistas determinado en los estatutos y, a falta de esta fijación, por el que represente no menos de la quinta parte de las acciones suscritas.*

La orden de convocar la asamblea será cumplida por el representante legal o por el revisor fiscal.”

Aunado a lo anterior, el artículo 22 de los estatutos sociales de Jardines de Luz y Paz S.A.S establecen lo siguiente:

“Artículo 22. Reuniones extraordinarias. *Las reuniones extraordinarias se celebrarán cuando lo requieran las necesidades imprevistas o urgentes que no puedan esperar para ser solucionadas en la próxima Asamblea ordinaria. Y se convocarán con dos días de antelación al día de la reunión.”*

Por otro lado, el académico Francisco Reyes Villamizar define las reuniones extraordinarias como,

“aquellas que no encuadren en los dos aspectos mencionados, vale decir, tiempo y temario. Esta clase de sesiones de socios tiene además la característica de que permite atender asuntos inaplazables de gran trascendencia o imprevistos. Cabe, sin embargo, aclarar que nada obsta para

que algunos puntos que tradicionalmente se tratan en sesiones ordinarias, pueden considerarse en reuniones de asamblea o junta de carácter extraordinario.

(...)

La convocatoria de unas y otras reuniones debe hacerse de la forma prevista en los estatutos sociales, esto es, de conformidad con el medio y la antelación indicados en la escritura pública de constitución o de reforma del contrato de sociedad.

(...)

Es importante anotar que la indebida convocatoria a asambleas o juntas de socios acarrea la ineficacia de las decisiones adoptadas en la sesión correspondiente. Esta situación supone que para poder cumplir las resoluciones aprobadas por el máximo órgano es preciso convocar de nuevo a los asociados con observancia de todos los requisitos legales y estatutarios, a fin de que éstos, en una nueva reunión, aprueben las determinaciones indebidamente adoptadas”

Estas disposiciones evidencian, una vez más, que las reuniones que tengan la naturaleza de extraordinarias deben ceñirse a ciertos requisitos, y el desconocimiento de estos configura efectivamente los presupuestos de ineficacia de pleno derecho.

Por otro lado, la naturaleza de las reuniones universales se puede dilucidar a partir del artículo 426 del Código de Comercio que establece que,

“ARTÍCULO 426. LUGAR Y FECHA DE REUNIONES DE LA ASAMBLEA. *La asamblea se reunirá en el domicilio principal de la sociedad, el día, a la hora y en el lugar indicados en la convocatoria. No obstante, podrá reunirse sin previa citación y en cualquier sitio, cuando estuviere representada la totalidad de las acciones suscritas.”*

Adicionalmente, la misma Superintendencia de Sociedades en el Concepto 220- 093540 del 26 de mayo de 2016 se refiere a las reuniones universales, en el sentido que para que estas sean eficaces se requiere la voluntad expresa del 100% de los accionistas hecho que no ocurrió en el presente caso,

“En una reunión universal, como en cualquiera otra, los asociados pueden adoptar todas las decisiones a que haya lugar sobre los asuntos de su competencia, lo que implica que bien pueden acordar que se convoque la asamblea a una reunión posterior, en cuyo caso dicha reunión podrá realizarse, en la medida en que sea convocada por una de las personas para ese fin facultadas y con el lleno de las formalidades legales y estatutarias pertinentes, pues la sola determinación del máximo órgano social en tal sentido, no sustituye ese requisito.

Asunto diferente, es que en una reunión universal, los asociados de común acuerdo o mediante un “pacto voluntario”, que no obliga, decidan reunirse en asamblea general de accionistas o junta de socios en una fecha posterior, sesión que será de carácter universal, valga resaltar, siempre que asista la totalidad de los asociados, pues en caso contrario no se conformaría el órgano y por tanto no se podría adoptar determinación de ninguna índole.”

En ese sentido, se entiende que al concurrir todos los socios en un mismo espacio y tiempo, existe la facultad de llevar a cabo una reunión en la cual se traten temas relacionados con la sociedad. No obstante, que concurren la totalidad de la representación de las acciones en una reunión que **sí fue previamente** convocada como asamblea extraordinaria, no cambia inmediatamente la naturaleza de ésta.

Además, en el presente caso nos encontramos frente a una segunda convocatoria de asamblea extraordinaria, lo cual confirma de manera inequívoca la naturaleza de la reunión que se pretendía llevar a cabo. De acuerdo a lo anterior, la parte considera que el Despacho incurrió en error al interpretar la naturaleza de la reunión y por lo tanto omitió pronunciarse sobre el grueso de la demanda que recae que la forma en que se convocó al accionista **CONSORCIO GLOBAL PHARMACEUTICAL Y LA FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO SOCIAL LA GESTIÓN Y EL CONTROL PÚBLICO SUCURSAL COLOMBIA** no cumplió con los requisitos necesarios y por lo tanto debería resultar en la sanción de ineficacia. De tal manera, no se puede considerar como cierto que *“el requisito de la convocatoria puede obviarse en cualquier caso cuando quiera que se halle representada la totalidad de los asociados”*

3.1.2. INCONGRUENCIA EN LA ARGUMENTACIÓN DEL DESPACHO FRENTE A LA NATURALEZA DE LA REUNIÓN

El Despacho frente a la pretensión subsidiaria que pretende la nulidad de las decisiones tomadas en la reunión extraordinaria hace un análisis del artículo 28 de los estatutos sociales para determinar la cantidad necesaria de voto para las decisiones de la asamblea. En su argumentación se alega que el literal e) del artículo 28 no puede ser interpretado de forma separada al primer inciso del artículo, determinando que *“la decisión de elegir a dos personas para la redacción y aprobación del acta de la reunión como las demás decisiones tomadas en el marco de la reunión del 22 de septiembre se aprobaron con la mayoría de votos requeridos”*

No obstante, en aras de sustentar el argumento, el despacho menciona que *“En ese sentido, para el caso en concreto **al tratarse de una reunión de segunda convocatoria**, las mayores decisorias para este tipo de reuniones están reguladas en el artículo 429 del Código de Comercio que prevé “decidirá válidamente con un número plural de socios cualquiera sea la cantidad de acciones que esté representada”* (Subrayada y negritas por fuera del texto)

Frente a esto, en el presente caso se demostró probatoriamente que existió una convocatoria y por falta de quórum se convocó, desconociendo los presupuestos legales, la reunión de segunda convocatoria, la cual se surtió el 22 de septiembre de 2022. Una vez establecido lo anterior, se puede poner en consideración una vez más el Concepto 220-093540 del 26 de mayo de 2016 de la Superintendencia de Sociedades en el que se menciona que, en caso tal de estar frente a una reunión universal,

“(…) de no concurrir la totalidad de los asociados (presentes o debidamente representados) en las circunstancias anteriores, las decisiones que se tomen serán ineficaces (artículos 186 y 190 de la legislación mercantil).

Sobra decir que en tal evento no procede una reunión de segunda convocatoria, por sustracción de materia.”

Lo anterior resulta contrario a la argumentación presentada por el Despacho para desvirtuar el punto tratado anteriormente, en cuanto luego de entrar a argumentar que la reunión llevada a cabo responde a una reunión universal, pretende desvirtuar la forma de votación manifestando que la reunión es de segunda convocatoria. Esto resulta contradictorio y genera inseguridad jurídica en cuanto los argumentos para fallar en contra de mi mandante

no guardan relación entre ellos, ajustándose la interpretación de la naturaleza de la reunión a lo favorable para desestimar lo expuesto por esta parte lo que evidencia una falsa motivación del fallo.

IV. SOLICITUD

Por lo anterior, solicito se revoque la sentencia dictada en audiencia del 24 de julio de 2023 conforme a los argumentos expuestos y en consecuencia se amparen los derechos de mi poderdante, concediendo cada una de las pretensiones de la demanda.

Respetuosamente,



GABRIELA MONSALVE TRUJILLO

C.C. 1.019.140.497 de Bogotá

T.P 401.426 del Consejo Superior de la Judicatura

APELACIÓN FALLO SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES RAD 2022-800-0039

2 mensajes

Gabriela Monsalve <gmonsalve@qyqlegal.co>
Para: pmercantiles@supersociedades.gov.co, webmaster@supersociedades.gov.co

26 de julio de 2023, 12:45

Señora

MARIA ALEJANDRA DÍAZ BALOCO

DIRECTORA DE JURISDICCIÓN SOCIETARIA II

SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA ASUNTOS MERCANTILES

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES**RADICADO:** 2022-800-00391**DEMANDANTE:** Consorcio Global Pharmaceutical y la Fundación para el Desarrollo Social la Gestión y el Control Público Sucursal Colombia.**DEMANDADOS:** Jardines de Luz y Paz S.A.S y Eder Parada Carreño**ASUNTO:** Recurso de apelación

GABRIELA MONSALVE TRUJILLO identificada con cédula de ciudadanía número 1.019.140.497 de Bogotá y tarjeta profesional 401.426 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderada de **CONSORCIO GLOBAL PHARMACEUTICAL Y LA FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO SOCIAL LA GESTIÓN Y EL CONTROL PÚBLICO SUCURSAL COLOMBIA S.A.S.**, identificada con el NIT. 901.486.594-7 y representada legalmente por la señora **LILIANA MARIA MERCADO LOZANO**, mayor de edad e identificada con la cédula de ciudadanía número 32.721.312 expedida en Barranquilla, accionaria del cuarenta y nueve punto cinco por ciento (49.5%) de las acciones suscritas y en circulación de **JARDINES DE LUZ Y PAZ S.A.S.**, procedo a formular **RECURSO DE APELACIÓN** en contra de la sentencia emitida en audiencia del 24 de julio de 2023.

Respetuosamente

--



GABRIELA MONSALVE TRUJILLO
Abogada Junior I

Q&Q Legal

📞 **Teléfono:** +57 317 675 2189
✉ **Correo:** gmonsalve@qyqlegal.co
🌐 **Sitio web:** www.qyqabogados.com
📍 **Dirección:** Calle 26a #13-97 ofc 303
Bogotá D.C - Colombia

@qyqlegal

🌐 📺 🌐 📘 📷 🐦

 **APELACIÓN FALLO SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES PROCESO 2022-800-00391.pdf**
254K

webmaster@supersociedades.gov.co <webmaster@supersociedades.gov.co>
Para: Gabriela Monsalve <gmonsalve@qyqlegal.co>

26 de julio de 2023, 13:12

Apreciado usuario,

La Superintendencia de Sociedades se permite informarle que de acuerdo a su solicitud se le asignó el número de radicado: 2023-01-601739

Este correo es únicamente informativo y de uso exclusivo del destinatario(a), puede contener información privilegiada y/o confidencial. Si usted no es el destinatario(a) deberá borrarlo inmediatamente y notificar a su emisor. Queda notificado que el mal uso, divulgación no autorizada, alteración y/o modificación malintencionada sobre este mensaje y sus anexos quedan estrictamente prohibidos y pueden ser legalmente sancionados.

Por favor absténgase de responder o reenviar este mensaje."

Le recomendamos incorporar la dirección webmaster@supersociedades.gov.co a su lista de contactos, ahora mismo, para asegurarse de que nuestros mensajes no sean catalogados como Correo no deseado o Spam, absténgase de responder o reenviar este mensaje.”

Cordialmente,



Superintendencia de Sociedades
Av. El Dorado No. 51-80, Bogotá 111321, Colombia
Tel. (571) 2201000

AVISO LEGAL: Este correo electrónico, incluyendo cualquier información adjunta, es emitido para la(s) persona(s) o sociedad(es) nombrada(s) y puede contener información sujeta a reserva y/o confidencialidad. Usted no deberá divulgar, difundir, copiar, socializar o usar esta información sin autorización previa del emisor o titular de la información. Si Ud. no es el destinatario nombrado, por favor borre este mensaje y notifique a su emisor.

De: Gabriela Monsalve <gmonsalve@qyqlegal.co>

Enviado: miércoles, 26 de julio de 2023 12:45

Para: Procedimientos Mercantiles <pmercantiles@SUPERSOCIEDADES.GOV.CO>; webmaster@supersociedades.gov.co <webmaster@SUPERSOCIEDADES.GOV.CO>

Asunto: APELACIÓN FALLO SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES RAD 2022-800-0039

[El texto citado está oculto]

**MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA GARCIA SERRANO RV: Rad:
11001319900320230515402 SUSTENTACION DE RECURSO DE APELACIÓN**

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Jue 17/08/2023 5:23 PM

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

 1 archivos adjuntos (243 KB)

SUSTENTACIÓN DE ESCRITO DE APELACIÓN.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA GARCIA SERRANO

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: secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

De: Jaime Darwin Hernandez Chaves <jaime.hernandez.oficina@hotmail.com>

Enviado: jueves, 17 de agosto de 2023 13:59

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>; litigiosnotificaciones

<litigiosnotificaciones@ustarizabogados.com>

Asunto: Rad: 11001319900320230515402 SUSTENTACION DE RECURSO DE APELACIÓN

San Juan de Pasto, 17 de agosto de 2023.

Señores:

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA – SALA CIVIL

E. S. D.

Ref.: Recurso de apelación – Sentencia del 11 de mayo de 2023

Proceso: Acción de Protección al consumidor

Demandante: MARTIN GUSTAVO MÉNDEZ CHACÓN

Demandado: DAVIVIENDA S.A.

Cordial saludo,

Por medio del presente, me permito remitir escrito que sustenta el recurso de apelación en documento adjunto.

De antemano agradezco su colaboración.

Atentamente;

JAIME HERNANDEZ CHAVEZ
ABOGADO

San Juan de Pasto, 17 de agosto de 2023.

Señores:

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA – SALA CIVIL

E. S. D.

Ref.: Recurso de apelación – Sentencia del 11 de mayo de 2023

Rad: 11001319900320230515402.

Proceso: Acción de Protección al consumidor

Demandante: MARTIN GUSTAVO MÉNDEZ CHACÓN

Demandado: DAVIVIENDA S.A.

JAIME D. HERNÁNDEZ CHAVES, persona mayor de edad, domiciliado y residente en el municipio de Pasto, identificado como aparece al pie de mi firma, en mi calidad de apoderado del señor **MARTIN GUSTAVO MÉNDEZ CHACÓN**, dentro del asunto de la referencia, por medio del presente escrito y encontrándome dentro del proceso previsto para tal efecto, me permito **INTERPONER RECURSO DE APELACIÓN**, en contra de la **SENTENCIA DE FECHA 27 DE ABRIL DE 2023**, notificada por estados electrónicos el día 11 de mayo del hogaño, que fue proferida en el proceso de la referencia.

El recurso se interpone en los siguientes términos:

I. OPORTUNIDAD

El 27 de abril de 2023, la Superintendencia Financiera, profirió sentencia dentro del proceso promovido por el señor **MARTIN GUSTAVO MENDEZ CHACON**, mediante apoderado judicial en contra del **BANCO DAVIVIENDA**. En ella, la Superintendencia resolvió declarar probadas las excepciones de mérito denominadas: **“IMPROCEDENCIA DEL RECONOCIMIENTO DE INTERESES PRETENDIDOS POR EL DEMANDANTE”** y **“EL DAÑO MORAL DEBE SER PROBADO POR QUIEN LO RECLAMA Y SOLO SERA RECONOCIDA SU INDEMNIZACION SI QUEDA ACREDITADO EN EL PROCESO,”** formuladas en la contestación de la demanda de acción de protección al consumidor financiero realizada por el señor **MARTIN GUSTAVO MENDEZ CHACON**, por medio de apoderado judicial.

La sentencia fue notificada el día once (11) de mayo de 2023, por lo cual, el recurso de apelación se interpone en forma escritural, exponiendo los reparos concretos en contra de la decisión del *A QUO*.

El termino de tres (3) días, empezó a correr al día doce (12) de mayo de 2023 y vence el día dieciséis (16) de mayo del hogaño. Por lo anterior, este escrito se presenta de manera oportuna ante su Despacho.

II. SUSTENTACION RECURSO DE APELACIÓN

En demanda de acción de protección al consumidor financiero, dirigida en contra del **BANCO DAVIVIENDA**, ello con la finalidad de que la Superintendencia Financiera de declarar el incumplimiento del contrato de leasing habitacional No. 06010106000275297, y eventualmente dar por terminado el mismo; aunado a ello reconocer el pago de daños patrimoniales como daño emergente, lucro cesante y daño moral.

El día 27 de abril del hogaño, el despacho emite sentencia dentro del proceso que en la referencia se indica, misma que fue notificada por estados el día once (11) de mayo de la presente anualidad; sentencia en la cual se arguye que se encuentran probadas las excepciones **“IMPROCEDENCIA DEL RECONOCIMIENTO DE INTERESES PRETENDIDOS POR EL DEMANDANTE”** y **“EL DAÑO MORAL DEBE SER PROBADO POR QUIEN LO RECLAMA Y SOLO SERA RECONOCIDA SU INDEMNIZACION SI QUEDA ACREDITADO EN EL PROCESO.”** Ello por considerar, en primer lugar, que los pagos realizados a **DAVIVIENDA** eran por concepto de arrendamiento, dado que durante todos estos años el señor **MENDEZ CHACON**, ocupó el inmueble y que al no pagar intereses desde el año 2012, el contrato mutó a un simple arrendamiento.

No obstante, me permito informar que desde el año 2006 cuando se celebró el contrato de leasing, mi representado pagó un interés hasta el año 2012, es decir fueron seis años en los cuales mi poderdante tenía la invencible convicción de que al finalizar los pagos podría adquirir el inmueble, en este orden de ideas, me permito informar a su despacho que el dinero pagado al banco y a la SAE, generan intereses los cuales no han sido reintegrados o indexados.

En segundo lugar, en lo referente al daño moral, me permito manifestar que no se cuenta con material probatorio adicional, dado que el único testigo es el señor **ANDRES RODRIGO DULCE ASTORQUIZA**, quien con su testimonio reitero en varias ocasiones el hecho de que el señor **MENDEZ CHACON**, se siente en una situación de incertidumbre total, al no poder cumplir su sueño de brindarle a su familia un techo propio, y lo que es peor perdiendo el lugar donde ha ejercido su profesión y donde las personas lo reconocen como un profesional en el área de odontología.

En sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala Civil, Bogotá, de fecha 17 de noviembre de 2020, **M.P. JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS**, se contempla que para que la reclamación de indemnización por responsabilidad contractual sea prospera, se requiere que haya un daño proveniente de la inejecución o ejecución tardía de un contrato válidamente celebrado entre la víctima y el causante del daño, la precitada sentencia considera:

“Como es sabido, uno de los elementos estructurales de la responsabilidad, es el daño, entendido como todo detrimento o menoscabo de bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio material o moral, cuyo resarcimiento le incumbe al autor o al legalmente vinculado con este.

Y, según el precepto 1614 ibídem, entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse» como consecuencia de similares circunstancias. (Subrayado y negrilla fuera de texto original).

De acuerdo con la relación de pagos aportada se evidencia que mi prohijado a la fecha le ha pagado a Davivienda, al Consorcio Inmobiliario Eje Cafetero y la Sociedad de Activos Especiales (SAE), sumas exorbitantes de dinero, las cuales le han causado un grave detrimento patrimonial y un menoscabo de sus sueños dado que a la fecha ya no es posible que el banco le otorgue la titularidad del bien, a esto se suma los saldos que actualmente se encuentran adeudados a la SAE.

No obstante, en la sentencia objeto de apelación no se valoró de manera adecuada e integralmente las pruebas aportadas puesto que, de manera exegética, el Despacho de conocimiento guía su decisión bajo un presupuesto normativo que, hoy en día, ha sido trabajado por la jurisprudencia en múltiples ocasiones, como lo es el campo de la interpretación del daño moral y los requisitos para su reconocimiento, cuyo contenido se encuentra consagrado en varias sentencias, entre las más destacadas se encuentra:

La sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de fecha 5 de agosto de 2014, Exp. No. 2003-00660-01. M.P. **ARIEL SALAZAR RAMÍREZ**, se determinó que los perjuicios morales se definen como el dolor, la angustia, la tristeza o la congoja que siente una persona. Este sufrimiento se puede presentar por distintas causas, tales como la invalidez, la humillación o difamación pública, la privación injusta de la libertad, el desplazamiento forzado, las lesiones corporales temporales o permanentes e, incluso y aunque haya sido objeto de debates jurisprudenciales, la pérdida de bienes materiales o el incumplimiento de obligaciones contractuales, al respecto la Corte, en la referida sentencia ha dicho:

“Este daño, entonces, debe ser de grave entidad o trascendencia, lo que significa que no debe ser insustancial o fútil, pues no es una simple molestia la que constituye el objeto de la tutela civil.” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 5 de agosto de 2014. Radicación: Exp. No. 2003-00660-01. Magistrado Ponente: Ariel Salazar Ramírez.)

En el ámbito colombiano la ley no define una prueba exclusiva para acreditar este tipo de perjuicios, en razón a ello la Corte considera:

“De ahí que el perjuicio moral no es susceptible de demostración a través de pruebas científicas, técnicas o directas, porque su esencia originaria y puramente espiritual impide su constatación mediante el saber instrumental”.

Lo anterior significa, que, para la Corte, un dictamen no puede cuantificar la cuantía o intensidad de un perjuicio moral, en la referida sentencia objeto de análisis la Corte

dio por probados los perjuicios morales, en base a pruebas testimoniales, es decir declaraciones de terceros que han presenciado el sufrimientos y dolor de la víctima o la cercanía de los reclamantes; cabe resaltar que no basta acreditar el dolor, sino que también se debe precisar que esto se derivó de un hecho del demandado.

Así pues, con base en su jurisprudencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia SC3255 de 2021, del 4 de agosto de 2021, **M.P. ALVARO FERNANDO GARCIA RESTREPO**, recordó que el daño moral de la siguiente forma:

“Está circunscrito a la lesión de la esfera sentimental y afectiva del sujeto, que corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo. Dicha lesión, según la Sala, se expresa material u objetivamente por el dolor, la pesadumbre, la perturbación de ánimo, el pesar, la congoja, aflicción, sufrimiento, pena, angustia, desolación, impotencia u otros signos expresivos. En el menoscabo de los sentimientos, de los afectos de la víctima y, por lo tanto, en el sufrimiento moral, en el dolor que la persona tiene que soportar por cierto evento dañoso”.

En ese orden de ideas, las excepciones que se consideraron procedentes en el presente caso no debieron concederse carecen de sustento dado que las mismas no son aplicables al presente caso, aunado a ello se requiere que la parte demandada le reconozca a mi mandante los perjuicios de los que fue víctima.

Así las cosas, de la manera más respetuosa me permito,

III. SOLICITAR

De conformidad con lo planteado en este recurso:

PRIMERO. SE REVOQUE PARCIALMENTE, la Sentencia de fecha 27 de abril de 2023, notificada por estados el 11 de mayo de esta anualidad por razones expuestas anteriormente, en especial los numerales primero, cuarto y sexto de la parte resolutive en la cual se declara lo siguiente:

“PRIMERO: DECLARAR probados los medios exceptivos que la parte demandada denomino: “IMPROCEDENCIA DEL RECONOCIMIENTO DE INTERESES PRETENDIDOS POR EL DEMANDANTE” y “EL DAÑO MORAL DEBE SER PROBADO POR QUIEN LO RECLAMA Y SOLO SERA RECONOCIDA SU INDEPNIZACION SI QUEDA ACREDITADO EN EL PROCESO”. Atendiendo lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: ORDENAR (...) el demandante deberá devolver al banco la tenencia del inmueble objeto de operación del leasing.

SEXTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.”

Respecto a los otros numerales de la sentencia precitada mi mandante se encuentra conforme.

JAIME HERNÁNDEZ CHAVES.

ABOGADO

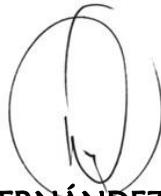
U. DE NARIÑO- U. NACIONAL. U. EXTERNADO DE COLOMBIA
Especialista en Derecho Civil, Especialista en Derecho de Familia,
Especialista en Derecho Procesal Civil, Mg. Derecho Privado

SEGUNDO: SE ABSTENGA de ordenar la entrega del inmueble identificado con matrícula inmobiliaria No.290-46721 de la Oficina de Instrumentos Públicos de Pereira (R).

TERCERO: ACLARAR, que el nombre de mi poderdante es **MARTIN GUSTAVO MEDEZ CHACON**, dado que en escrito de sentencia se cambia su nombre.

Sin otro particular, me suscribo de Usted.

Atentamente;



JAIME HERNÁNDEZ CHAVES.

Cédula Nro. 13.012.281 expedida en Ipiales.

T. P. Nro. 77.051 del H.C. S. de la Jra

e-mail: Jaime.hernandez.oficina@hotmail.com

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA GARCIA SERRANO RV: SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN_MARTIN GUSTAVO MENDEZ VS BANCO DAVIIVENDA RAD: 11001319900320210515402

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota <secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Jue 24/08/2023 4:49 PM

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

 2 archivos adjuntos (1 MB)

MARTIN GUSTAVO MENDEZ CHACON VS DAVIVIENDA (1).pdf; SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN_MARTÍN GUSTAVO MÉNDEZ CHACÓN VS BANCO DAVIVIENDA.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA GARCIA SERRANO

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: secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

De: Litigios notificaciones <litigiosnotificaciones@ustarizabogados.com>**Enviado:** jueves, 24 de agosto de 2023 16:43**Para:** Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota <secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>**Cc:** martinmendezch@hotmail.com <martinmendezch@hotmail.com>; jaime.hernandez.oficina@hotmail.com <jaime.hernandez.oficina@hotmail.com>**Asunto:** SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN_MARTIN GUSTAVO MENDEZ VS BANCO DAVIIVENDA RAD: 11001319900320210515402

Doctores

MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ DC – SALA CIVIL**ATN. DRA. MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO**secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

| | |
|--------------------|--|
| Proceso: | Acción de Protección al Consumidor |
| Radicado: | 11001319900320210515402 |
| Demandante: | Martín Gustavo Méndez Chacón |
| Demandado: | Banco Davivienda S.A. |
| Asunto: | Sustentación del recurso de apelación. |

De manera atenta, haciendo uso de los medios electrónicos, tal como lo permite el artículo 109 en sus incisos tercero y cuarto del Código General del Proceso, me permito radicar dentro de la oportunidad procesal debida, la sustentación del recurso de apelación presentado en contra de la sentencia proferida por la Superintendencia Financiera de Colombia el 11 de mayo de 2023, la cual acompaño adjunta a este correo para que por favor sea incorporada al expediente digital.

Hago la salvedad que en este correo se está copiando también a la parte demandante.

Agradezco acusar recibo.

Cordialmente,**USTÁRIZ & ABOGADOS**

Teléfono Of. (0571) 6108161 y 6108164
Dir. Carrera 11A # 96 - 51 Oficina 203 Edificio Oficity
Bogotá, Colombia

El presente e-mail tiene carácter confidencial y reservado, puede contener información privilegiada la cual no puede ser usada ni divulgada a personas o entidades distintas de su destinatario. Está prohibida la distribución, retención, utilización, aprovechamiento difusión, o copia con cualquier propósito. Si por error recibe este mensaje, por favor destruya su contenido y avise a su remitente.

This email is confidential and reserved, and may contain legally privileged and confidential information which can not be used or disclosed to any person or organization other than its addressee. Any distribution, retention, use, advantage, dissemination, or copying is prohibited. If you receive this message in error, please delete the message and notify the sender.



Señores

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES

E. S. D.

| | |
|-------------|---|
| Proceso: | Acción de Protección al Consumidor – Mínima cuantía |
| Radicado: | 2021264785 |
| Expediente: | 2021-5154 |
| Demandante: | Martín Gustavo Méndez Chacón |
| Demandado: | Banco Davivienda S.A. |
| Asunto: | Sustentación recurso de apelación. |

LUIS HUMBERTO USTARIZ GONZÁLEZ, mayor de edad, con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía número 79.506.641 expedida en la ciudad de Bogotá, abogado titulado e inscrito con la tarjeta profesional número 71.478 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado judicial de **BANCO DAVIVIENDA S.A.**, en los términos del artículo 322 del Código General del Proceso interpongo **RECURSO DE APELACIÓN** en contra de la sentencia proferida por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia (en adelante “La Delegatura”) el 11 de mayo 2023, notificada mediante estado del 12 de mayo de 2023, para lo cual formulo a través del presente escrito los respectivos reparos concretos que sustentaré ante el *ad quem* en su debida oportunidad en el trámite de la alzada.

I. OPORTUNIDAD Y PROCEDENCIA

En proveído calendarado el 10 de agosto de 2023 el Tribunal Superior de Bogotá admitió el recurso de apelación interpuesto por los extremos procesales en contra de la sentencia proferida el 11 de mayo de 2023 por la Superintendencia Financiera de Colombia. En consecuencia, mediante auto del 10 de agosto de 2023, el Tribunal ordenó correr traslado a las partes por el término de 5 días a partir de la ejecutoria de la providencia para que sustentaran la alzada en los términos del artículo 12 de la Ley 2213 de 2022.

Así las cosas, el cómputo del término de la sustentación se contabilizará de la siguiente forma:

- Notificación del auto que corrió traslado: 11 de agosto de 2023.
- Término de que trata el art. 12 de la Ley 2213 de 2022: una vez ejecutoriado el auto, inició el 18 de agosto de 2023 y vence el 24 de agosto de 2023.

Considerando que el presente memorial se radica el 24 de agosto de 2023, se encuentra probada la procedencia y oportunidad de la sustentación del recurso de apelación.

II. SÍNTESIS DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Para resolver la litis la Delegatura planteó el siguiente objeto de litigio:

“Establecer si se predica o existe responsabilidad contractual de BANCO DAVIVIENDA S.A., en relación con el contrato de Leasing habitacional suscrito con el señor MARTÍN MEÉNDEZ CHACÓN, y determinar, si hay algún incumplimiento contractual de la entidad financiera, en virtud del cual se deba acceder a las pretensiones de la demanda”.

Análisis y conclusiones del despacho:

Para dar inicio a sus análisis, la Delegatura realizó un recuento fáctico de la trazabilidad y condiciones que rodean el negocio jurídico objeto de debate en los siguientes términos:

“Para efectos de resolver la controversia como han quedado planteada, es importante señalar que como se constata de las documentales allegadas a derivados 000 y 009, entre el BANCO DAVIVIENDA y el señor MARTIN MENDEZ CHACON se celebró un contrato de Leasing Habitacional por un valor de \$190.000.000 a un plazo de 120 meses contados a partir del mes de agosto de 2006, sobre el inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No 290-46721 de la oficina de registro de instrumentos públicos de Pereira, inmueble que con posterioridad fue objeto de un proceso de extinción de dominio por parte de la Fiscalía General de la Nación con radicado 10812. Situación sobre la cuál manifiesta la entidad demandada, que ha realizado esfuerzos con el fin de mantener la calidad de locatario del demandante teniendo en cuenta que se hizo parte en el proceso de extinción de dominio al estar en su cabeza la titularidad del inmueble y, de otra parte, por cuanto suscribió otro sí con el locatario en donde se le redujo el canon correspondiente al contrato de Leasing.

Frente a la anterior circunstancia, y a partir de la valoración de la documental correspondiente estudio de títulos a derivado 009, se ha establecido que aun cuando el bien inmueble objeto de Leasing fue escogido por el hoy locatario, las partes del contrato no pudieron establecer que dentro de la tradición del inmueble figuraba como propietaria una persona que había tenido relación con una persona vinculada a actividades ilícitas, situación que con posterioridad diera lugar a la acción de extinción de dominio por parte de la Fiscalía General de la Nación”.

Dicho esto, y superadas las etapas del proceso, la Delegatura consideró que el riesgo por los vicios del bien escogido por el señor Martín Gustavo Méndez no podía ser atribuido únicamente a este. Lo anterior,

teniendo en cuenta que el BANCO, en su calidad de propietario del inmueble financiado, y en virtud del principio de debida diligencia, le correspondía gestionar el riesgo de pérdida de dicho activo.

Aunado a lo anterior, el Despacho consideró que el contrato de leasing habitacional debió terminar en el año 2012, en atención a que el inicio de un proceso judicial sobre el bien constituía una de las causales de terminación del contrato aceptadas por las partes. Así mismo, precisó que la suscripción del otrosí aportado al proceso, al eliminar la tasa de interés que se le cobraba al demandante, desnaturalizó el contrato de leasing financiero y constituyó, en sentido estricto, la celebración de un nuevo contrato de arrendamiento simple de bien inmueble.

Por otra parte, manifestó la Delegatura que con la cláusula dispuesta en el otro sí al contrato de Leasing en la que se estableció que la opción de compra del locatario quedaba sujeta a la condición suspensiva consistente en las resultas del proceso de extinción de dominio, se sometió al locatario a una inseguridad jurídica que le era irresistible, inseguridad que correspondió a la posibilidad de ejercer efectivamente la opción de compra del bien inmueble objeto del contrato de leasing, comoquiera que la efectividad de la opción de compra y posterior transferencia de dominio del bien, quedó sujeta al alea de un proceso judicial, es decir que, al final del contrato y aun habiéndose cumplido el mismo por parte el consumidor, éste no tendría derecho a adquirir el inmueble, si dicho proceso saliera a favor del Estado, lo que a juicio de la Delegatura constituía una disposición abusiva que debía ser considerada como ineficaz.

Lo anterior, para concluir que BANCO DAVIVIENDA debía reconocer al demandante la suma total, debidamente indexada, de los cánones pagados por éste a las entidades administradoras del bien inmueble como resultado del proceso de extinción de dominio (Consortio Inmobiliario del Eje Cafetero y posteriormente a la Sociedad de Activos Especiales -SAE), así como subrogarse en la posición de responsable del pago del contrato de arrendamiento a la SAE y dar por terminado el contrato de leasing.

No obstante lo anterior, el Despacho consideró que las cuotas pagadas por el señor Méndez al BANCO con posterioridad a la celebración del otrosí, encontraban sustento en el uso del inmueble que le fue concedido como resultado de la celebración de lo que consideró el nuevo "contrato de arrendamiento".

III. SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

I. INEXISTENCIA DE AFECTACIÓN AL DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA – EL INMUEBLE OBJETO DE LITIGIO ERA USADO PARA FINES COMERCIALES, LO QUE DERIVA EN UN INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL DEL DEMANDANTE

En sentencia del 11 de mayo de 2023, la Delegatura consideró que no podía atribuírsele al demandante una *“responsabilidad mayor por la escogencia del inmueble, en tanto que al mismo tiempo el banco, en ejercicio de la actividad financiera y como profesional de la misma, se encontraba llamado a analizar los riesgos propios de la operación de Leasing, incluyendo el riesgo legal como parte de su propio riesgo operativo al momento de desarrollar las acciones encaminadas a adquirir el inmueble para celebrar el contrato de Leasing”*, lo anterior, pese a que líneas antes refiere de forma clara y expresa que *“el bien inmueble objeto de Leasing fue escogido por el hoy locatario”*.

Así mismo, como fundamento de la obligación de debida diligencia endilgada a BANCO DAVIVIENDA, que da lugar a que se le atribuya una responsabilidad mayor en la celebración del contrato de Leasing Habitacional No. 06010106000275297, la Delegatura es enfática en señalar que en la relación contractual que une al demandante con mi representada debe tenerse en cuenta la protección constitucional con la que goza el derecho a la vivienda digna, de conformidad con lo establecido en el artículo 51 de la Carta Política.

En este mismo sentido, la Delegatura, citando la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹, se refiere a la “seguridad jurídica de la tenencia” como uno de los aspectos que se deben identificar para que se configure el derecho a una vivienda digna y adecuada.

No obstante lo anterior, la Delegatura valoró de forma indebida el suficiente material probatorio que reposa en el expediente y que da fe de que el demandante utilizaba el inmueble para una destinación comercial y no como su vivienda. Lo anterior, pese a que el Contrato de Leasing Habitacional No. 06010106000275297 es claro al establecer que el inmueble debía ser destinado **únicamente** para vivienda y que cualquier uso diferente constituía un incumplimiento contractual:

CLÁUSULA DECIMA TERCERA. DESTINACIÓN DEL INMUEBLE: El inmueble será destinado únicamente para vivienda. El LOCATARIO se compromete a no cambiar esta destinación y a no subarrendar o ceder el uso o goce parcial o total del INMUEBLE, ni a guardar o permitir que en él se guarden sustancias explosivas o tóxicas perjudiciales para su conservación, seguridad e higiene.

¹ Corte Constitucional; Sentencia T-420 de 2018.

CLÁUSULA DECIMA OCTAVA. PROHIBICIONES: El LOCATARIO se abstendrá y en consecuencia le queda prohibido:

1. Subarrendar el inmueble.
2. Ceder el presente contrato de leasing habitacional ó permitir que cualquiera otra persona entre a cualquier título a disponer o disfrutar del inmueble sin previa autorización escrita de DAVIVIENDA.
3. Modificar, cambiar ó ampliar las características del inmueble, sin autorización expresa de DAVIVIENDA.
4. Dar al INMUEBLE una destinación diferente a la contemplada en la cláusula décima tercera del presente contrato.

CLÁUSULA VIGÉSIMA SEGUNDA. DESTINACIÓN Y MANTENIMIENTO DE LOS BIENES: EL bien será utilizado por el LOCATARIO exclusivamente para vivienda y a partir de la entrega del inmueble por parte de DAVIVIENDA y durante todo el término de vigencia del contrato y su permanencia en el inmueble, el LOCATARIO será responsable por su conservación y mantenimiento y estará obligado al pago de los servicios públicos, administración, y a asumir cualesquiera reparaciones que requiera el bien, sin que exista derecho alguno de repetición de las sumas respectivas contra DAVIVIENDA. El LOCATARIO no podrá modificar las características del bien entregado en leasing, sino con autorización expresa de DAVIVIENDA. Todas las mejoras o adiciones efectuadas, se entienden parte integrante del mismo y en consecuencia son propiedad de DAVIVIENDA, sin que ésta esté obligada a ninguna compensación. DAVIVIENDA no tendrá responsabilidad alguna en relación con el costo o duración de las reparaciones o mejoras realizadas sobre el inmueble objeto del contrato, no pudiendo el LOCATARIO exigir la terminación del contrato, ni la disminución del canon de arrendamiento con tal fundamento.

En este sentido, no solo no puede entenderse como vulnerado el derecho a la vivienda digna del demandante, por cuanto el inmueble no era utilizado para tal fin sino que, de lo anterior, se desprende que la destinación del bien inmueble entregado al señor Martín Gustavo Méndez mediante contrato de leasing habitacional para un uso diferente a la vivienda implicaba un incumplimiento contractual del locatario, por lo que no cabe duda de que el demandante incumplió el contrato celebrado con BANCO DAVIVIENDA por cuanto utilizó dicho inmueble para efectos laborales y comerciales, instalando en este un consultorio odontológico en el que ejercía su profesión.

Lo anterior fue ratificado por el señor Andrés Rodrigo Dulce Astorquiza, testigo de la parte demandante, quien manifestó que el señor Martín Méndez Chacón ejerce actividades laborales en el inmueble objeto de litigio.

Así mismo, en el contrato de arrendamiento celebrado por demandante con el CONSORCIO INMOBILIARIO DEL EJE CAFETERO, se estableció que este utilizaría el bien *“exclusivamente para el FUNCIONAMIENTO DE LA UNIDAD ESTÉTICA DENTAL”*, quedando probado con esto que el demandante no utilizaba este inmueble como vivienda, sino para fines netamente comerciales.

SEGUNDA. DESTINACIÓN: EL ARRENDATARIO se compromete a utilizar el bien arrendado exclusivamente para FUNCIONAMIENTO DE LA UNIDAD ESTÉTICA DENTAL.

Pese a estos hechos probados en el proceso, se tiene como fundamento adicional de la presente sustentación que, a pesar de los argumentos expuestos en las excepciones propuestos en la contestación de la demanda, la Delegatura omitió por completo pronunciarse sobre el incumplimiento del demandante de sus obligaciones contractuales al dar al bien inmueble una destinación diferente a la acordada, así como las consecuencias que este debe asumir por su incumplimiento y las implicaciones que ello con respecto a BANCO DAVIVIENDA y por el contrario, como se anotó en líneas precedentes sustentó el fallo en una protección a la vivienda digna que no se configura en el presente asunto, por cuanto el demandante no daba tal uso al inmueble objeto de litigio.

En consecuencia, no resulta admisible que la Delegatura haya sustentado el fallo en una protección a la vivienda digna como derecho fundamental, cuando lo cierto e indiscutible es que en el presente proceso quedó ampliamente probado que el señor Martín Gustavo Méndez a pesar de lo establecido en el Contrato de Leasing, cambió la destinación del bien inmueble objeto de dicho Contrato, de vivienda a un establecimiento de comercio por el cual recibía una prestación económica a su favor, razón por la cual, es bajo este presupuesto que el Despacho debió haber proferido el fallo y no bajo circunstancias que se alejan de realidad y que buscan otorgar al demandante una protección de carácter constitucional que en el presente proceso no tiene ninguna aplicación al no acompañarse con la realidad del caso que nos convoca, y que de entrada deja sin sustento los argumentos del Despacho para acceder a las pretensiones de la demanda.

2. CUMPLIMIENTO DE BANCO DAVIVIENDA DE SUS OBLIGACIONES LEGALES Y CONTRACTUALES EN LO QUE RESPECTA AL ESTUDIO DE TÍTULOS DEL BIEN INMUEBLE.

Quedó probado en el proceso que el BANCO DAVIVIENDA cumplió a cabalidad con su obligación de verificar la situación jurídica del bien, para cuyo efecto realizó un estudio de títulos en el que no se identificó ningún vicio o situación que impidiera la adquisición del bien o implicara un riesgo para los contratantes, de manera que, el Contrato de Leasing se celebró respecto de un bien absolutamente libre de vicios, razón por la cual no resulta aceptable que sea el BANCO quien tenga que asumir las consecuencias de los hechos posteriores que ocurrieron con el bien, como lo fue la extinción de dominio, cuando no solo adquirió el bien a solicitud del demandante, sino que cuando se tuvo conocimiento del proceso judicial en comento, dejó de cobrarle intereses al locatario y, en cumplimiento de sus obligaciones, permitió que este continuara haciendo uso del bien, siendo precisamente la voluntad de las partes mantenerse en el contrato de leasing, con la única particularidad

que la opción de compra estaba sujeta a una condición conocida y aceptada por las partes, voluntad que no puede ser ahora desconocida por el Juez del proceso .

Ahora bien, teniendo en cuenta que la administración del bien había sido transferida al CONSORCIO INMOBILIARIO DEL EJE CAFETERO, en virtud del proceso de extinción de dominio, y que el demandante se había comprometido con este a pagar un canon de arrendamiento, el BANCO DAVIVIENDA, con la finalidad de no causar ningún perjuicio al señor Martín Gustavo Méndez redujo la cuota mensual del leasing habitacional, compensándola con la suma pagada por este a la entidad administradora, de tal forma que no presentara ninguna variación con respecto al valor que acostumbraba a pagar al BANCO por el uso del bien inmueble.

En efecto, desconoció la Delegatura, pese a que estaba probado en el proceso, que el demandante pagaba a BANCO DAVIVIENDA por el Contrato de Leasing Habitacional No. 06010106000275297, una cuota aproximada de \$2.715.000. No obstante, con posterioridad a la celebración del otro sí, atendiendo que el canon de arrendamiento pagado al CONSORCIO ascendía a la suma de \$1.994.999, DAVIVIENDA redujo la cuota del leasing a la suma de \$720.000, valor que se fue ajustando anualmente conforme variaba el precio de los seguros asociados al contrato, por lo que el señor Méndez siguió pagando por el uso del inmueble, en total, la misma suma que había sido pactada con BANCO DAVIVIENDA en el momento de la celebración del Contrato de Leasing Habitacional No. 06010106000275297.

En este sentido, es claro que contrario a lo indicado por el despacho, no está probado que se le haya causado al señor Martín Gustavo Méndez ningún daño emergente derivado de la celebración del otro sí o del inicio del proceso de extinción de dominio, cuya carga y responsabilidad sea atribuible a BANCO DAVIVIENDA, máxime cuando fue esta quien redujo a cuota del leasing habitacional en pro del consumidor financiero y asumiendo los costos derivados de dicha reducción, con la finalidad de que este no realizara pagos dobles o adicionales a los inicialmente establecidos, por el uso del bien inmueble.

Y es que no se puede desconocer que el negocio jurídico entre el señor MARTÍN GUSTAVO MÉNDEZ y el CONSORCIO INMOBILIARIO DEL EJE CAFETERO fue celebrado por aquel de forma voluntaria, informada y sin intervención del BANCO DAVIVIENDA, razón por la cual, carece de fundamento jurídico que el BANCO deba asumir el valor de dichos cánones que fueron pactados entre los contratantes y que fueron descontados por DAVIVIENDA del valor de la cuota que pagaba el demandante por el contrato de leasing habitacional.

3. EL OTRO SÍ AL CONTRATO DE LEASING HABITACIONAL NO. 06010106000275297 FUE CELEBRADO POR LAS PARTES EN EJERCICIO DE SU AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y, EN NINGÚN CASO, DESNATURALIZA EL NEGOCIO CONTRACTUAL.

En sentencia de primera instancia, con relación al otro sí al Contrato de Leasing Habitacional No. 06010106000275297, suscrito entre el señor Martín Gustavo Méndez y BANCO DAVIVIENDA, la Delegatura señaló lo siguiente:

"En relación con lo pactado en este otro sí, si bien en principio se pudiera llegar a considerar que ello hubiere sido benéfico para el consumidor, por haberse reducido la tasa de interés, lo cierto es que analizados los efectos del negocio jurídico así modificado, encuentra el Despacho que ello alteró la esencia del contrato de Leasing (artículo 1501 del C.CI), pues de un lado deja de tener su connotación de contrato propio de una intermediación financiera, en tanto que se advierte que actualmente el arrendatario no está pagando una tasa de interés a la entidad financiera, con lo que, el negocio jurídico ha devenido a ser un arrendamiento simple, contrato distinto al inicialmente pactado y que no se encuentra acorde con una estructura de transformación de plazos y tasas que debe tener una operación activa versus los recursos captados por pasiva por el establecimiento bancario, apartándose así a la naturaleza de las actividades autorizadas por ley a la Entidad Vigilada.

Frente a lo cual concluye el Despacho que después de suscrito el otro sí mencionado el contrato se convirtió en un contrato de arrendamiento, de tal forma que el contrato de Leasing ha debido terminarse en el año 2012".

Con lo anterior, desconoce la Delegatura la naturaleza jurídica del contrato de leasing, el cual se constituye como un negocio jurídico atípico que no está expresamente regulado en la ley y cuyo alcance, derechos y obligaciones se rigen por lo acordado entre las partes.

Sobre este asunto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 13 de diciembre de 2002 indicó lo siguiente:

"el contrato de leasing en Colombia no posee una regulación legal propiamente dicha (suficiencia preceptiva), debe aceptarse, por ende, que no puede ser gobernado exclusiva y delantadamente por las reglas que le son propias a negocios típicos, por afines que éstos realmente sean, entre ellos, por vía de ilustración, el arrendamiento; la compraventa con pacto de reserva de dominio; el mutuo. No en vano, la disciplina que corresponde a los negocios atípicos está dada, en primer término, por "las cláusulas contractuales ajustadas por las partes contratantes, siempre y cuando, claro, está, ellas no sean contrarias a disposiciones de orden público"; en segundo lugar, por "las normas generales previstas en el ordenamiento como comunes a todas las obligaciones y contratos, (asi) como las originadas en los usos y prácticas sociales" y, finalmente, ahí sí, "mediante un proceso de auto integración, (por) las del contrato típico con el que guarde alguna semejanza relevante" (cas. civ. de 22 de octubre de 2001; exp: 5817), lo que en últimas exige acudir a la

*analogía, como prototípico mecanismo de expansión del derecho positivo, todo ello, desde luego, sin perjuicio de la aplicación de los principios generales, como informadores del sistema jurídico.*¹²

Por lo tanto, carece de fundamento jurídico la interpretación que hace la Delegatura sobre la supuesta desnaturalización del contrato de leasing por la reducción del canon y la eliminación de la tasa de interés. Lo anterior, por cuanto se le está imponiendo al negocio jurídico, como una característica fundamental que no establece la ley, la existencia de una tasa de interés permanente, sin que se les permita a las partes hacer concesiones en beneficio de la permanencia del negocio jurídico.

Aunado a lo anterior, está desconociendo la Delegatura que el pago del canon mensual se mantuvo con la celebración del otro sí al contrato de leasing y que, la reducción de la tasa de interés a cero correspondió a una estrategia comercial de la entidad que le está permitida en ejercicio de su actividad profesional y que se pactó en beneficio del consumidor financiero.

Tampoco se tuvo en cuenta en el fallo de primera instancia que la voluntad de las partes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad privada, al suscribir el otro sí al contrato de leasing era continuar con dicho negocio jurídico y no celebrar un nuevo contrato y mucho menos mutar el mismo a un contrato de arrendamiento, ya que la opción de compra continuaba vigente, solo que sometida a una condición, lo cual fue plenamente conocido por el demandante y aceptado por este de manera libre, consciente y voluntaria, luego, no pude pretender el Despacho dar un alcance diferente al negocio jurídico querido y celebrado por las partes,

La Corte Constitucional de Colombia ha definido la autonomía de la voluntad privada como *“la facultad reconocida por el ordenamiento positivo a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante y, por tanto, para crear derechos y obligaciones, con los límites generales del orden público y las buenas costumbres, para el intercambio de bienes y servicios o el desarrollo de actividades de cooperación”*¹³.

Así mismo, señaló:

“la autonomía permite a los particulares: i) celebrar contratos o no celebrarlos, en principio en virtud del solo consentimiento, y, por tanto, sin formalidades, pues éstas reducen el ejercicio de la voluntad; ii) determinar con amplia libertad el contenido de sus obligaciones y de los derechos correlativos, con el límite del orden público, entendido de manera general como la seguridad, la salubridad y la moralidad públicas, y de las buenas costumbres; iii) crear relaciones obligatorias entre sí, las cuales en principio no producen efectos jurídicos respecto de otras personas, que no

² Corte Suprema de Justicia; Sala de Casación Civil; Expediente No. 6462; Sentencia del 13 de diciembre de 2002; M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

³ Corte Constitucional de Colombia; Sentencia C-934 del 11 de diciembre de 2013; M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

son partes del contrato, por no haber prestado su consentimiento, lo cual corresponde al llamado efecto relativo de aquel⁴”.

Por otra parte, refiere la Delegatura en la sentencia del 11 de mayo de 2023 proferida en el marco del presente proceso *“que el contrato fue previsto para financiar la adquisición de la vivienda familiar del consumidor demandante, como se acredita en el clausulado original del leasing a derivado 009 en el documento denominado “1. contrato de leasing habitacional”, en específico en sus cláusulas 3a, 6a y 13a, y el fin último de este negocio jurídico se encuentra encaminado a la financiación para la adquisición de una vivienda familiar, no para el uso y goce de la misma que resulta de un arrendamiento simple, luego que el cumplimiento de las obligaciones del consumidor no se puede cercenar o condicionar esa adquisición que se materializa en la posibilidad de ejercitar el derecho de ejercer opción de compra”.*

Con relación a este asunto, es preciso mencionar que con la celebración del otro sí al Contrato de Leasing Habitacional No. 06010106000275297 **se mantuvo la opción de compra del inmueble**, la cual fue, por disposición de las partes en ejercicio de su autonomía privada de la voluntad, sometida al cumplimiento de una condición pero en ningún caso eliminada.

En este sentido, no puede pretender la Delegatura atribuirle al otro sí al Contrato de Leasing Habitacional No. 06010106000275297 efectos jurídicos diferentes a los acordados por las partes, en ejercicio de su autonomía privada de la voluntad. Ni tampoco puede el señor Martín Gustavo Méndez desprenderse de las obligaciones allí adquiridas de forma informada y voluntaria.

Finalmente, en lo que se refiere a la supuesta terminación del Contrato de Leasing Habitacional No. 06010106000275297, que debió ocurrir en el año 2012, no fue considerado por la Delegatura que la voluntad de las partes fue dar continuidad al negocio jurídico y que fue este el objeto de la suscripción del otro sí, en el que se dispuso, entre otras cosas, lo siguiente:

Las partes han venido adelantando conversaciones, tendientes a definir la salida jurídica más viable frente a la coyuntura que se presenta, por encontrarse el inmueble objeto de leasing afectado por la medida cautelar ordenada por la Fiscalía. En tal sentido, DAVIVIENDA ha aceptado modificar las condiciones financieras originales del contrato de leasing aceptando que la tasa de interés remuneratorio del catorce por ciento efectivo anual (14% E.A.) se reduzca a tasa cero (0%) y el canon mensual originalmente pactado en dos millones ochocientos sesenta mil pesos (\$2.860.000.00) se reduzca a \$760.000.00.

⁴ Ibidem.

CLÁUSULA PRIMERA.- OBJETO: Las partes entienden que a pesar de las consideraciones antes señaladas, el contrato de leasing No. 06010106000275297 se mantiene vigente y por ende, igualmente los derechos y obligaciones de las partes derivadas del mismo, salvo las obligaciones que se determinan a continuación, toda vez que serán objeto de modificación expresa por las partes.

Y es que lo manifestado por las partes en el otro sí al contrato de leasing no puede ser considerado de ninguna forma ambiguo, ni se presta a dobles interpretaciones, por cuanto la voluntad de las partes de dar continuidad al negocio jurídico quedó expresamente plasmada en tal documento en donde se refiere que *"a pesar de las consideraciones antes señaladas, el contrato de leasing No. 06010106000275297 se mantiene vigente (...)"* Subrayo y resalto.

Por lo tanto, es claro que la voluntad del señor MARTÍN GUSTAVO MÉNDEZ expresada en el otrosí al contrato de leasing fue la de dar continuidad al contrato y, en ningún caso, darlo por terminado o migrar a uno diferente, por lo que cualquier interpretación en un sentido diferente es del todo errada y atenta contra la autonomía de la voluntad contractual.

4. LA SUSCRIPCIÓN DEL OTRO SÍ AL CONTRATO DE LEASING HABITACIONAL NO LIMITA NI IMPLICA LA RENUNCIA DEL DEMANDANTE DE LA OPCIÓN DE COMPRA DEL INMUEBLE.

Indica la Delegatura en la sentencia de primera instancia proferida en el marco de este proceso, que *"[E]n conclusión, advertidas las anteriores irregularidades, ha de reconocerse por parte de esta Superintendencia el efecto de la ineficacia que el legislador ha previsto en el parágrafo del artículo 11 de la Ley 1328 en la cláusula cuarta del otro sí suscrito el 23 de noviembre de 2012"*.

La cláusula referida por la Delegatura es la siguiente:

CLÁUSULA CUARTA.- Modificar el numeral quinto de la cláusula décimo séptima y la cláusula vigésima séptima en el siguiente sentido:

La opción de compra de EL LOCATARIO queda sujeta a la condición suspensiva consistente en las resultas del proceso de extinción de dominio, que se viene adelantando en la Fiscalía Sexta Especializa de la Unidad Nacional para la Extinción del Derecho de Dominio con el radicado No. 10812.

No obstante, dicha cláusula, en la que se condiciona la opción de compra del bien inmueble a las resultas del proceso de extinción de dominio, bajo ninguna circunstancia podría considerarse como abusiva, toda vez que no limita ni implica la renuncia del señor Martín Gustavo Méndez a la opción de compra, sino que establece una condición, previamente aceptada por las partes, para tal efecto.

En este sentido, es errada la interpretación que realiza el despacho sobre el alcance de esta disposición, por cuanto con ella en ningún momento las partes pretendieron eliminar o sustraer al señor Martín Gustavo Méndez del derecho a adquirir el bien inmueble, sino que se estableció una condición suspensiva que debía cumplirse previo a realizar dicha compra.

Contrario a lo indicado por el Despacho, el BANCO DAVIVIENDA y el señor Martín Gustavo Méndez convinieron en ejercicio de la autonomía de la voluntad dar continuidad al contrato de leasing habitacional y, con ello, mantener la opción de compra del bien inmueble, bajo el supuesto de una condición suspensiva que fue aceptada libremente por el demandante y que, en ningún caso le fue impuesta por el banco o puede considerarse como abusiva, comoquiera que con ella no se genera ningún desequilibrio contractual o perjuicio al señor Martín Gustavo Méndez, a quien contrario a ello, se le otorga la oportunidad de continuar con la compra del inmueble según lo permitan las resultados del proceso de extinción de dominio.

5. INDEBIDA VALORACIÓN PROBATORIA DE LAS PRUEBAS ALLEGADAS POR LAS PARTES AL PROCESO QUE DAN FE DE QUE LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO ENTRE EL DEMANDANTE Y LA SAE CORRESPONDEN A NEGOCIOS AJENOS A BANCO DAVIVIENDA.

En sentencia de primera instancia notificada mediante estado del 12 de mayo de 2023, la Delegatura condenó a BANCO DAVIVIENDA al pago de la suma de \$377.475.912, a título de daño emergente, correspondiente a la totalidad de los pagos – debidamente indexados- realizados por el señor Martín Gustavo Méndez al Consorcio Inmobiliario del Eje Cafetero y posteriormente a la Sociedad de Activos Especiales -SAE, con el fin de garantizar su permanencia en el inmueble.

No obstante, no tuvo en cuenta la Delegatura que los pagos realizados por el demandante a las entidades en mención se derivaron de una relación contractual ajena a BANCO DAVIVIENDA, en la que mi representada no tuvo participación ni injerencia alguna y que fue el señor Martín Gustavo Méndez quien de forma personal y voluntaria acordó el pago de dicho canon de arrendamiento, tal como consta a continuación:

Contrato de arrendamiento suscrito por el demandante con el CONSORCIO INMOBILIARIO DEL EJE CAFETERO:

Entre los suscritos a saber: **CONSORCIO INMOBILIARIO DEL EJE CAFETERO**, identificado con NIT. 900.091.489-1, Registro de Arrendador No. 1239, y representado legalmente por **JOSÉ IGNACIO CASTRO ZAPATA**, mayor de edad y vecino de Pereira, identificado con cédula de ciudadanía No. **10.106.608 de Pereira**, quien en adelante se denominará **EL ARRENDADOR**, de una parte, y de la otra **MARTÍN GUSTAVO MENDEZ CHACON**, mayor de edad y vecino de Ipiales, identificado con cédula de ciudadanía No. **87.713.381 de Ipiales (Nariño)**, quien en adelante se denominará **EL ARRENDATARIO**, se ha celebrado el siguiente contrato de **ARRENDAMIENTO** que se rige por la Legislación Colombiana y además, por las siguientes cláusulas que durante su vigencia y posteriores prórrogas expresan su voluntad:

PRIMERA: OBJETO. Mediante el presente contrato **EL ARRENDADOR** concede a **EL ARRENDATARIO** el goce del siguiente bien inmueble: **LOCAL** ubicado en la **CALLE 8 NRO 12 B 06** de la ciudad de **PEREIRA (RISARALDA)**, cuyos linderos particulares y generales se anexarán en documento aparte lo cual autoriza **EL ARRENDATARIO** al **ARRENDADOR**.

PARÁGRAFO: **EL ARRENDATARIO** autoriza desde ahora para que **EL ARRENDADOR** llene espacios en blanco, modifique, aclare, adicione a los linderos, la nomenclatura, la(s) línea(s) telefónica(s), del bien objeto del contrato con el fin de identificarlo plenamente.

SEGUNDA. DESTINACIÓN: **EL ARRENDATARIO** se compromete a utilizar el bien arrendado exclusivamente para **FUNCIONAMIENTO DE LA UNIDAD ESTÉTICA DENTAL**.

En este sentido, no podrían atribuírsele a BANCO DAVIVIENDA los efectos y/o consecuencias de la celebración de un contrato entre terceros, en el que no es parte ni adquirió obligaciones, máxime, cuando este fue suscrito por el señor Martín Gustavo Méndez en ejercicio de su autonomía de la voluntad.

Sobre este asunto, en el interrogatorio de parte rendido por el demandante ante el despacho, este fue claro en señalar que en la celebración del contrato de arrendamiento participó únicamente el CONSORCIO INMOBILIARIO DEL EJE CAFETERO, sin que el BANCO tuviera participación alguna. Como soporte de lo anterior, procedo a transcribir parte del interrogatorio realizado en el curso del proceso:

“Juez: ¿Usted negoció ese contrato o le pasaron una proforma? Min 48:55 de la grabación de la audiencia inicial.

Martín Gustavo Méndez Chacón: “No, no me senté con nadie a negociar el contrato, yo simplemente me pasaron una forma y yo firmé.” Min 49:05 de la grabación de la audiencia inicial.

Juez: ¿Y esa forma se la dio el Consorcio, el formato del contrato? Min 49:10

Martín Gustavo Méndez Chacón: “Sí, si claro, pues obviamente tiene encabezamiento del contrato.” Min 49:18”

En este mismo sentido, la representante legal de BANCO DAVIVIENDA en su interrogatorio de parte manifestó bajo gravedad de juramento lo siguiente:

“Juez: ‘Hay una manifestación del señor Méndez, quien manifiesta que hubo dos personas del Banco que lo asesoraron en relación con la firma de los documentos con el Consorcio, ¿usted conoce qué situación se presentó en esa firma de documentos?’ . Min 1:44:00 de la grabación de la audiencia inicial

Dra. Zulma Baquero: ‘El Banco no asesora ni conmina a sus clientes a suscribir contratos y mucho menos con entidades ajenas al Banco Davivienda’ . Min 1:48:20 de la grabación de la audiencia inicial

Juez: ‘¿Davivienda conocía de la firma del contrato con el Consorcio Inmobiliario?’ . Min 1:48:50 de la grabación de la audiencia inicial.

Dra. Zulma Baquero: ‘Sí lo conoció, al punto de pagar unos cánones, pero no participó ni determinó las condiciones del contrato suscrito con el Consorcio Eje Cafetero. Lo conoció, pero no participó en sus negociaciones’ . Min 1:49:00 de la grabación de la audiencia inicial”.

Así las cosas, los cánones pagados por el señor Martín Gustavo Méndez al CONSORCIO INMOBILIARIO DEL EJE CAFETERO y a la SOCIEDAD DE ACTIVOS ESPECIALES SAE deben ser asumidos por este y no por el BANCO DAVIVIENDA, comoquiera que fue el demandante quien adquirió de forma autónoma, independiente y voluntaria, la obligación de pagar dichas sumas de dinero, sin que en dicho negocio haya participado mi representada.

En esta misma línea es del caso precisar que el señor Méndez se comprometió, inmueble a cuenta y riesgo propio, con el CONSORCIO INMOBILIARIO DEL EJE CAFETERO y la SOCIEDAD DE ACTIVOS ESPECIALES SAE a realizar pagos mensuales para poder hacer uso del bien, por lo que carece de todo fundamento que se le atribuya a BANCO DAVIVIENDA la obligación de pagar por un inmueble del que no estaba haciendo uso.

Así mismo, omitió el Despacho que, teniendo en cuenta el pago que se comprometió el demandante a realizar con dichas entidades, el BANCO, de común acuerdo y en beneficio del señor Martín Gustavo Méndez, ajustó la cuota del contrato de leasing, de tal forma que no se causara ningún perjuicio ni incremento con respecto a lo que el demandante acostumbraba a pagar a DAVIVIENDA.

6. AUSENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE EL ACTUAR DE BANCO DAVIVIENDA Y EL DAÑO ALEGADO POR LA PARTE ACTORA.

En el fallo de primera instancia emitido manifiesta la Delegatura lo siguiente:

“procederá el Despacho a analizar si el reseñado incumplimiento del banco, tiene relación de conexidad con la causación de los perjuicios que pretende la parte actora se le indemnicen (...)

En atención a lo anterior y revisado el incumplimiento contractual del Banco la Delegatura encuentra que como lo ha determinado la Corte Suprema de Justicia en la sentencia mencionada, la decisión que se adopte debe ir encaminada al resarcimiento de un perjuicio que, analizado del conjunto los medios probatorios aportados a la actuación, se materializa en la configuración de un daño emergente al demandante derivado de los pagos que debió realizar al Consorcio Inmobiliario del Eje Cafetero y posteriormente a la Sociedad de Activos Especiales -SAE, con el fin de garantizar su permanencia en el inmueble, obligación que se imponía al propietario del inmueble (en este caso el banco) quien por demás debía garantizar el uso y goce del inmueble dado en arrendamiento financiero”.

Al respecto, no es claro como el actuar de BANCO DAVIVIENDA es la causa eficiente del supuesto daño sufrido por el demandante, máxime si se tiene en cuenta que este celebró de forma autónoma el contrato de arrendamiento con el CONSORCIO INMOBILIARIO DEL EJE CAFETERO, sin intervención alguna del BANCO.

Aunado a esto, se deberá tener en cuenta que la razón por la que el señor Martín Gustavo Méndez debió celebrar dicho contrato de arrendamiento se remonta a su propia falta de diligencia, cuidado y pericia en la elección del bien inmueble objeto de litigio.

Tratándose de responsabilidad civil contractual la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de 9 de junio de 2015, aclaró que *“En razón a que la acusación planteada guarda relación con el tema a probar, se torna pertinente precisar, que constituyen requisitos para la prosperidad de la pretensión indemnizatoria de origen contractual, la demostración de la existencia de un contrato bilateral válido celebrado entre quienes concurren al proceso en calidad de parte; actuación de la actora conforme a lo estipulado o haberse allanado a satisfacer las prestaciones a su cargo; incumplimiento del deudor demandado de las obligaciones derivadas de ese vínculo, o su tardía o defectuosa ejecución; daño irrogado al derecho del acreedor, y que el mismo sea consecuencia directa de alguna de aquellas conductas del obligado”.*

De la jurisprudencia en cita se concluye que como nexo de causalidad no puede entenderse una regresión al infinito que rodeen los presupuestos fácticos del litigio, sino aquella causa eficiente que,

con independencia de las demás circunstancias que puedan haber rodeado el objeto de la litis, sea la adecuada para la concreción del daño.

En atención a lo expuesto resulta necesario concluir que, en el presente asunto, es clara la inexistencia del vínculo requerido para desplegar una responsabilidad civil de BANCO DAVIVIENDA y que, la causa eficiente del supuesto daño alegado por el Demandante es su propio actuar.

IV. SOLICITUD

Corolario con todo lo anteriormente expuesto, solicito respetuosamente revocar la sentencia de primera instancia proferida el 11 de mayo de 2023 por la Delegatura y, en consecuencia, desestimar las pretensiones del demandante y absolver de responsabilidad al BANCO DAVIVIENDA por los hechos objeto del presente proceso.

Atentamente,


LUIS HUMBERTO USTÁRIZ GONZÁLEZ
C.C. No. 79.506.641 de Bogotá D.C.
T.P. No. 71.478 del C. S. de la J.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES



Radicación: 2021264785-124-000

Fecha: 2023-05-11 17:58 Sec.día1687

Anexos: No

Trámite:: 506-FUNCIONES JURISDICCIONALES

Tipo doc:: 576-576-SENTENCIA ESCRITA ACCEDE

Remitente: 80020-80020-GRUPO DE FUNCIONES JURISDICCIONALES DOS

Destinatario:: 80000-80000-DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES

Referencia: ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR – ARTÍCULOS 57 y 58 DE LA LEY 1480 DE 2011 Y ARTÍCULO 24 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO-.

Número de Radicación : 2021264785-124-000
Trámite : 506 FUNCIONES JURISDICCIONALES
Actividad : 576 576-SENTENCIA ESCRITA ACCEDE
Expediente : 2021-5154
Demandante : MARTIN GUSTAVO MENDEZ CHACON

Demandados : BANCO DAVIVIENDA

En atención a lo expuesto en audiencia anterior, y de cara a lo establecido en el numeral 5 del artículo 373 del Código General del Proceso, la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia profiere la siguiente:

SENTENCIA

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y condiciones materiales para proferir fallo de mérito, procede la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, bajo la perspectiva del régimen de protección al consumidor financiero, a resolver en Derecho la controversia surgida de la relación contractual existente entre el señor **MARTIN EDUARDO MENDEZ CHACON** y **BANCO DAVIVIENDA**, en la cual solicita de acuerdo con su escrito introductorio sean acogidas las siguientes pretensiones:

“1. Declarar que DAVIVIENDA S.A., entidad demandada ha incumplido el contrato de LEASING HABITACIONAL N°06010106000275297.

2. SOLICITAR: la terminación del contrato de LEASING HABITACIONAL N°06010106000275297. Por incumplimiento imputable a la demandada.

3. Que se condene a DAVIVIENDA S.A al pago de los siguientes daños y perjuicios: 3.1. -Daños patrimoniales o pecuniarios:

3.1.1- Daño Emergente: Por el daño Material de los dineros cancelados a la fecha por concepto del contrato de leasing y contrato de arrendamiento con la SAE. Por un total de QUINIENTOS SETENTA MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL PESOS M/CTE (570.482.000).



3.1.2- *Lucro Cesante: por la pérdida derivada de los intereses que se han dejado de percibir del dinero pagado a Davivienda y la SAE por valor de DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS M/CTE (200.000.000). Las sumas que se lleguen a reembolsar por orden de su despacho debidamente indexadas.*

3.2. *Daños extrapatrimoniales o no pecuniarios: Por concepto de daño Moral la suma de 100 s.m.l.m.v por NOVENTA MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL PESOS M/CTE (90.852.600).*

3.3 *Que se ORDENE a DAVIVIENDA S.A., al reintegro o devolución de las sumas pagadas por mi procurado y/o el cumplimiento de obligaciones originadas en el contrato de leasing multicitado*

4. *En la debida oportunidad procesal condénese a la demandada al pago de costas y agencias en derecho”.*

Solicitudes a las que se opuso en oportunidad financiera mediante la proposición de sendas excepciones de mérito, las cuáles denominó: **“AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DEL BANCO DAVIVIENDA EN RELACION CON LOS EFECTOS DE LA ACCION DE EXTINCION DE DOMINIO QUE AFECTO EL INMUEBLE IDENTIFICADO CON EL FMI 290-46721 DE LA OFICINA DE REGISTRO DE INSTRUMENTOS PUBLICOS DE PEREIRA , TEORIA DE LOS ACTOS PROPIOS, PACTA SUN SERVANDA, EL DAÑO MORAL DEBE SER PROBADO POR QUIEN LO RECLAMA Y SOLO SERA RECONOCIDA SU INDEMNIZACION SI QUEDA ACREDITADO EN EL PROCESO IMPROCEDENCIA DEL RECONOCIMIENTO DE INTERESES PRETENDIDOS POR EL DEMANDANTE, PRINCIPIO DE BUENA FE EXCENTA DE CULPA POR PARTE DE BANCO DAVIVIENDA Y LA EXCEPCION GENERICA.”**

En este punto, cabe señalar que la relación contractual fuente de la controversia, se relaciona con un contrato de Leasing Habitacional, el cual se encuentra regulado por lo señalado en el artículo 2.28.1.1.1 y siguientes del Decreto 2555 de 2010, así: **“ARTÍCULO 2.28.1.1.1 Autorización. De acuerdo con el artículo 1 de la Ley 795 de 2003, por el cual se adiciona el literal n) al numeral 1 del artículo 7 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, los establecimientos bancarios se encuentran facultados para realizar operaciones de leasing habitacional destinadas a la adquisición de vivienda, en la modalidad de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar y en la modalidad de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda no familiar. De igual forma, de conformidad con el régimen general, estas operaciones de leasing también podrán ser realizadas por las compañías de financiamiento.**

PARÁGRAFO . Cuando en el presente Libro se haga referencia a "entidades autorizadas" se entenderá que se refiere a los establecimientos bancarios y a las compañías de financiamiento, entidades autorizadas para la realización de operaciones de leasing habitacional en los términos del presente Libro.

ARTÍCULO 2.28.1.1.2 Modalidad de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar. Se entiende por operación de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar, el contrato de leasing financiero mediante el cual una entidad autorizada entrega a un locatario la tenencia de un inmueble para destinarlo exclusivamente al uso habitacional y goce de su núcleo familiar, a cambio del pago de un canon periódico; durante un plazo convenido, a cuyo vencimiento el bien se restituye a su propietario o se transfiere al locatario, si este último decide ejercer una opción de adquisición pactada a su favor y paga su valor.

En los términos del artículo 4 de la Ley 546 de 1999 las operaciones y contratos de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar son un mecanismo del sistema especializado de financiación de vivienda de largo plazo en desarrollo de lo cual, les serán aplicables las reglas previstas en los artículos 11, 12, 13, y 17 numerales 2, 3, 6, 7, 8, 9, 10 y parágrafo de la Ley 546 de 1999, los literales b) y c) del artículo 1 del Decreto 145 de 2000 y lo previsto en el presente decreto”.

Específicamente el negocio jurídico de leasing habitacional, fue establecido entre las partes para adquisición de vivienda destinada al actor, siendo así una operación financiera autorizada para la financiación de vivienda individual a largo plazo, por lo que se rige también por las disposiciones establecidas en la Ley 546 de 1999, como señala igualmente el artículo antes citado.

Al respecto, cabe señalar que la Circular Básica Contable y Financiera (C.E. 100 de 1995) del Superintendencia Financiera, en su capítulo segundo sub numeral 1.7., estableció entre los sistemas de

 @SFCsupervisor  Superintendencia Financiera de Colombia  Superintendencia Financiera de Colombia  superfinanciera



amortización para financiamiento de vivienda a través de arrendamiento financiero o leasing, en su sub numeral 1.7.1. el aplicable para Leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar.

En este sentido, es propio de la naturaleza del contrato que el establecimiento de crédito adquiera el bien inmueble incorporándolo a su patrimonio, para así arrendárselo al consumidor locatario, entrega del uso y goce libre o tranquilo de la tenencia del inmueble, a cambio de que el locatario pague los cánones durante el plazo convenido, y a su vencimiento, restituya el bien o ejerza la opción final de compra de este, transfiriéndole en ese caso, el dominio del bien al consumidor.

En este sentido, desde ya cabe resaltar que dentro de los derechos medulares que tiene el locatario en cumplimiento del contrato de arrendamiento financiero, es que se le entregue la tenencia pacífica de la cosa arrendada, y además que en caso de que ejerza la opción de compra se le pueda efectuar la tradición del bien.

Frente al referido contrato, cumple resaltar que, sin perjuicio de la voluntad bilateralmente plasmada, el mismo se encuentra amparado por expresa protección constitucional, basado tanto en el derecho del consumidor previsto por el artículo 78 de la Constitución Política como en el ejercicio de la actividad financiera, de evidente interés público como lo establece el artículo 335 *Ibidem*. De igual manera debe tenerse en cuenta que también goza de protección constitucional el derecho a la vivienda digna, como establece el artículo 51 de la Carta Política, según el cual: “*Artículo 51. Todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda.*”.

En relación precisamente al alcance de dicho derecho fundamental y su protección desde el bloque de constitucionalidad correspondiente, se ha referido ampliamente la Corte Constitucional, destacando lo señalado en la sentencia T-420 de 2018, respecto de la cual se cita lo siguiente:

“(…) 6. Alcance del derecho a la vivienda digna

6.1. De acuerdo con el artículo 51 de la Carta Política, todas las personas tienen derecho a vivienda digna, para lo cual el Estado fijará las condiciones necesarias con el fin de hacerlo efectivo y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación de largo plazo y formas asociativas de ejecución de programas en la materia. Igualmente, según dispone el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en adelante PIDESC, y otros instrumentos internacionales, toda persona tiene derecho “a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia” (art. 11, núm. 1º).

Para el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, tener vivienda digna significa “disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable”. Se trata de un derecho que debe ser reconocido progresivamente, tal como lo ha señalado el Comité cuando afirma que “la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo”.

La Corte Constitucional ha analizado la naturaleza jurídica de esta garantía y ha determinado que se trata de un derecho fundamental autónomo, que su protección a través de la tutela se encuentra condicionada a la posibilidad de que este se traduzca en un derecho subjetivo, que se aplica para todos, indistintamente de que se trate de personas o familias e independientemente de su edad, sexo o situación económica, es decir, sin sujeción a cualquier tipo de discriminación. De igual manera, ha establecido que este derecho no debe contener una interpretación restrictiva, la cual lo limite simplemente a contar con un “techo por encima de la cabeza”, sino que este debe implicar el “derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte”.

 @SFCsupervisor  Superintendencia Financiera de Colombia  Superintendencia Financiera de Colombia  superfinanciera

En ese sentido, señala que lo anterior se justifica, en primer lugar, dada la relación de este derecho con otros derechos humanos como la vida digna; y, por otro lado, en lo dispuesto en el artículo 11 del Pacto, el cual establece que no se debe entender como vivienda en sentido estricto, sino como vivienda adecuada, lo que significa que el lugar que se considere como tal, debe contar con una seguridad y una infraestructura básica entre otros muchos elementos, todos ellos acompañados del calificativo “adecuados”.

A la luz de lo antes mencionado, el concepto de adecuación cobra gran importancia en relación con el derecho a la vivienda, pues sirve como parámetro para determinar los factores que se deben tener en cuenta al momento de considerar una vivienda como adecuada o no, conforme con lo señalado por el Pacto. Así, los aspectos que se deben identificar para que se configure el derecho a una vivienda digna y adecuada son, a saber: **a) seguridad jurídica de la tenencia**; b) disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; c) gastos soportables; d) habitabilidad; e) asequibilidad; f) lugar y g) adecuación cultural.

En efecto, la Corte, también ha sido clara en establecer que la materialización del derecho fundamental a la vivienda digna, no implica únicamente la posibilidad de adquirir un inmueble para su habitación, sino, a su vez, que dicho acceso sea real y estable en el sentido de que el bien otorgado permita su goce efectivo y se constituya en un lugar adecuado para que “una persona y su familia puedan desarrollarse en condiciones de dignidad”.

Respecto de la condición de habitabilidad, “una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes”.

Por ende, es claro que a la luz de los instrumentos internacionales, de los cuales Colombia hace parte, y de la jurisprudencia constitucional, el derecho fundamental a la vivienda digna cuenta con una interpretación amplia, que incluye el concepto de vivienda adecuada; lo que significa que no se concreta con la entrega de un inmueble, sino que este debe ser adecuado para la habitación de quien tiene el derecho, **permitiendo su goce real y efectivo para que en él se pueda vivir de manera digna** (...). (Negrilla y subrayado por fuera del texto).

Decantando lo anterior, y respecto de la respectiva modalidad de financiación para adquisición de vivienda las entidades vigiladas por esta Superintendencia están llamadas a atender un estándar de diligencia propio en la ejecución de las actividades autorizadas, las cuales deben estar por ello precedido por un conjunto de medidas de precaución, diligencia e información dispuestas para salvaguardar el interés general que comporta su actividad, tales medidas nutren el contenido obligatorio de las entidades financieras y componen un conjunto de derechos de los consumidores financieros que se encuentran vigentes “durante todos los momentos de su relación con la entidad vigilada” (artículo 5° de la Ley 1328 de 2009).

En el mismo sentido recuérdese que, de conformidad con lo establecido en el artículo 7°, literal u), de la Ley 1328 de 2009, son obligaciones de las entidades vigiladas: “Las demás previstas en esta ley, las normas concordantes, complementarios, reglamentarias, **las que se deriven de la naturaleza del contrato celebrado o del servicio prestado a los consumidores financieros...**”. (Negrilla ajena al texto).

Por su parte, el artículo 871 del Código de Comercio establece de manera general que: “los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”.

Dicho lo anterior, cabe señalar entonces que dentro de la normatividad que entra a nutrir el contenido obligatorio de la actividad de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera, igualmente se encuentran las disposiciones establecidas en el Título I de la Ley 1328 de 2009 (Régimen de protección al consumidor).

Específicamente y para lo que interesa a este proceso cabe señalar lo establecido en el artículo 3° de la

 @SFCsupervisor  Superintendencia Financiera de Colombia  Superintendencia Financiera de Colombia  superfinanciera



Ley 1328, donde se consagró como principios orientadores que rigen las relaciones entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas, los de debida diligencia, transparencia e información, debiéndose resaltar que los citados deberes tienen como fin el menguar el desequilibrio existente entre las entidades y el consumidor financiero propio de una relación de consumo.

Adicionalmente, el artículo 5° de la Ley 1328 de 2009 estableció como derechos de los consumidores financieros, sin perjuicio de los derechos consagrados en otras disposiciones legales vigentes, y entre otros, los siguientes:

a) *En desarrollo del principio de debida diligencia, los consumidores financieros tienen el derecho de recibir de parte de las entidades vigiladas productos y servicios con estándares de seguridad y calidad, de acuerdo con las condiciones ofrecidas y las obligaciones asumidas por las entidades vigiladas.*

c) *Exigir la debida diligencia en la prestación del servicio por parte de las entidades vigiladas. (Sub rayado fuera de texto).*

Por su parte el artículo 7 Ibidem, señala que las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera tendrán, entre otras, las siguientes obligaciones especiales:

(...) b) Entregar el producto o prestar el servicio debidamente, es decir, en las condiciones informadas, ofrecidas o pactadas con el consumidor financiero, y emplear adecuados estándares de seguridad y calidad en el suministro de los mismos.

(...) e) Abstenerse de incurrir en conductas que conlleven abusos contractuales o de convenir cláusulas que puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante contractual”.

Decantado el marco legal aplicable a la presente controversia, el Despacho procederá a analizar de manera conjunta las pruebas recopiladas en la actuación, para efectos de establecer si se predica la responsabilidad de la parte demandada que reclama la parte actora se declare, pues se duele que en vigencia del contrato de leasing se presentó un proceso de extinción de dominio sobre el bien objeto de financiación, lo que conllevó a que para poder continuar con la tenencia del inmueble se le exigiera no solo el pago del canon pactado en el contrato de Leasing suscrito con Banco Davivienda sino que además ha debido atender desde el 1 de junio de 2012 el pago de un canon de arrendamiento a las personas jurídicas que han administrado el activo en nombre de la extinta Dirección Nacional de Estupefacientes y ahora la Sociedad de Activos Especiales mientras se resuelva el proceso de extinción de dominio.

Al respecto, derivado de lo anterior, téngase en cuenta que, desde la audiencia inicial, se dispuso que el objeto del litigio a resolverse, consiste en establecer si se predica o existe responsabilidad contractual de **BANCO DAVIVIENDA S.A.**, en relación con el contrato de Leasing habitacional suscrito con el señor MARTIN MENDEZ CHACON, y determinar, si hay algún incumplimiento contractual de la entidad financiera, en virtud del cual se deba proceder a acceder a las pretensiones de la demanda.

Precisamente las pretensiones del demandante están encaminadas a (i) declarar el incumplimiento por parte del Banco y como consecuencia a (ii) declarar la terminación *del contrato de LEASING HABITACIONAL N°06010106000275297*, (iii) a condenar a la entidad financiera al pago de daños y perjuicios por concepto de daño emergente, lucro cesante y daños extrapatrimoniales, (iv) además de las costas del proceso

Frente al material probatorio aportado por las partes para la resolución de la presente demanda, se encuentra que el extremo activo adjuntó a derivado 000 los siguientes documentos: Reclamación de

fecha 8 de septiembre de 2021 hecha a DAVIVIENDA S.A., Copia del contrato N. 06010106000275297, Copia del Otro Si contrato N. 06010106000275297, Copia de contrato de arrendamiento celebrado entre consorcio inmobiliario del eje cafetero y Martín Méndez, Escritura pública N°2192 del 20 de septiembre de 2006 Notaria Primera del Círculo de Pasto (N), Certificado de Libertad y Tradición Matrícula Inmobiliaria No. 290 – 46721 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del círculo de Pereira (R), Copia del radicado N°10.812 E.D. Dirección Nacional de Fiscalías Unidad Nacional para la Extinción del Derecho de Dominio y Contra el Lavado de Activos Fiscalía Sexta Delegada, Constancia de no acuerdo N.C015-2021, Respuesta al derecho de petición presentado ante la S.A.E y respuesta de derecho de petición de DAVIVIENDA S.A.

De su parte BANCO DAVIVIENDA adjunto a derivado 009 con su escrito de contestación de la demanda Copia del contrato de Leasing Habitacional, Carpeta Comercial del Leasing habitacional, Estudio de títulos previo a la adquisición del bien objeto de Leasing, Escritura pública No 2192 del 20 de septiembre de 2016, Certificado de tradición y libertad del bien inmueble objeto de Leasing del año 206 y actualizado, otrosí al contrato de Leasing suscrito en el año 2012, comunicaciones cruzadas entre el Banco y el demandante, oposición presentada por el Banco ante el proceso de extinción de dominio radicado 10812, respuesta de la Fiscalía del 18 de febrero de 2019, histórico de pagos del contrato de Leasing Habitacional, avalúo comercial del bien objeto del contrato de Leasing, certificación de las obligaciones del demandante con el Banco, documentos de la conciliación prejudicial adelantada entre el Banco y el demandante, extracto del crédito de Leasing Habitacional, promesa suscrita entre la demandante y las anteriores propietarias del bien objeto del Leasing Habitacional.

Del incumplimiento del banco

Para efectos de resolver la controversia como han quedado planteada, es importante señalar que como se constata de las documentales allegadas a derivados 000 y 009, entre el BANCO DAVIVIENDA y el señor MARTIN MENDEZ CHACON se celebró un contrato de Leasing Habitacional por un valor de \$190.000.000 a un plazo de 120 meses contados a partir del mes de agosto de 2006, sobre el inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No 290-46721 de la oficina de registro de instrumentos públicos de Pereira, inmueble que con posterioridad fue objeto de un proceso de extinción de dominio por parte de la Fiscalía General de la Nación con radicado 10812. Situación sobre la cuál manifiesta la entidad demandada, que ha realizado esfuerzos con el fin de mantener la calidad de locatario del demandante teniendo en cuenta que se hizo parte en el proceso de extinción de dominio al estar en su cabeza la titularidad del inmueble y, de otra parte, por cuanto suscribió otro sí con el locatario en donde se le redujo el canon correspondiente al contrato de Leasing.

Frente a la anterior circunstancia, y a partir de la valoración de la documental correspondiente estudio de títulos a derivado 009, se ha establecido que aun cuando el bien inmueble objeto de Leasing fue escogido por el hoy locatario, las partes del contrato no pudieron establecer que dentro de la tradición del inmueble figuraba como propietaria una persona que había tenido relación con una persona vinculada a actividades ilícitas, situación que con posterioridad diera lugar a la acción de extinción de dominio por parte de la Fiscalía General de la Nación.

Bajo estas consideraciones encuentra la Delegatura que, aun evaluando las gestiones para la adquisición de la vivienda con el nivel de diligencia exigible al actor, no se encuentra que fuere atribuible a su órbita de acción una responsabilidad mayor por la escogencia del inmueble, en tanto que al mismo tiempo el banco, en ejercicio de la actividad financiera y como profesional de la misma, se encontraba llamado a analizar los riesgos propios de la operación de Leasing, incluyendo el riesgo legal como parte de su propio riesgo operativo al momento de desarrollar las acciones encaminadas a adquirir el inmueble para celebrar el contrato de Leasing.

 @SFCsupervisor  Superintendencia Financiera de Colombia  Superintendencia Financiera de Colombia  superfinanciera

Aunado a lo anterior no puede perderse de vista, que ya en el desarrollo del contrato de leasing y conforme la naturaleza del contrato y en su calidad de propietario del inmueble objeto de financiación, **le corresponde en todo momento realizar la defensa jurídica del activo, y con ello, en ejercicio del principio de debida diligencia establecido en la Ley 1328 de 2011, salvaguardar los derechos del locatario para permitirle el uso y goce del inmueble, y por ende, no puede trasladar de manera exclusiva el riesgo de la operación al consumidor financiero.** Para el efecto debe precisarse que tratándose de una operación de leasing habitacional, el banco le corresponde gestionar el riesgo de pérdida del activo financiado, máxime cuando es el propietario del mismo, con el fin de garantizar al consumidor la adquisición de la vivienda que está financiando.

A partir de las documentales, obrantes a derivados 000 y 009, se pudo determinar que, una vez notificada la admisión de la acción de extinción de dominio, el Banco se procedió a presentar escrito de oposición el 12 de junio de 2012, en desarrollo de esa misma actuación judicial fue designado el Consorcio Inmobiliario del Eje Cafetero, como sociedad administradora del inmueble objeto de leasing, entidad con la cual el demandante tuvo que suscribir un contrato de arrendamiento y a partir de ello comenzó a pagar un canon a dicha entidad.

De otra parte, se constata que la entidad financiera solicitó al demandante la suscripción de un otro sí al contrato de Leasing, en donde determinó entre otras cosas, una reducción del canon que debía pagar en su condición de locatario.

En este punto es importante observar que como resultado del proceso de extinción y la consecuente entrega a un administrador del bien, el locatario se vio enfrentado de una parte a atender el pago del contrato de Leasing suscrito con Banco Davivienda aún así fuera con un valor de canon menor, y al mismo tiempo, tuvo que atender el pago de otro canon de arrendamiento al administrador, primero, al Consorcio Inmobiliario del Eje Cafetero y luego a la Sociedad de Activos Especiales – SAE. Tal situación se observa como atípica frente a la ejecución normal del contrato de Leasing y como se pasará a exponer, puso en una situación de indefensión al locatario frente al desarrollo de contrato, ya que quedó obligado a pagar dos cánones diferentes para poder gozar de la tenencia del inmueble y no tener que ser desplazado de la misma.

Al respecto, téngase en cuenta que frente a la aludida suscripción del otrosí en el contrato de leasing, esta se realizó entre las partes el 23 de noviembre de 2012, adenda que cambio las condiciones del contrato originalmente suscrito e impuso nuevas condiciones al consumidor financiero, en especial la contenida en la cláusula cuarta que señala lo siguiente: ***“la opción de compra de EL LOCATARIO queda sujeta a las condición suspensiva consistente en las resultas del proceso de extinción de dominio que se viene adelantando en la Fiscalía Sexta Especializada de la Unidad Nacional para la extinción del derecho de dominio con el radicado 10.812”*** (negrilla fuera de texto). En suma, allí se establece que: *“los cánones recibidos por cuenta de este contrato de Leasing se entenderán irrevocables, el contrato se entenderá terminado y el locatario deberá realizar la entrega del inmueble a quien así lo determine la autoridad judicial respectiva”*. Además de lo anterior en la misma adenda al contrato se dispuso a ampliar el plazo de la obligación a 180 meses y establecer que la tasa de interés a la que quedaba sometida a la financiación del inmueble destinado a vivienda sería de 0%, es decir que no existiría en adelante servicio de deuda, sino que los valores recaudados irían a pagar otros conceptos, en este caso seguro, y todo el resto a capital.

En relación con lo pactado en este otro sí, si bien en principio se pudiera llegar a considerar que ello hubiere sido benéfico para el consumidor, por haberse reducido la tasa de interés, lo cierto es que analizados los efectos del negocio jurídico así modificado, encuentra el Despacho que ello alteró la esencia

del contrato de Leasing (artículo 1501 del C.C¹), pues de un lado deja de tener su connotación de contrato propio de una intermediación financiera, en tanto que se advierte que actualmente el arrendatario no está pagando una tasa de interés a la entidad financiera, con lo que, el negocio jurídico ha devenido a ser un arrendamiento simple, contrato distinto al inicialmente pactado y que no se encuentra acorde con una estructura de transformación de plazos y tasas que debe tener una operación activa versus los recursos captados por pasiva por el establecimiento bancario, apartándose así a la naturaleza de las actividades autorizadas por ley a la Entidad Vigilada.

Frente a lo cual concluye el Despacho que después de suscrito el otro sí mencionado el contrato se convirtió en un contrato de arrendamiento, de tal forma que el contrato de Leasing ha debido terminarse en el año 2012.

Pero además de ello, lo que se observa con más preocupación es que a través de dicho otro sí, se deja al locatario sujeto sometido a una inseguridad jurídica que le es irresistible frente a la posibilidad de ejercer efectivamente la opción de adquirir la vivienda, finalidad última de esta modalidad de financiación, pues como se señaló en el otro sí, la efectividad de la opción de compra y posterior transferencia de dominio del bien, quedó sujeta a las resultas favorables del proceso de extinción de dominio, es decir que al final del contrato, y aun cumpliendo el mismo el consumidor todas sus obligaciones no tendría derecho a adquirir el inmueble, si el proceso saliera a favor del Estado.

En ese sentido, frente a estipulaciones como las pactadas en este caso, existe el límite establecido en el artículo 11 de la Ley 1328 de 2009, donde se indica lo siguiente: “Se prohíbe las cláusulas o estipulaciones contractuales que se incorporen en los contratos de adhesión que:

a) Prevean o impliquen limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros.

(...)

d) Cualquiera otra que limite los derechos de los consumidores financieros y deberes de las entidades vigiladas derivados del contrato, o exonere, atenúe o limite la responsabilidad de dichas entidades, y que puedan ocasionar perjuicios al consumidor financiero.

PARÁGRAFO. *Cualquier estipulación o utilización de cláusulas abusivas en un contrato se entenderá por no escrita o sin efectos para el consumidor financiero”*

Y por ende, tal cláusula que condiciona el ejercicio de la opción de compra, no puede tener efectos frente al consumidor financiero aquí demandante.

Como demostración de lo anterior, debe tener en cuenta este Despacho que el contrato fue previsto para financiar la adquisición de la vivienda familiar del consumidor demandante, como se acredita en el clausulado original del leasing a derivado 009 en el documento denominado “1. contrato de leasing habitacional”, en específico en sus cláusulas 3^a, 6^a y 13^a, y el fin último de este negocio jurídico se encuentra encaminado a la financiación **para la adquisición** de una vivienda familiar, no para el uso y goce de la misma que resulta de un arrendamiento simple, luego que el cumplimiento de las obligaciones del consumidor no se puede cercenar o condicionar esa adquisición que se materializa en la posibilidad de ejercitar **el derecho de ejercer opción de compra** (en infracción a lo prescrito en el literal a) del citado

¹ Artículo 1501 del Código Civil. “Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. **Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente**; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales” (Negrilla fuera de texto)

 @SFCsupervisor  Superintendencia Financiera de Colombia  Superintendencia Financiera de Colombia  superfinanciera

artículo 11o) sino que **causa un perjuicio al consumidor cumplido**, como está probado en este caso, conculcando con ello la posibilidad de materializar el derecho fundamental de vivienda digna que se materializa en este tipo de financiación tal y como es reconocido en la Ley 546 de 1999 y la Constitución Política, implicando con ello una infracción al literal d) del mismo artículo citado.

En conclusión, advertidas las anteriores irregularidades, ha de reconocerse por parte de esta Superintendencia el efecto de la **ineficacia** que el legislador ha previsto en el parágrafo del artículo 11 de la Ley 1328 en la cláusula cuarta del otro sí suscrito el 23 de noviembre de 2012.

De la resolución del contrato

Sin perjuicio de las anteriores conclusiones, observa este Despacho que el mismo contrato regulaba como debía resolverse una situación como como la descrita, y a la cual las mismas partes estaban sujetas bajo el principio de que el contrato es ley para las partes, tal y como establece el artículo 1602 del Código Civil².

En efecto, analizado el contrato de leasing suscrito originalmente por los extremos procesales obrante a derivado 009 del plenario, se observa que en el numeral 2º de la cláusula vigésima sexta se estableció lo siguiente: “CAUSALES DE TERMINACION DEL CONTRATO: “Este contrato terminará por vencimiento del plazo pactado y además Davivienda podrá darlo por terminado sin previo requerimiento privado o judicial por las siguientes causas: (...) **2. Por cualquier acción judicial que involucre el bien objeto de este contrato (...)**”. (Negrilla fuera de texto).

Así las cosas, esta Delegatura encuentra que en el mismo contrato objeto de estudio, las partes establecieron la posibilidad de terminar el contrato en caso de presentarse cualquier acción judicial que involucrara el activo o bien inmueble objeto de financiación, situación que de haber sido analizada en su momento pudo llevar a que se terminara el contrato sin generar un perjuicio alguno al consumidor aquí demandante, pues éste finalmente se ha visto actualmente sometido a la eventualidad de que finalmente no pueda adquirir la vivienda que le estaban financiando, afectando así su derecho y el de su núcleo familiar a una vivienda digna.

Por lo que desde ya se advierte que, si el banco hubiere cumplido sus obligaciones y hubiere atendido lo establecido en el propio negocio jurídico, debió haber terminado el contrato bajo la cláusula antes mencionada, pero no lo hizo. Es por ello que se advierte desde este momento que el Despacho accederá a la segunda pretensión que fue indicada en el escrito de presentación de la demanda.

En ese orden, cabe indicar que a partir de lo expuesto y con miras a solucionar la controversia suscitada entre las partes, resulta necesario ordenar lo que en su momento debió aplicarse conforme lo pactado en el contrato, y por ende, se dará por terminado el negocio jurídico objeto del litigio.

Tal finalización de la relación negocial, deberá traer como consecuencia propia que el banco sustituya o se subrogue en la posición de responsable en el pago en el contrato de arrendamiento con la SAE y también que el demandante al salir del negocio jurídico deba devolver al banco la tenencia del inmueble objeto del leasing.

De la determinación del daño alegado

² Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

Decantado lo anterior, procederá el Despacho a analizar si el reseñado incumplimiento del banco, tiene relación de conexidad con la causación de los perjuicios que pretende la parte actora se le indemnicen, para lo cual resulta necesario resaltar lo que al respecto ha señalado la H. Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la existencia del daño, en los siguientes términos:

“Sabido es que sólo se indemniza el daño debidamente probado; pues no es admisible condenar a una persona a la reparación de los perjuicios causados por el incumplimiento contractual, si los mismos no se encuentran acreditados en legal forma.

(...)De tal modo, que el daño constituye un elemento nuclear de la responsabilidad civil, vale decir, su centro de gravedad, el fundamento del fenómeno resarcitorio, siendo necesarias su presencia y su justificación, para que se abra paso la indemnización de perjuicios.

(...)Para que sea “susceptible de reparación, debe ser ‘directo y cierto’ y no meramente ‘eventual o hipotético’, esto es, que se presente como consecuencia de la ‘culpa’ y que aparezca ‘real y efectivamente causado’” (CSJ, SC del 27 de marzo de 2003, Rad. n.º 6879).

La condición de ser directo reclama, en la responsabilidad contractual, que él sea la consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento del respectivo acuerdo de voluntades, o de su cumplimiento imperfecto o inoportuno, lo que implica un análisis de la relación causal entre el hecho por el cual se responde y los daños cuyo resarcimiento se pretende.

Esta Corporación sobre la temática tratada, entre muchos otros pronunciamientos, ha puntualizado:

*No en balde se exige, a título de requisito sine qua non para el surgimiento de la prenotada obligación resarcitoria, la certeza del eslabón en comento, calidad que deberá establecerse, inexorablemente, con sujeción al tamiz de la jurisdicción. **De allí que si no se comprueba o determina su existencia -como hecho jurídico que es-, a la vez que su extensión y medida, el Juez no poseerá argumento válido para fundar, en línea de principio, una condena cualquiera enderezada a obtener su resarcimiento,** debiendo, en tal virtud, exonerar de responsabilidad al demandado, por más que el demandante, a lo largo de la litis, haya afirmado lo contrario, salvo las restrictas excepciones admitidas por la ley o por la jurisprudencia (v. gr.: intereses moratorios). (...).*

*Sobre este particular ha señalado la jurisprudencia de la Sala, ‘repetiendo un principio fundamental de derecho, que el perjuicio que condiciona la responsabilidad civil **no es materia de presunción legal y que como derecho patrimonial que es, debe ser demandado y probado en su existencia y en su extensión por quien alega haberlo sufrido, que es quien mejor debe saber en qué consiste y cuánto lo ha afectado. Quien afirma que su demandado le ha inferido un daño por su dolo o su culpa, está obligado, si quiere que se le repare por decisión judicial, a producir la prueba de la realidad del perjuicio demostrando los hechos que lo constituyan y su cuantía, o señalando a este respecto, cuando menos, bases para su valoración’ (LVIII, pág. 113) (CSJ, SC del 25 de febrero de 2002, Rad. n.º 6623; negrillas fuera del texto)’.***

Lo anterior, extractado de la Sentencia SC20448-2017 del 7 de diciembre de 2017, Radicación N° 2002-00068-01.

En su escrito introductor el demandante solicita a la Delegatura tener en cuenta las siguientes pretensiones El valor de QUINIENTOS SETENTA MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL PESOS M/CTE (570.482.000), los dineros cancelados a la fecha por concepto del contrato de leasing y contrato de arrendamiento con la SAE. (Daño Emergente) 2. Por valor de DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS M/CTE (200.000.000), por la pérdida derivada de los intereses que se han dejado de percibir del dinero pagado a DAVIVIENDA S.A y a la SOCIEDAD DE ACTIVOS ESPECIALES-S.A.E. (Lucro Cesante)

En atención a lo anterior y revisado el incumplimiento contractual del Banco la Delegatura encuentra que como lo ha determinado la Corte Suprema de Justicia en la sentencia mencionada, la decisión que se

 @SFCsupervisor  Superintendencia Financiera de Colombia  Superintendencia Financiera de Colombia  superfinanciera



adopte debe ir encaminada al resarcimiento de un perjuicio que, analizado del conjunto los medios probatorios aportados a la actuación, se materializa en la configuración de un **daño emergente** al demandante **derivado de los pagos que debió realizar al Consorcio Inmobiliario del Eje Cafetero y posteriormente a la Sociedad de Activos Especiales -SAE, con el fin de garantizar su permanencia en el inmueble,** obligación que se imponía al propietario del inmueble (en este caso el banco) quien por demás debía garantizar el uso y goce del inmueble dado en arrendamiento financiero.

De tal forma que se reconocerá **a título de daño emergente** la suma resultante de la agregación de **cada uno de los pagos realizados por el señor Méndez.** Para su cálculo, este Despacho debe tener en cuenta los pagos que acreditó el demandante haber efectuado conforme los recibos y comprobantes aportados a derivados 102 a 107.

En ese orden, también se procederá a liquidar el **valor indexado**³, conforme la fórmula aceptada para estos eventos, esto es, $VR = VH \times (IPC \text{ final} / IPC \text{ inicial})$, siendo entonces el Valor real o actualizado igual al valor histórico esto es el valor pagado en su momento como canon por IPC final, esto es el índice de precios al consumidor de la última mensualidad reportada por el Dane o actual sobre IPC Inicial, siendo este el índice de precios al consumidor del momento del pago), téngase en cuenta que el último índice reportado por el DANE, es el correspondiente al mes de abril de 2023 (132,8). Índices que pueden ser consultados en la página web del DANE a través de la siguiente dirección: <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/precios-y-costos/indice-de-precios-al-consumidor-ipc>

Para el efecto se exhibe el cuadro con la indexación correspondiente:

| Fecha en del pago | Valor cuota | IPC vigente al mes del pago | IPC actual | Cuotas indexadas a mayo de 2023 |
|-------------------|------------------|-----------------------------|------------|---------------------------------|
| 01-06-12 | \$ 1.995.000,00 | 77,72 | 132,8 | \$ 3.408.852,29 |
| 01-07-12 | \$ 17.820.000,00 | 77,7 | 132,8 | \$ 30.456.833,98 |
| 01-08-12 | \$ 3.960.000,00 | 77,73 | 132,8 | \$ 6.765.573,14 |
| 01-09-12 | \$ 1.980.000,00 | 77,96 | 132,8 | \$ 3.372.806,57 |
| 01-10-12 | \$ 2.178.000,00 | 78,08 | 132,8 | \$ 3.704.385,25 |
| 01-11-12 | \$ 2.178.000,00 | 77,98 | 132,8 | \$ 3.709.135,68 |
| 01-12-12 | \$ 2.178.000,00 | 78,05 | 132,8 | \$ 3.705.809,10 |
| 01-01-13 | \$ 2.296.800,00 | 78,28 | 132,8 | \$ 3.896.461,93 |
| 01-02-13 | \$ 2.296.800,00 | 78,63 | 132,8 | \$ 3.879.117,89 |
| 01-03-13 | \$ 2.296.800,00 | 78,79 | 132,8 | \$ 3.871.240,51 |
| 01-04-13 | \$ 2.296.800,00 | 78,99 | 132,8 | \$ 3.861.438,66 |
| 01-05-13 | \$ 2.296.800,00 | 79,21 | 132,8 | \$ 3.850.713,80 |
| 01-06-13 | \$ 2.296.800,00 | 79,39 | 132,8 | \$ 3.841.983,12 |

³ “(...) bajo la premisa de que el reintegro de los dineros recibidos debe ser completo, según la doctrina reiterada de esta Corte (CSJ SC, 25 abr. 2003, rad. 7140, SC11331 de 2015, rad. n° 2006-00119)” (Cfr. C. Sup. de J., Sala de Cas. Civil, Sent. del 25 de junio de 2018, Ref. SC2307-2018, Radicación No. 11001-31-03-024-2003-00690-01.) “(...) obedece a razones de equidad, para contrarrestar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda (...)”, Cfr. Sup. de J., Sala de Cas. Civil, Sent. del 9 de agosto de 2018, Ref. SC3201-2018, Radicación No. 05001-31-03-010-2011-00338-01.

| | | | | |
|----------|-----------------|-------|-------|-----------------|
| 01-07-13 | \$ 1.995.000,00 | 79,43 | 132,8 | \$ 3.335.465,19 |
| 01-08-13 | \$ 1.995.000,00 | 79,5 | 132,8 | \$ 3.332.528,30 |
| 01-09-13 | \$ 1.995.000,00 | 79,73 | 132,8 | \$ 3.322.914,84 |
| 01-10-13 | \$ 1.995.000,00 | 79,52 | 132,8 | \$ 3.331.690,14 |
| 01-11-13 | \$ 1.995.000,00 | 79,35 | 132,8 | \$ 3.338.827,98 |
| 01-12-13 | \$ 1.995.000,00 | 79,35 | 132,8 | \$ 3.338.827,98 |
| 01-01-14 | \$ 1.995.000,00 | 79,95 | 132,8 | \$ 3.313.771,11 |
| 01-02-14 | \$ 1.995.000,00 | 80,45 | 132,8 | \$ 3.293.175,89 |
| 01-03-14 | \$ 1.995.000,00 | 80,77 | 132,8 | \$ 3.280.128,76 |
| 01-04-14 | \$ 1.995.000,00 | 81,14 | 132,8 | \$ 3.265.171,31 |
| 01-05-14 | \$ 1.995.000,00 | 81,53 | 132,8 | \$ 3.249.552,31 |
| 01-06-14 | \$ 1.995.000,00 | 81,61 | 132,8 | \$ 3.246.366,87 |
| 01-07-14 | \$ 1.995.000,00 | 81,73 | 132,8 | \$ 3.241.600,39 |
| 01-08-14 | \$ 1.995.000,00 | 81,9 | 132,8 | \$ 3.234.871,79 |
| 01-09-14 | \$ 1.995.000,00 | 82,01 | 132,8 | \$ 3.230.532,86 |
| 01-10-14 | \$ 1.995.000,00 | 82,14 | 132,8 | \$ 3.225.420,01 |
| 01-11-14 | \$ 1.995.000,00 | 82,25 | 132,8 | \$ 3.221.106,38 |
| 01-12-14 | \$ 1.995.000,00 | 82,47 | 132,8 | \$ 3.212.513,64 |
| 01-01-15 | \$ 1.994.999,00 | 83 | 132,8 | \$ 3.191.998,40 |
| 03-02-15 | \$ 1.995.000,00 | 83,96 | 132,8 | \$ 3.155.502,62 |
| 25-02-15 | \$ 1.995.000,00 | 83,96 | 132,8 | \$ 3.155.502,62 |
| 26-03-15 | \$ 1.995.000,00 | 84,45 | 132,8 | \$ 3.137.193,61 |
| 24-04-15 | \$ 1.995.000,00 | 84,9 | 132,8 | \$ 3.120.565,37 |
| 27-05-15 | \$ 1.995.000,00 | 85,12 | 132,8 | \$ 3.112.500,00 |
| 29-05-15 | \$ 40.000,00 | 85,12 | 132,8 | \$ 62.406,02 |
| 01-06-15 | \$ 1.994.999,00 | 85,21 | 132,8 | \$ 3.109.210,98 |
| 02-07-15 | \$ 1.995.000,00 | 85,37 | 132,8 | \$ 3.103.385,26 |
| 28-07-15 | \$ 1.995.000,00 | 85,37 | 132,8 | \$ 3.103.385,26 |
| 27-08-15 | \$ 1.995.000,00 | 85,78 | 132,8 | \$ 3.088.552,11 |
| 28-09-15 | \$ 1.995.000,00 | 86,39 | 132,8 | \$ 3.066.743,84 |
| 29-10-15 | \$ 1.995.000,00 | 86,98 | 132,8 | \$ 3.045.941,60 |
| 27-11-15 | \$ 1.995.000,00 | 87,51 | 132,8 | \$ 3.027.494,00 |
| 29-12-15 | \$ 1.995.000,00 | 88,05 | 132,8 | \$ 3.008.926,75 |
| 29-01-16 | \$ 1.995.000,00 | 89,19 | 132,8 | \$ 2.970.467,54 |
| 29-02-16 | \$ 1.995.000,00 | 90,33 | 132,8 | \$ 2.932.979,08 |
| 29-03-16 | \$ 1.995.000,00 | 91,18 | 132,8 | \$ 2.905.637,20 |
| 22-04-16 | \$ 1.995.000,00 | 91,63 | 132,8 | \$ 2.891.367,46 |
| 01-05-16 | \$ 2.167.766,00 | 92,1 | 132,8 | \$ 3.125.725,57 |
| 01-06-16 | \$ 2.167.766,00 | 92,54 | 132,8 | \$ 3.110.863,68 |
| 01-07-16 | \$ 1.995.000,00 | 93,02 | 132,8 | \$ 2.848.161,69 |

| | | | | |
|--------------|------------------|--------|-------|--------------------------|
| 25-07-16 | \$ 1.995.000,00 | 93,02 | 132,8 | \$ 2.848.161,69 |
| 01-08-16 | \$ 2.167.766,00 | 92,73 | 132,8 | \$ 3.104.489,65 |
| 02-09-16 | \$ 1.995.000,00 | 92,68 | 132,8 | \$ 2.858.610,27 |
| 01-10-16 | \$ 2.167.766,00 | 92,62 | 132,8 | \$ 3.108.176,69 |
| 01-11-16 | \$ 1.995.000,00 | 92,73 | 132,8 | \$ 2.857.068,91 |
| 28-11-16 | \$ 1.995.000,00 | 92,73 | 132,8 | \$ 2.857.068,91 |
| 01-12-16 | \$ 2.379.557,00 | 93,11 | 132,8 | \$ 3.393.890,77 |
| 02-01-17 | \$ 1.995.000,00 | 94,07 | 132,8 | \$ 2.816.370,79 |
| 27-01-17 | \$ 1.995.000,00 | 94,07 | 132,8 | \$ 2.816.370,79 |
| 28-02-17 | \$ 1.995.000,00 | 95,01 | 132,8 | \$ 2.788.506,47 |
| 27-03-17 | \$ 1.995.000,00 | 95,46 | 132,8 | \$ 2.775.361,41 |
| 01-04-17 | \$ 2.441.097,00 | 95,91 | 132,8 | \$ 3.380.019,62 |
| 16-05-17 | \$ 1.995.000,00 | 96,12 | 132,8 | \$ 2.756.304,62 |
| 01-06-17 | \$ 2.441.097,00 | 96,23 | 132,8 | \$ 3.368.779,82 |
| 01-07-17 | \$ 2.441.097,00 | 96,18 | 132,8 | \$ 3.370.531,10 |
| 01-08-17 | \$ 1.995.000,00 | 96,32 | 132,8 | \$ 2.750.581,40 |
| 25-10-17 | \$ 1.995.000,00 | 96,37 | 132,8 | \$ 2.749.154,30 |
| 24-11-17 | \$ 1.995.000,00 | 96,55 | 132,8 | \$ 2.744.029,00 |
| 20-12-17 | \$ 1.995.000,00 | 96,92 | 132,8 | \$ 2.733.553,45 |
| 19-01-18 | \$ 2.000.000,00 | 97,53 | 132,8 | \$ 2.723.264,64 |
| 27-02-18 | \$ 2.000.000,00 | 98,22 | 132,8 | \$ 2.704.133,58 |
| 15-05-18 | \$ 6.000.000,00 | 99,16 | 132,8 | \$ 8.035.498,18 |
| 18-07-18 | \$ 5.407.030,00 | 99,18 | 132,8 | \$ 7.239.903,04 |
| 08-10-18 | \$ 8.110.544,00 | 99,59 | 132,8 | \$ 10.815.144,52 |
| 21-12-18 | \$ 6.000.000,00 | 100 | 132,8 | \$ 7.968.000,00 |
| 21-03-19 | \$ 10.000.000,00 | 101,62 | 132,8 | \$ 13.068.293,64 |
| 29-04-19 | \$ 5.798.759,00 | 102,12 | 132,8 | \$ 7.540.885,19 |
| 14-06-19 | \$ 10.000.000,00 | 102,71 | 132,8 | \$ 12.929.607,63 |
| 19-07-19 | \$ 10.000.000,00 | 102,94 | 132,8 | \$ 12.900.718,87 |
| 06-09-19 | \$ 9.464.688,00 | 103,26 | 132,8 | \$ 12.172.289,04 |
| 18-10-19 | \$ 4.228.173,00 | 103,43 | 132,8 | \$ 5.428.805,71 |
| 14-11-19 | \$ 3.190.514,00 | 103,54 | 132,8 | \$ 4.092.140,81 |
| 16-01-20 | \$ 6.381.028,00 | 104,24 | 132,8 | \$ 8.129.321,93 |
| 14-02-20 | \$ 3.190.514,00 | 104,94 | 132,8 | \$ 4.037.547,73 |
| TOTAL | | | | \$ 377.475.912,45 |

Efectuada la liquidación, da como resultado, que la condena de la suma total de los dineros que resultan de la indexación corresponde a **\$377.475.912**.

En relación con los dineros pagados por el demandante al banco frente al contrato de leasing, esta Delegatura debe reiterar que una vez surtida la modificación del contrato la cual redujo la tasa de interés a cero y limitó a la tradición futura del mismo ello trajo como consecuencia que se cambiara la esencia

 @SFCsupervisor
  Superintendencia Financiera de Colombia
  Superintendencia Financiera de Colombia
  superfinanciera

del contrato de arrendamiento financiero a un arrendamiento puro y simple, y por ende, las partidas recibidas por concepto de canon de leasing tuvieron como destinación el pagar el componente de uso y goce del inmueble arrendado, situación que al ser analizada en contexto con el hecho de que el consumidor estuvo residiendo en el inmueble desde la suscripción del otro sí, trajo como consecuencia que no se le causara un perjuicio cierto al demandante, pues más allá de lo reprochable de haberse desnaturalizado el contrato, no puede pasarse por alto que finalmente el accionante ha residido en el inmueble en estos años, razón por la cual no procederá reconocimiento de Indemnización alguna en ese sentido.

En este punto procede el Despacho a pronunciarse respecto de la pretensión relacionada con el lucro cesante que señala la parte actora se causó: “por la pérdida derivada de los intereses que se han dejado de percibir del dinero pagado a Davivienda y la SAE por valor de DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS M/CTE (200.000.000). Las sumas que se lleguen a reembolsar por orden de su despacho debidamente indexadas”. Sobre este aspecto cumple señalar que frente a las sumas pagadas por el demandante al banco, como se señaló con anterioridad no se produjo algún perjuicio al actor, y por ende, tampoco se reputa unos intereses dejados de percibir Y frente a los intereses que indica la parte activa dejó de recibir por las sumas pagadas ante el contrato de arrendamiento, se precisa que el actor no demostró en la actuación en que negocio para rentar iba a invertir dichos recursos y en todo la indexación solicitada en dicho petitum, fue reconocida, como arriba se estableció..

En ese sentido, se advierte que se deberá tener por acreditada la excepción que la pasiva denominó: “IMPROCEDENCIA DEL RECONOCIMIENTO DE INTERESES PRETENDIDOS POR EL DEMANDANTE”.

Superado lo anterior, y frente a los perjuicios morales pretendidos, téngase en cuenta que conforme lo solicitado en la demanda, la parte actora pretende que se reconozcan “Daños extrapatrimoniales o no pecuniarios: Por concepto de daño Moral la suma de 100 s.m.l.m.v por NOVENTA MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL PESOS M/CTE (90.852.600)”.Pues señala que el proceso de extinción de dominio afectó la esfera interna del consumidor.

Respecto de dicho daño extrapatrimonial, cabe señalar que el Tribunal Superior de Bogotá Sala Civil en Sentencia Rad 110013199003 2021 04545 01 del 1º de diciembre de 2022, señaló lo siguiente:

“Debe decirse que, según la Corte Suprema de Justicia, “...la noción de daño moral, ... incide o se proyecta en la esfera afectiva o interior de la persona, al generar sensaciones de aflicción, congoja, desilusión, tristeza, pesar, etc...”21 . “[N]o es susceptible de demostración a través de pruebas científicas, técnicas o directas, porque su esencia originaria y puramente espiritual impide su constatación mediante el saber instrumental...”22 . Desde hace varios lustros, en eventos muy particulares en los que la afectación la alegan los familiares de la víctima, la memorada Corporación ha aceptado que su configuración puede inferirse o presumirse con la posibilidad de desvirtuarse, dado que la prueba de esta tipología de daño extrapatrimonial resulta dificultosa, por tratarse de sentimientos muy íntimos como la pesadumbre, la aflicción, la soledad, la sensación de abandono o de impotencia que en el evento dañoso le hubiere ocasionado a quien la padece. De allí que sobre el punto señaló: “...Es cierto que, en determinadas hipótesis, por demás excepcionales, la ley presume -o permite que se presuma- la existencia de perjuicios. Mas no es tal cosa lo que sucede en el supuesto de los perjuicios morales 21 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 17 de noviembre de 2016, expediente 11001-31-03-008-2000-00196-01. Magistrado Ponente Doctor Álvaro Fernando García Restrepo. 22 Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 30 de septiembre de 2016, radicación: 05001-31-03-003-2005-00174-01, Magistrado Ponente Doctor Ariel Salazar Ramírez. Verbal 003 2021 04545 01 18 subjetivos. Entonces, cuando la jurisprudencia de la Corte ha hablado de presunción, ha querido decir que ésta es judicial o de hombre. O sea, que la prueba dimana del razonamiento o inferencia que el juez lleva a cabo. Las bases de ese razonamiento o inferencia no son desconocidas, ocultas o arbitrarias. Por el contrario, se trata de una deducción cuya fuerza demostrativa entronca con clarísimas reglas o



máximas de la experiencia de carácter antropológico y sociológico, reglas que permiten dar por sentado el afecto que los seres humanos, cualquiera sea su raza y condición social, experimentan por sus padres, hijos, hermanos o cónyuge. Sin embargo, para salirle al paso a un eventual desbordamiento o distorsión que en el punto pueda aflorar, conviene añadir que esas reglas o máximas de la experiencia -como todo lo que tiene que ver con la conducta humana- no son de carácter absoluto. De ahí que ... no obstante que sean tales, los perjuicios morales subjetivos están sujetos a prueba, prueba que, cuando la indemnización es reclamada por los parientes cercanos ..., las más de las veces, puede residir en una presunción judicial. Y que nada obsta para que ésta se desvirtúe por el llamado a indemnizar poniéndole de presente al fallador aquellos datos que, en su sentir, evidencian una falta o una menor inclinación entre los parientes” (G.J. T. CC, pág. 85) ...” 23 . Ergo, aun cuando en eventos en donde se invoque la presencia de un daño moral, es susceptible construir su presunción a través de las inferencias jurisdiccionales que pueden ser desvirtuadas, en el sub iudice no es plausible hacer tal inferencia”.

Para la acreditación de dicho daño, la activa solicitó la comparecencia del señor Andrés Rodrigo Dulce Astorquiza, quien presentó su testimonio ante esta Delegatura, quien es administrador de empresas y representante legal de la empresa FAES, el cual manifestó en relación con los hechos de la demanda lo que en su consideración le sucedió a quien manifiesta ser su amigo Martín Méndez Chacón y frente a la situación presentada con el contrato de Leasing suscrito entre el demandante y Banco Davivienda, todas las condiciones de la negociación que vivió el demandante con dicha entidad financiera. Sin embargo **de dicha testimonial no se extrae con certeza cuál fue la afectación interna que sufrió el actor**

A partir de lo anterior, cabe indicar que salvo el dicho del demandante y de las manifestaciones del testigo Andrés Rodrigo Dulce Astorquiza, **no encuentra el Despacho evidencia de la acreditación de los perjuicios morales, toda vez que no hay prueba específica que concrete las afectaciones internas, intranquilidad pesadumbre y estrés sufrido por el actor por cuenta de los hechos que aquí se debaten, , máxime cuando al interrogarse al actor sobre si había recibido ayuda psiquiátrica o psicológica desde el año 2011, esté manifiesta que no la ha recibido.** Así analizado en conjunto el material probatorio recopilado en la actuación no se acredita la materialización del perjuicio moral pretendido, por lo que se denegará dicha pretensión y se tendrá pro acreditada la excepción denominada: **“EL DAÑO MORAL DEBE SER PROBADO POR QUIEN LO RECLAMA Y SOLO SERA RECONOCIDA SU INDEMNIZACION SI QUEDA ACREDITADO EN EL PROCESO”.**

Aclarado lo anterior, este Despacho advierte que se tendrán como no probadas o sin efectos eximentes las excepciones que la pasiva intituló: **“AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DEL BANCO DAVIVIENDA EN RELACION CON LOS EFECTOS DE LA ACCION DE EXTINCION DE DOMINIO QUE AFECTO EL INMUEBLE IDENTIFICADO CON EL FMI 290-46721 DE LA OFICINA DE REGISTRO DE INSTRUMENTOS PUBLICOS DE PEREIRA”, “TEORIA DE LOS ACTOS PROPIOS” y, “PACTA SUN SERVANDA”.**

De igual manera no tiene vocación de prosperidad el medio exceptivo denominado **“PRINCIPIO DE BUENA FE EXCENTA DE CULPA POR PARTE DE BANCO DAVIVIENDA”** soportada en la conducta del banco demandado en relación con la otra parte, pues se debe precisar que en el presente proceso no se discute la buena fe del banco sino el incumplimiento de las obligaciones a su cargo, que hubieran impedido concretar el daño, por lo que el medio exceptivo se muestra inane para liberar de responsabilidad a la entidad demandada.

Finalmente, no se impondrá condena por concepto de costas al haber prosperado parcialmente las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo establecido en el numeral 5º del artículo 365 del Código General del Proceso.

Por lo expuesto, la DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES DE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR probados los medios exceptivos que la parte demandada denominó: *"IMPROCEDENCIA DEL RECONOCIMIENTO DE INTERESES PRETENDIDOS POR EL DEMANDANTE"* y *"EL DAÑO MORAL DEBE SER PROBADO POR QUIEN LO RECLAMA Y SOLO SERA RECONOCIDA SU INDEMNIZACION SI QUEDA ACREDITADO EN EL PROCESO"*. Atendiendo lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR NO probadas o sin efectos las excepciones que la pasiva intituló: *"AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DEL BANCO DAVIVIENDA EN RELACION CON LOS EFECTOS DE LA ACCION DE EXTINCION DE DOMINIO QUE AFECTO EL INMUEBLE IDENTIFICADO CON EL FMI 290-46721 DE LA OFICINA DE REGISTRO DE INSTRUMENTOS PUBLICOS DE PEREIRA"*, *"TEORIA DE LOS ACTOS PROPIOS"*, *"PACTA SUN SERVANDA"* y *"PRINCIPIO DE BUENA FE EXCENTA DE CULPA POR PARTE DE BANCO DAVIVIENDA"* de conformidad con las razones expuestas en precedencia.

TERCERO: DECLARAR contractualmente responsable a **BANCO DAVIVIENDA S.A.** en los términos de esta providencia, por los perjuicios sufridos por el señor **MARTIN EDUARDO MENDEZ CHACON** como consecuencia del incumplimiento contractual de BANCO DAVIVIENDA que se presentara en el contrato de Leasing objeto del litigio, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

CUARTO: ORDENAR a **BANCO DAVIVIENDA S.A.** a dar por terminado el contrato de Leasing habitacional para adquisición de vivienda familiar terminado en el No. 5297, quedando el mismo sin saldo adeudado. Lo anterior deberá cumplirse en el término de treinta (30) días hábiles contados a partir de la ejecutoria de esta decisión. Como consecuencia propia de tal terminación del aludido contrato, el banco deberá realizar las gestiones necesarias para subrogarse en la posición de responsable en el pago en el contrato de arrendamiento con la SAE y también en el mismo término, el demandante deberá devolver al banco la tenencia del inmueble objeto de la operación del leasing.

QUINTO: CONDENAR a **BANCO DAVIVIENDA S.A.** a pagar al demandante señor **MARTIN EDUARDO MENDEZ CHACON** la suma total de **TRESCIENTOS SETENTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS DOCE PESOS (\$377.475.912)**. Lo anterior deberá cumplirse en el término de treinta (30) días hábiles contados a partir de la ejecutoria de esta decisión. Vencido dicho término, correrán intereses moratorios a la tasa máxima legal aplicable.

SEXTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO: Sin condena en costas.

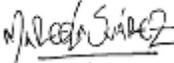
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



HECTOR ORLANDO MAURICIO MEDINA GAITAN
ASESOR

Copia a:

Elaboró:
HECTOR ORLANDO MAURICIO MEDINA GAITAN
Revisó y aprobó:
HECTOR ORLANDO MAURICIO MEDINA GAITAN

| |
|---|
| <p>Superintendencia Financiera de Colombia DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES Notificación por Estado</p> |
| <p>La providencia anterior se notificó por anotación en estado fijado Hoy <u>12 de mayo de 2023</u></p> <p> MARCELA SUÁREZ TORRES Secretario</p> |



MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA SAAVEDRA LOZADA RV: Sustentación recurso de apelación-ratificación Proceso Verbal de Lu Verena Cantillo Barraza contra Alianza Fiduciaria S.A. y otro Rad. 11001319900320220071201

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota
<secscripsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Jue 17/08/2023 3:54 PM

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

📎 1 archivos adjuntos (553 KB)

Verena Cantillo Barraza Recurso apelación (17-8-23).pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA SAAVEDRA LOZADA

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: secscripsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

De: Cecilia Del Carmen Álvarez Ramírez <calvarez@alianza.com.co>

Enviado: jueves, 17 de agosto de 2023 15:36

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota
<secscripsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: STIWARDRAMOSRESTREPO@HOTMAIL.COM <STIWARDRAMOSRESTREPO@HOTMAIL.COM>;
vcverenaluz@gmail.com <vcverenaluz@gmail.com>; info@acfcia.com <info@acfcia.com>; Liliana Herrera
Movilla <lherrera@alianza.com.co>; Jorge Alberto Tamara Rocha <jtamara@Alianza.com.co>

Asunto: Sustentación recurso de apelación-ratificación Proceso Verbal de Lu Verena Cantillo Barraza contra Alianza Fiduciaria S.A. y otro Rad. 11001319900320220071201

Señores
Honorables Magistrados
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
M.P. Adriana Saavedra Lozada
Despacho

Referencia: Verbal de **LUZ VERENA CANTILLO BARRAZA** contra **ALIANZA FIDUCIARIA S.A.**
y **OTRO.**

Radicación: 11001319900320220071201

Asunto: **Sustentación del recurso de apelación**

CECILIA DEL CARMEN ÁLVAREZ RAMÍREZ, mayor de edad, con domicilio en la ciudad de Barranquilla, identificada con la cédula de ciudadanía No. N1.129.499.695, expedida en Barranquilla, abogado inscrito con tarjeta profesional No. 197.497 expedida por el Consejo

Superior de la Judicatura, actuando como Representante Legal para Asuntos Judiciales de ALIANZA FIDUCIARIA S.A. ("Alianza Fiduciaria"), estando dentro del término oportuno, con toda atención me dirijo a Usted en los términos del documento adjunto con el fin de ratificar que la sustentación del recurso de apelación en contra de la sentencia del 2 de junio de 2023, corresponde al escrito presentado al a quo dentro del término oportuno.

Copio el presente correo a la parte demandante.

Con el acostumbrado respeto,

Cecilia Álvarez Ramírez

Abogada Senior

Alianza

Tel: (605) 3852525 Ext: 5106

calvarez@alianza.com.co

Calle 77B No. 57 -103 Local 2 Edificio Green Towers

Barranquilla - Colombia



UNA EMPRESA DE LA ORGANIZACIÓN DELIMA

En caso de existir alguna queja o reclamación puede contactarse con nuestro Defensor del Consumidor Financiero: Dra Ana María Giraldo - Principal y Dr Pablo Valencia Agudo - Suplente - Correo Electrónico Alianza Fiduciaria: defensoriaalianzafiduciaria@legalcrc.com o Alianza Valores: defensoriaalianzavalores@legalcrc.com - Teléfono: +60 (1) 6108161 - +60 (1) 6108164 - Dirección: carrera 10 #97a-13 oficina 502, Bogotá - Pagina Web: <https://legalcrc.com/alianza-fiduciaria/> o <https://legalcrc.com/alianza-valores/>

Señores
Honorable Magistrados
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
M.P. Adriana Saavedra Lozada
Despacho

Referencia: Verbal de **LUZ VERENA CANTILLO BARRAZA** contra **ALIANZA FIDUCIARIA S.A. y OTRO.**
Radicación: 11001319900320220071201
Asunto: **Sustentación del recurso de apelación**

CECILIA DEL CARMEN ÁLVAREZ RAMÍREZ, mayor de edad, con domicilio en la ciudad de Barranquilla, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.129.499.695, expedida en Barranquilla, abogado inscrito con tarjeta profesional No. 197.497 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, actuando como Representante Legal para Asuntos Judiciales de ALIANZA FIDUCIARIA S.A. ("Alianza Fiduciaria"), estando dentro del término oportuno, con toda atención me dirijo a Usted con el fin de ratificar que la sustentación del recurso de apelación en contra de la sentencia del 2 de junio de 2023, corresponde al escrito presentado ante el a quo en los siguientes términos:

1. **La sentencia se fundamenta en apreciaciones propias del Despacho carentes de medios probatorios que lo soporten:**
 - 1.1. Dentro de la sentencia se observan apreciaciones propias del Despacho que carecen de soporte probatorio alguno, y por el contrario, incluso en muchas de ellas existen medios de prueba que desvirtúan lo expuesto en la parte considerativa de la sentencia.
 - 1.2. Sin embargo, el juzgado de primera instancia consideró y empleó para determinar la responsabilidad de Alianza Fiduciaria S.A. valoraciones que no son ciertas, carecen de pruebas, y además no eran objeto del debate pero que en la sentencia se emplean para terminar la responsabilidad. Por ejemplo, a manera enunciativa, encontramos que:
 - 1.3. La comunicación de fecha 23 de abril de 2021 remitida por la señora Verena Cantillo Barraza a través de su apoderado a la sociedad Fideicomitente Constructora ACF S.A.S. no reunía las características de un desistimiento. Situación que no es cierta y frente a la cual existen medios probatorios que lo desvirtúan.
 - 1.4. La Delegatura señaló que la Fiduciaria en su calidad de profesional fiduciario no había efectuado un análisis del mencionado documento a fin de determinar las características del mismo y en virtud de lo cual y teniendo en cuenta la

controversia suscitada entre las partes (Beneficiaria de Área y sociedad Fideicomitente) debió abstenerse de atender la instrucción impartida por esta última de desvincular a la demandante en su calidad de Beneficiaria de Área del Fideicomiso Baruc 95. Es decir el despacho echa reproche que mi representada haya dado cumplimiento a lo pactado entre las partes en el contrato, al desvincular a la demandante ante su no pago del saldo del inmueble objeto de adquisición, por lo que el cumplir con sus deberes de manera alguna significa que Alianza Fiduciaria S.A. este siendo juez de la controversia entre las partes, asumiendo un rol que solamente le está dado a los jueces.

- 1.5. Tampoco fue objeto de reproche en la demanda que al tiempo en que la sociedad Fideicomitente informara a la Beneficiaria de Área acerca del inicio del proceso de escrituración y entrega de las unidades inmobiliarias del Proyecto, entre los meses de diciembre de 2020 y primer trimestre del año 2021, esta última no acreditó ante la sociedad Fideicomitente que i) contaba con los recursos para pagar el saldo del inmueble o ii) tenía un crédito aprobado para el pago del saldo del inmueble y por el contrario alegó comunicación fecha 23 de abril de 2021 indicando su desistimiento del negocio, alegando una mora en el incumplimiento en la transferencia y entrega del inmueble, que no se había dado, en los términos de las cláusulas tercera y cuarta del contrato de vinculación de beneficio de área.
- 1.6. Desconoce la Delegatura que la instrucción de desvinculación de la señora Verena Cantillo al Fideicomiso Baruc 95 impartida por la sociedad Fideicomitente no tiene su fundamento en la comunicación de fecha 23 de abril de 2021 que le fuera remitida por la demandante a través de su apoderado, sino en la falta de cumplimiento por parte de la señora Verena Cantillo de sus obligaciones contractuales en los términos del contrato de vinculación, que dan cuenta que para la escrituración y entrega de la unidad inmobiliaria a la cual se encontraba vinculada, la beneficiaria de área debía acreditar que contaba ya fuera con recursos propios o con un crédito aprobado para pagar el saldo del inmueble, situación que no se presentó.
- 1.7. En el proceso no obran soportes que la demandante hubiese acreditado haber cumplido sus obligaciones contractuales más allá del pago de la cuota inicial de la unidad inmobiliaria, lo cual fue confirmado mediante las manifestaciones hechas en su interrogatorio de parte. Situación que, por tanto, conllevaba al fracaso de las pretensiones de la demanda, sin embargo, la Delegatura las concedió, desconociendo el incumplimiento confeso de la demandante.
- 1.8. En realidad, la sentencia y el análisis de la conducta de mi representada, no corresponde con la demanda y la fijación del litigio. En realidad, el Despacho amplió en forma indebida el debate y vulnero los derechos de contradicción y defensa de la demandada.

2. Las sociedades fiduciarias no son jueces de los contratos o fideicomisos que administra.

- 2.1. Tal y como se desprende de la sentencia, la Delegatura tiene múltiples reproches en relación con la ejecución del Contrato de Fiducia, especialmente, con los plazos y términos de Contrato y el acatamiento de las instrucciones o comunicaciones enviadas por el Fideicomitente a la Fiduciaria, pero lo cierto es que no le es posible a Alianza Fiduciaria S.A. actuar como Juez del contrato y determinar a quién hacer caso, pues lo cierto es que el Contrato de Fiducia es claro en regular como se ejecutan las instrucciones recibidas y a partir del cumplimiento de qué condiciones deben cumplirse dichas instrucciones, por lo que no debe confundirse el rol contractual de mi representada, en el marco del cual ejecutó el desistimiento en los términos solicitados por quien podía impartir dicha instrucción, sin entrar a efectuar un pronunciamiento o detallar un incumplimiento en cabeza de la demandante o del fideicomitente.
- 2.2. Es que incluir a Alianza en la discusión sobre los reparos contractuales es tanto como pretender que sea esta Fiduciaria la que actúe como Juez entre las partes del Contrato, cuando por Ley, en su calidad, no puede ejercer actividad judicial alguna:

“(...) el fiduciario no es juez, ni ejerce, pro tempore, ninguna actividad judicial (...)”

- 2.3. Bajo esta premisa, la Corte Suprema ha sido enfática en señalar que las obligaciones del Fiduciario se limitan a administrar los bienes fideicomitados y a cumplir con las obligaciones que de manera expresa estipulen en el correspondiente contrato, sin que ninguna de ellas corresponda a la facultad de administrar justicia:

“Ahora, como en la ejecución del fideicomiso los conflictos de intereses no se pueden evitar, de inmediato surge el interrogante de si el fiduciario se encuentra facultado para resolverlos. La respuesta, indiscutiblemente, debe ser negativa, porque cuando la responsabilidad en el cumplimiento de sus deberes se encuentra en juego, no puede ser juez y parte, so pena de poner en entredicho, como es apenas obvio, la garantía fundamental a un debido proceso y los principios de imparcialidad e independencia ajenos a toda función judicial.

En consonancia, la Corte tiene explicado que la “ley precisó el contenido de la obligación del fiduciario: administrar o enajenar los bienes fideicomitados (artículo 1234 ib.), pero no impuso limitación alguna en lo tocante con el propósito de la fiducia, de suerte que este

puede ser delineado con libertad por el fideicomitente, desde luego que no en términos absolutos, como quiera que siempre deberán respetarse los límites impuestos por la Constitución, la ley, el orden público y las buenas costumbres (artículos 16 y 1524 inciso 2 C.C.)”.[1]

- 2.4. De otra parte, así los fiduciarios sean sujetos calificados, pues únicamente pueden fungir como tales los establecimientos de créditos y las sociedades fiduciarias (artículo 1226 del Código de Comercio), dentro de sus facultades no se encuentra las de administrar justicia porque de conformidad con el artículo 116 de la Constitución Política, modificado por el acto administrativo número 3 de 2002 esa es una función de la jurisdicción del Estado, salvo que la ley, excepcionalmente la atribuya a ciertas autoridades administrativas, en materias precisas, o a los particulares, transitoriamente, en su condición de conciliadores o de árbitros para proferir fallos en derecho o en equidad.
- 2.5. Es más, cuando surjan dudas durante la ejecución del fideicomiso o sea necesario interpretar disposiciones vagas, inclusive cambiar o modificar la voluntad del constituyente, frente a hechos sobrevinientes, debe acudirse, respetando los principios mínimos de defensa y contradicción, a una decisión imparcial e independiente. Por esto, el numeral 5° del artículo 1234 del Código de Comercio establece como deber del fiduciario “pedir instrucciones al [Superintendente Financiero] cuando tenga fundadas dudas acerca de la naturaleza y alcance de sus obligaciones o deba apartarse de las autorizaciones contenidas en el acta constitutivo, cuando así lo exijan las circunstancias. En este caso el Superintendente citará previamente al Fiduciante y al beneficiario”.
- 2.6. Así las cosas, es claro que contrario a lo que esbozado por el Delegado, Alianza Fiduciaria S.A. no puede actuar como Juez del contrato y su actuación se debe limitar a cumplir las estipulaciones contractuales, como lo ha venido haciendo desde el momento de su celebración hasta la fecha.¹
- 2.7. El llamado a desconocer la instrucción de desistimiento presentada por la sociedad fideicomitente, como lo pretende la demandante, eso sí sería en convertirse en juez del contrato a pretender que para ejecutar sus obligaciones requiera de una réplica que no se encuentra pactada en el contrato, es por ello que se pierde de vista que las Fiduciarias solamente se encuentran obligadas a adelantar las gestiones encomendadas con los requisitos pactados, por lo que pretender exigir el cumplimiento de condiciones no acordadas es pretender el incumplimiento del contrato celebrado, como en este caso lo sería introducir nuevos requisitos para

¹ [1] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 22 de febrero de 2018. Rad.: 11001-31-03-003-2005-00368-01. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo

evaluar si se cumple con el tenor literal de la Cláusula Penal, tal y como lo ha reconocido la Honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil el pasado 14 de diciembre de 2020 M.P. Francisco Ternera Barrios Rad. 76001-31-03-006-2010-00303-01.

3. **Indebida valoración probatoria**

- 3.1. En la sentencia de primera instancia, el Despacho en varias de sus apreciaciones no hace un análisis probatorio y de esta manera, en forma indebida llega a conclusiones erradas como el incumplimiento de las obligaciones de la sociedad Alianza Fiduciaria S.A. en su calidad de Entidad Fiduciaria.
- 3.2. En primer lugar, no consideró quienes eran las partes del contrato de vinculación suscrito y los diferentes roles y obligaciones atribuidas a cada una de estas, en especial que no era Alianza Fiduciaria S.A. en posición propia quien lo suscribía sino actuando única y exclusivamente en su calidad de vocera y administradora del Fideicomiso Baruc 95.
- 3.3. En consecuencia, no es cierto que contractualmente y en ejecución de dicho negocio jurídico Alianza Fiduciaria S.A. como sociedad propiamente dicha hubiera sido negligente y hubiere desatendido sus obligaciones como profesional fiduciario toda vez que frente a las controversias suscitadas entre la beneficiaria de área y el Fideicomitente, no se abstuvo de atender las instrucciones impartidas por el Fideicomitente de desvincular a la demandante del Fideicomiso Baruc 95, es decir hace un llamado a incumplir las estipulaciones pactadas por las partes en el Contrato de Vinculación de Beneficio de Área.
- 3.4. Nótese que la Delegatura no observó que en los términos del contrato de vinculación suscrito por la demandante en calidad de beneficiaria de Área del Fideicomiso Baruc 95 la cláusula penal corresponde a una relación de consumo pactada entre el Fideicomitente y el beneficiario de área en la cual Alianza Fiduciaria S.A. como entidad Fiduciaria no tiene injerencia o participación, desconociendo con ello lo reiterado por la Superintendencia Financiera de Colombia al señalar que en los términos del artículo 1592 y siguientes del condigo civil y 866 y siguientes del código de comercio, *la base sobre la cual debe calcularse el porcentaje de penalidad, es un aspecto que debe ser definido por el Fideicomitente Constructor y el comprador de la unidad inmobiliaria en los acuerdos que ellos celebren.* Es decir la misma Superintendencia Financiera de Colombia como órgano regulador al entrar a analizar las cláusulas penales en los contratos por medio de los cuales los adquirentes de unidades inmobiliarias de un fideicomiso, manifestó expresamente que esta cláusula y su ejecución es totalmente ajena a mi

representada y por lo tanto no es la llamada a calificar o morigerar la misma, su deber frente a esta es actuar en los expresos términos pactados entre los intervinientes en dicha cláusula penal como efectivamente se hizo en este caso.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA



Radicación: 2021067073-000-000

sfc
Superintendencia Financiera de Colombia
Fecha: 2021-09-24 13:44 Sec: 047555
Aviso: N°
Teléfono: 773-4034 RESPOBDEBENCIA INFORMATIVA
Tipo doc: 31-31 REMISION DE INFORMACION
Sendero: 420000-DELEGATURA PARA FIDUCIARIAS
Dest: 047555 - 95-AI LAVZA, TOLUCLAUSA S.A.



Alianza
Fecha: 24/09/2021 15:03:2655
Destinatario: CARLOS JOSE MARTINEZ N ETO
Remite: SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Doctor
GUSTAVO ADOLFO MARTÍNEZ GARCÍA
Presidente Ejecutivo Corporativo
ALIANZA FIDUCIARIA S.A.
Carrera 15 No. 82-99 Piso 3
Bogotá D.C.

Número de Radicación : 2021067073-000-000
Trámite : 773 CORRESPONDENCIA INFORMATIVA
Actividad : 31 31 REMISION DE INFORMACION
Anexos :

Respetado doctor Martínez:

Esta Superintendencia, teniendo en cuenta algunas consultas formuladas por particulares sobre temas relacionados con la base sobre la cual se calcula el porcentaje de penalidad que se puede aplicar por desistimiento de contratos de adquisición de unidades inmobiliarias, ha determinado que tales estipulaciones no deben estar incorporadas en los contratos que sean sometidos a autorización de esta entidad, dado que tales aspectos deben ser definidos entre constructor y comprador de las unidades inmobiliarias, teniendo en cuenta lo estipulado en los artículos 1592 y siguientes del Código Civil y 866 y siguientes del Código de Comercio.

Para el caso particular de la sociedad que usted representa se tiene establecido que esta Superintendencia mediante oficio radicado bajo el No. 2019016928-015 del 15 de mayo de 2019, autorizó los modelos de contratos denominados "contrato de encargo fiduciario de preventas" y el modelo de acuerdo de vinculación al anterior. En los citados modelos se incluyen estipulaciones contractuales que regulan la imposición de penalidades por el retiro anticipado o el retracto del cliente adquirente de una unidad inmobiliaria y definen a través de ellas la base sobre la cual se puede calcular el porcentaje de la penalidad. Es así como en la cláusula sexta del modelo de contrato de encargo fiduciario de preventa, en el numeral 10 del título denominado "cláusulas limitativas" y en el numeral 14 de las disposiciones del modelo de contrato de vinculación al encargo fiduciario de preventa, se incluyen tales estipulaciones.

En este orden, la Sociedad Fiduciaria que usted representa en los contratos que celebre en adelante, podrá suprimir de los modelos de contrato autorizados por esta Superintendencia mediante oficio radicado No 2019016928-015, atrás referido, los apartes en los cuales se define la base sobre la cual debe calcularse el porcentaje de la penalidad, toda vez que tal aspecto debe ser definido y acordado por el fideicomitente constructor y el comprador de la unidad inmobiliaria en los acuerdos que ellos celebren y no en los modelos de contratos autorizados por esta Superintendencia.

Cordialmente,



FARIDE ALFARO IBAGÓN
420000-DELEGADO PARA FIDUCIARIAS
DELEGATURA PARA FIDUCIARIAS

3.5. Así mismo el Despacho no observó que entre el 15 de diciembre de 2020 y primer semestre de 2021 lapso en el que la sociedad Fideicomitente informó que se estaría dando inicio al proceso de escrituración y entrega de las unidades inmobiliarias, la demandante no transfirió al Patrimonio Autónomo Baruc 95 el saldo de la unidad objeto de adquisición ni tampoco probó haber acreditado ante el Fideicomitente que contaba con los recursos ya fuesen propios o mediante un crédito otorgado para pagar el saldo del inmueble.

3.6. La Delegatura tampoco analizó la documentación remitida por Alianza

Fiduciaria S.A. en atención al requerimiento que le había realizado, entre la cual se encontraban los informes de interventoría del Proyecto, documentos idóneos de acuerdo con las funciones legales y contractuales establecidas, que dan cuenta que a noviembre de 2020, el Proyecto contaba con un avance de obra del 93% e incluso para abril de 2021 el proyecto ya se encontraba totalmente finalizado, desvirtuando con ello lo manifestado por el apoderado de la demandante que a la fecha de ampliación del periodo operativo en mayo de 2021, (fecha incluso posterior a la presentación de su retracto y/o desistimiento al fideicomitente), ya se había incumplido por parte del Fideicomitente la obligación de entregar la unidad inmobiliaria, que no se corresponde con la realidad y con lo pactado en las cláusulas tercera y cuarta del contrato de vinculación de Beneficio de Área suscrito de manera libre y voluntaria por la demandante, es decir está conociendo que dicha fecha le sería informada por la sociedad fideicomitente, fecha que no se informó y que por lo tanto no puede ser considerada como incumplida.

4. El marco contractual es el que fija las obligaciones de la fiduciaria y de las demás partes contractuales. Dicho marco es el que permite analizar la conducta de la demandada e, incluso, de la demandante.

- 4.1. Las partes tienen el deber de regular el contrato y de establecer los derechos y obligaciones a su cargo y, en esta medida, a través de ese marco obligacional es que definen la información a la que tendrán acceso, las autorizaciones que deben impartir, los órganos de decisión en los que participarán, la remuneración a su favor y los riesgos que cada una de estas partes asumen.
- 4.2. Lo anterior, cobra importancia en negocios fiduciarios, que implican obligaciones de medio de la fiduciaria, en los cuales las partes cuentan con gran autonomía negocial y, por ende, conforme al principio de autorregulación y protección, previo a comprometer su responsabilidad y dar el consentimiento al marco contractual pactado deben verificar los derechos y obligaciones allí contenidos.
- 4.3. Dicha carga de autorregulación negocial cobra importancia e impide que, por vía de deberes secundarios de conducta o reproches genéricos, se desnaturalice el acuerdo de voluntades como elemento esencial de las obligaciones.
- 4.4. Al respecto, la Corte Suprema de justicia, en fallo reciente de 2020 con ponencia del Magistrado Francisco Ternera Barrios, señaló que:²

“Como se recordará, las reflexiones basilares del Tribunal para la confirmación de la sentencia apelada, que denegó las pretensiones de la

² 8 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, caso de Jesús María Murgueitio contra Helm Fiduciaria S.A., M.P. Francisco Ternera Barrios.

demanda giraron en torno a dos aspectos.

El Primero: no se había estipulado -expresamente- que, para el retiro total o parcial de los recursos entregados por uno de los constituyentes, se requiriese la autorización, conocimiento o información del otro constituyente (no aparecía tal limitante, ni siquiera en la tarjeta de registro de firmas). (...)

Y el segundo, referido al comportamiento de las partes en la ejecución del contrato, que ratifica que cualquiera de los constituyentes podía hacer redenciones sin anuencia del otro.

*Empero, en este escenario, la posición del recurrente ahora es otra: **La Fiduciaria debía ir más allá debido a los deberes de protección, cuidado, información, extrema diligencia y profesionalismo, que le impone resguardar los intereses del fideicomitente.** Deberes todos que confluyen en la necesidad de que la demandada advirtiera oportunamente al demandante sobre el desembolso cuantioso objeto de la controversia judicial.*

*En consecuencia, el aspecto controversial -y que pone de presente el recurrente en el cargo- es uno que, diríase esto para entender **el embate, trasciende de lo pactado, para fincar la responsabilidad de la Fiduciaria interpelada en deberes secundarios de conducta que emanan de las normas tildadas como violadas.** Es decir, la Fiduciaria formalmente sí se apegó a lo estipulado, pero debía ir más allá -aún en contra de lo convenido-.*

*Esta postura exige de la Corte un reparo crucial que debe hacer de entrada al embate, porque desde los inicios del proceso **fue clara y reiterativa la posición del actor en cuanto que la oferta a la Fiduciaria fue hecha por los constituyentes.***

Es contradictorio que, para cumplir, la Fiduciaria deba incumplir lo convenido, a despecho de lo que los constituyentes se amoldaron en el desarrollo del encargo fiduciario. Esto es, en los términos del recurrente, los débitos contractuales secundarios del deudor -la Fiduciaria- deberían superar y soslayar aquellos débitos contractuales primarios.” (Destaco)

- 4.5. Lo anterior, se acompasa con el deber de regulación que tienen las partes del contrato, quienes reconocen el marco obligacional de cada uno de los involucrados, incluso sus propias obligaciones. Entendiendo que dichas estipulaciones satisfacen, en forma íntegra, sus necesidades y enmarcan los riesgos asumidos por cada una de ellas.

5. Ausencia de los elementos de la responsabilidad en contra de Alianza Fiduciaria:

- 5.1. No existen elementos de juicio dentro del proceso que permitan a la Delegatura concluir lo señalado en el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia en contra de mi representada pues, como se demostró en el proceso, la fiduciaria cumplió con todas sus obligaciones y rol de conducta. Por ende, no es procedente declararla civilmente responsable cuando cumplió con las cargas contractuales acordadas entre la demandante y el fideicomitente en relación con la cláusula penal en concordancia con las cláusulas tercera y cuarta del contrato de vinculación de Beneficio de Área que establecían unos requisitos para la fijación de la fecha de transferencia y entrega de la unidad inmobiliaria, entre los cuales estaba el pago del saldo del predio, que no se dio ni se pretendió cumplir por la demandante como incluso fue reconocido en su interrogatorio de parte.
- 5.2. Igualmente, no se encuentran acreditados los requisitos para que prospere una declaratoria de responsabilidad contractual, pues para que ello opere se deben acreditar los siguientes elementos: (i) exista un contrato que consagre las obligaciones que se reclaman como incumplidas, (ii) a quien se le imputa una responsabilidad contractual sea parte de dicho negocio jurídico, (iii) como consecuencia de dicho incumplimiento se haya causado un daño a quien lo reclama, y (iv) que el daño sea efecto directo y cierto de la conducta desplegada por el deudor incumplido por lo que se mantiene la conclusión de exonerar de responsabilidad a mi mandante se mantiene, toda vez que Alianza Fiduciaria S.A. en todo momento ha observado lo pactado literalmente por las partes en el contrato de vinculación de Beneficio de área al Fideicomiso Baruc 95.

6. Ausencia de medios probatorios que permitan determinar un reproche a la conducta o una responsabilidad de Alianza Fiduciaria:

- 6.1. Igualmente, dentro del Proceso no existen medios probatorios que permitan concluir que la fiduciaria incumplió con sus deberes y obligaciones a su cargo y, mucho menos, que permitan determinar una responsabilidad en su contra que conlleve una condena en su contra. Esta situación es por demás evidente frente a los reproches de la demanda, pues la fiduciaria, ejerciendo su derecho de defensa, demostró con los medios probatorios pertinentes que había cumplido con todas las obligaciones cuestionadas en la demanda.

7. Inexistencia del perjuicio indemnizable:

- 7.1. De las pretensiones de la demandante, se evidencia la intención de establecer la responsabilidad Civil Contractual de la Fiduciaria y consecuencia de esto, busca declarar la existencia de un incumplimiento que no ha existido por parte de mi representada y que ameritara el estudio de la responsabilidad

contractual, pues podríamos llamar al elemento del incumplimiento como elemento primario de este tipo de responsabilidad, que de no acreditarse no amerita el estudio de los demás elementos; sin embargo, si solo en gracia de discusión por alguna razón se llegase a considerar que existe algún tipo de incumplimiento en sus obligaciones por parte de Alianza Fiduciaria S.A. debemos ser enfáticos que no existe perjuicio alguno que pueda ser indemnizable.

- 7.2. Esta circunstancia necesariamente nos traslada a un escenario inexistente de daño, pues se trata de una simple suposición de los demandantes, alejada de la realidad y carente de toda certeza, que implica la ausencia de una de las características esenciales para la existencia del daño, esto es, que sea cierto. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia ha referido:

*“Uno de los requisitos que debe reunir el daño es su certidumbre, es decir, que se demuestre su existencia misma; lo cual ocurre cuando no haya duda de su concreta realización. Además, es el requisito “más importante (...), **al punto que, sin su ocurrencia y demostración, no hay lugar a reparación alguna**” (CSJ, SC del 1º de noviembre de 2013, Rad. n.º 1994-26630-01; CSJ, SC del 17 de noviembre de 2016, Rad. n.º 2000-00196-01). Para que sea “susceptible de reparación, debe ser **‘directo y cierto’** y no meramente **‘eventual o hipotético’**, esto es, que se presente como consecuencia de la ‘culpa’ y que aparezca **‘real y efectivamente causado’**” (CSJ, SC del 27 de marzo de 2003, Rad. n.º 6879).”³ (Resaltado fuera del texto)*

- 7.3. De la sentencia precitada se puede rescatar que desde varios años atrás, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el perjuicio a reclamar debe necesariamente ser **cierto y directo** y que son precisamente estos dos aspectos fundamentales los que deben acreditarse ante el juez de conocimiento.

Respetuosamente,



Firmado digitalmente por Cecilia
Álvarez Ramírez
Fecha: 2023.08.17 15:16:40 -05'00'

CECILIA DEL CARMEN ÁLVAREZ RAMÍREZ
Representante Legal para Asuntos Judiciales
ALIANZA FIDUCIARIA S.A.

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Magistrada Ponente: Margarita Cabello Blanco, Rad.: SC20448-2017, 7 de diciembre de 2017.

APELACION PROCESO 2017 / 168

GERMAN RIVERA <gerridel5@yahoo.com>

Lun 29/08/2022 9:24

Para: Juan Pablo Godoy <jgodoy@goh.law>;j09cctobt@cendoj.ramajudicial.gov.co.rpost.biz
<j09cctobt@cendoj.ramajudicial.gov.co.rpost.biz>;curtiembresanfrancisco@hotmail.com
<curtiembresanfrancisco@hotmail.com>;german rivera <gerridel5@yahoo.com>;Juzgado 09 Civil Circuito -
Bogotá - Bogotá D.C. <j09cctobt@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Señor
JUEZ NOVENO CIVIL CIRCUITO
Bogotá

Ref. PROCESO 2017 / 168

Respetuosamente me permito remitir el escrito de sustento de apelacion, concedido por su despacho en diligencia del dia 24 de agosto de la presente anualidad, esto para los fines pertinentes.

Atentamente,

German Rivera Delgadillo

gerridel5@yahoo.com

GERMAN RIVERA DELGADILLO
Abogado.

Señor
JUEZ NOVENO (9) CIVIL DEL CIRCUITO
Bogotá D.C.
E. S. D.

Ref. Declarativo de Pertenencia
Radicado: 2017 / 168
De: Francisco Vargas Ávila
Contra: Wilson Augusto Fernández Barrero y
otros.

GERMAN RIVERA DELGADILLO, reconocido en autos como apoderado de la señora **BLANCA DORALY FERNANDEZ BARRERO** quien obra y fue reconocida en el presente litigio como persona indeterminada, estando dentro del término legal me permito presentar al despacho con el fin de que se resuelva ante la instancia superior el recurso de ...

APELACION

Contra la providencia emitida por su despacho con fecha agosto 24 de 2022 así:

ANTECEDENTES

- Mi poderdante Sra. **BLANCA DORALY FERNANDEZ BARRERO**, en calidad de persona indeterminada contesto la demanda de **PERTENENCIA DE LA REFERENCIA**, instaurada por el señor **FRANCISCO VARGAS AVILA**, contra **WILSON AUGUSTO FERNANDEZ BARRERO, HEREDEROS INDETERMINADOS DE JUAN BAUTISTA FERNANDEZ BARRERO Y FREDY ERNESTO FERNANDEZ BARRERO Y PERSONAS INDETERMINADAS**.
-
- La contestación de la demanda, se centró en que el señor demandante **FRANCISCO VARGAS AVILA**, no cumplía los requisitos esenciales para que el bien pretendido en posesión le fuese adjudicado, como prueba esencial de ello solicito que se tuviera en cuenta que el **JUZGADO 24 DE FAMILIA DE LA CIUDAD DE BOGOTA**, mediante sentencia del día 18 de septiembre de 2015 declaro que **BLANCA DORALY FERNANDEZ BARRERO** tenia vocación hereditaria y como consecuencia de ello, ordeno a la Notaria 12 de la ciudad de Bogotá **RESCINDIR** la partición de la herencia del señor **JUAN BAUTISTA FERNANDEZ BARRERO** y por lo tanto incluir en el nuevo trabajo de partición a **BLANCA DORALY FERNANDES BARRERO**, en calidad de hija del señor **JUAN BAUTISTA FERNANDEZ**, quien falleció el día 13 de febrero de 1996.

GERMAN RIVERA DELGADILLO
Abogado.

- Se indicó de igual forma por parte de mi poderdante señora **BLANCA DORALY FERNANDEZ**, que para la época en que el demandante señor **FRANCISCO VARGAS AVILA** indica que se inició su posesión sobre el inmueble de la calle 59 sur No. 17 A 14, ella había iniciado en el **JUZGADO 15 DE FAMILIA DE BOGOTA RADICACION No. 1997 / 8255** proceso de **FILIACION EXTRAMATRIMONIAL** contra los señores **FREDY ERNESTO FERNANDEZ BARRERO y WILSON AUGUSTO FERNANDEZ BARRERO**, esta acción judicial culminó el día 23 de julio de 2012, **ACEDIENDO A LA PRETENSIONES DE BLANCA DORALY**, y por ende reconociéndola como hija de **JUAN BAUTISTA FERNANDEZ BARRERO**.
- De igual forma por parte de la demandada Sra. **BLANCA DORALY** se indicó que el señor demandante precisamente señala con demasiada precisión que el señor **FRANCISCO VARGAS AVILA** inicio la posesión del inmueble el día 14 de octubre de 1997 (fecha demasiado exacta)..
- La demandante indica también que la demanda se admitió el día 29 de julio de 1997 y los demandados contestaron el día 17 de septiembre de 1997.
- Los demandantes anexaron **COPIA DE LA ESCRITURA No. 3846** del día 14 de octubre de 1997, otorgada por la **NOTARIA 58 DEL CIRCULO DE BOGOTA**, acto mediante el cual **FREDDY ERNESTO FERNANDEZ BARRERO y WILSON AUGUSTO FERNANDEZ BARRERO**, venden al señor – demandante- **FRANCISCO VARGAS AVILA**, el bien solicitado en posesión ubicado en la calle 59 sur No. 17 A 14, esto precisamente casi tres meses después de incoada la demanda de **FILIACION EXTRAMATRIMONIAL** por parte de **BLANCA DORALY**
- Lo anteriormente citado indicaba que el demandante presentaba una **POSESION IRREGULAR**, esto en razón que conocía de la existencia de **BLANCA DORALY FERNANDEZ**.

MOTIVOS DE LA APELACION

Revisada la actuación procesal el despacho indica:

La demandada **BLANCA DORALY FERNANDEZBARRERO**, no logro desvirtuar los elementos jurídicos dispuestos para el efecto, elementos jurídicos que, según el despacho, llaman a prosperar las pretensiones del demandante, esto basado en que **“la posesión esta reducida a exteriorización de la propiedad, es decir, que solamente es dueño o ejerce tenencia con ánimo de señor y dueño el que se da por tal es reputado poseedor de acuerdo con el artículo atrás indicado “**

Es preciso indicar que era necesario que el despacho tuviera en cuenta elementos esenciales de la actuación procesal y de los elementos arrimados al mismo como pruebas esto así:

Si bien es cierto se dice que el actor había tenido posesión del bien por un lapso mayor del tiempo previsto en el art. 1º de la Ley 791 de 2002 tratándose de una prescripción extraordinaria, se debe tener en cuenta con mayor cuidado aspectos

GERMAN RIVERA DELGADILLO
Abogado.

esenciales como la adquisición del bien precisamente mediante una venta de los hermanos **FREDY ERNESTO FERNANDEZ BARRERO y WILSON AUGUSTO FERNANDEZ BARRERO**, ello a pocos días de conocer que se había instaurado por parte de **BLANCA DORALY** una demanda de **FILIACION EXTRAMATRIMONIAL**, los hermanos **FREDY Y WILSON** fueron conscientes de esta acción, vendieron a un tercero **FRANCISCO VARGAS** el bien a sabiendas de la existencia de **BLANCA DORALY**, con ello supuestamente pretendía dejar fuera de sus derechos herenciales a **DORALY**, que entre la firma de la admisión de la demanda de **FILIACION EXTRAMATRIMONIAL** incoada por **BLANCA DORELY** y la venta del inmueble, el tiempo que transcurrió fue de tres meses, esto nos indica que efectivamente con esta venta se trata de excluir de MANERA TAJANTE a BLANCA DORALY de sus derechos herenciales.

Ahora bien, es pertinente indicar que el demandante señor **FRANCISCO VARGAS AVILA**, en declaración rendida frente a la señora juez, no fue preciso en indicar, como adquirió el bien, de donde obtuvo el dinero para poder pagar de contado **dieciséis millones de pesos (\$16.000.000.00)**, valor que indica la **escritura No.3846 de 14 de octubre de 1997 de la notaria 58 de Bogotá**, cuando en la misma declaración indico que trabajaba era **realizando labores cotidianas sin ingreso fijo y el pago se realizó de ahorros que el tenía**, pero además dice que pago fue **\$ 75.000.000.00**, en efectivo a **WILSON** y a **FREDY**, esto sin tener ingresos adicionales y exagerados para la época. **ES DE ACLARAR QUE ESTAS DECLARACIONES SE TOMARON DE FORMA DIRECTA POR EL DESPACHO.**

De esta forma es claro conocer la intención que se tenía entre los hermanos **FERNANDEZ BARRERO**, para que no se reconocieran los derechos herenciales de **BLANCA DORALY FERNANDEZ BARRERO** que tenía como hija del causante señor **JUAN BAUTISTA FERNANDEZ**, y de forma tajante desconocer su calidad de hija con derecho a heredar, a **BLANCA DORALY** la conocían sus hermanos, no solo porque su padre les había hablado de ella, si no que ella los había tratado por conducto del mismo padre.

De otro lado, es preciso indicar que el **JUZGADO 24 DE FAMILIA DE BOGOTA**, mediante providencia del día 14 de junio de 2016, decreto **RESCINDIR** la cancelación de la adjudicación en sucesión dado que **BLANCA DORALY** incoo demanda de **PETICION DE HERENCIA**, en contra de **ANA DE DIOS BARRERO DE FERNANDEZ y FREDY ERNESTO FERNANDEZ BARRERO** además de **WILSON AUGUSTO FERNANDEZ BARRERO**, el **JUZGADO** ordeno **RESCINDIR LA PARTICION** considerando especialmente que el **artículo 1321 del C.C. Indica que el que probare su derecho a una herencia, ocupada por otra persona en calidad de heredero, tendrá acción para que se le adjudique la herencia y se le restituyan las cosas hereditarias tanto corporales como incorporales, y aun aquellas de que el difunto era mero tenedor, como depositario, comodatario, prendario, arrendatario etc y no hubiera vuelto legítimamente a sus dueños...**

GERMAN RIVERA DELGADILLO
Abogado.

Con la copia del registro civil de nacimiento **BLANCA DORALY**, se acredita su relación con el causante señor **JUAN BAUTISTA FERNANDEZ Y POR ESO FUE LLAMADA A HEREDARLO.**

Es preciso indicar que los señores **ANA DE DIOS BARRERO DE FERNANDEZ y FREDY ERNESTO FERNANDEZ BARRERO** además de **WILSON AUGUSTO FERNANDEZ BARRERO**, a pesar de conocer la existencia de **BLANCA DORALY, Y OBRANDO CON PRESUNTA MALA FE INICIARON** a nombre propio el trámite de liquidación de la herencia en la **NOTARIA DOCE DE BOGOTA**, desconociendo flagrantemente los derechos de **BLANCA DORALY FERNANDEZ BARRERO.**

De forma tajante se le hizo conocer al señor **JUEZ NOVENO DE FAMILIA** que el señor demandante, no podía realizar la petición de **PERTENENCIA**, debido a que tal como se observa en los documentos arrojados al expediente solo **hasta el año 2016**, fecha en que el **JUZGADO 24 DE FAMILIA** ordeno la cancelación en sucesión del señor **JUAN BAUTISTA**, fácil es entender que preciso desde esa fecha se inicia la pretendida posesión, entendiéndose que el lapso comprendido de 1997 a 2016, no se puede computar, pues los herederos de **JUAN BAUTISTA**, no estaban habilitadas legalmente para realizar una venta de los bienes tal y como lo hicieron, dejando entrever de forma clara que querían excluir de forma tajante los derechos de **BLANCA DORALY.**

De igual forma fue claro y se expuso de manera concreta que **BLANCA DORALY, no podía ejercer el derecho de acción reivindicatoria**, esto por **CARECER DE LEGITIMIDAD EN LA CAUSA** ello entre los años 1997 a 2016, **por la simple y sencilla causa que aún no había sido reconocida como heredera**, porque aún se estaba tramitando el proceso de **PETICION DE HERENCIA**, si hubiese iniciado las acciones ellas se habían convertido en vanas dado que no tendría fuerza su pedido.

Es preciso indicar que son requisitos para iniciar una acción reivindicatoria:

- Que quien se demanda sea el actual poseedor.
- Concordancia entre el título de propiedad y el bien objeto del litigio.
- Que quien demanda sea el titular del dominio, sin importar si tiene la propiedad plena, nuda o fiduciaria de la cosa.

Pero aun es más claro el argumento **BLANCA DORALY**, cuando presenta al despacho las diferentes actuaciones realizadas en pos de que su derecho le fuese reconocido y aun no es posible llegar a entender cómo se negaran derechos esenciales a **BLANCA DORALY**, ella tenía las manos atadas, no podía iniciar las acciones legales, tenía la intención, pero no tenía las pruebas, **NUNCA** dejo de litigar en pos del reconocimiento de sus derechos,, sus hermanos conocían de las acciones que ella llevaba a cabo ,muestra de ello es que se hicieron presentes en las demandas instauradas por **BLANCA DORALY**, y no es válido decir que las acciones que ellos realizaban eran legales, como es el caso de la venta a el

GERMAN RIVERA DELGADILLO
Abogado.

demandante, donde se evidencia claramente que se deseaba trabar cualquier intención de solicitud de derechos por parte de **BLANCA DORALY**, **o si no como es posible que se exponga por parte del demandante como argumento la compra de la bodega inicialmente en la escritura por un valor y posteriormente en la declaración rendida ante el despacho por otro mucho más alto**, se debe tener en cuenta las claras contradicciones del demandante cuando indica que solo era un trabajador que no contaba con mayores ingresos, pero pudo comprar de contado la bodega de propiedad de **JUAN BAUTISTA** en una suma supremamente alta para la época en que la adquirió 1997, si no tenía ingresos suficientes como la podía adquirir ¿ se puso de acuerdo con los hermanos **FERNANDEZ BARRERO** ,

Si bien el demandante ha poseído el bien por algún tiempo, como es posible que sea legal su posesión cuando él conocía de la existencia de **BLANCA DORALY** ?

Es evidente y se puede notar con nitidez que la **POSESION ERA IRREGULAR** pudo el demandante pagar servicios impuestos etc, pero siempre conoció de la existencia de **BLANCA DORALY**, además los testimonios que se presentaron de que el demandante era dueño, fueron testimonios de **OIDAS**, a nadie le consto la compra que se realizó, a ninguno de los deponentes se le escucho con claridad que hubiesen sido testigos de la venta, solo indicaron que lo reputaban dueño por estar permanentemente en el inmueble, situación que no legalizaba la tenencia ni la posesión pretendida

EN SÍNTESIS, SE SOLICITA SE REVOQUE LA DECISIÓN TOMADA EN PRIMERA INSTANCIA POR EL JUZGADO INICIAL DE CONOCIMIENTO EN RAZÓN DE:

LA DECLARACIÓN DE PERTENENCIA incoada por el señor **FRANCISCO VARGAS AVILA**, no puede ser llamada a prosperar, en razón de presentar una **POSESION IRREGULAR**, esto debido a que el demandante a pesar de conocer la existencia de **BLANCA DORALY**, realizo la compra del bien inmueble – bodega-solicitada en pertenencia, sumado a ello es claro en su declaración rendida al despacho que indica que pago un valor **DE 75 MILLONES** de pesos y en la escritura de compra del inmueble **No.3846 de 14 de octubre de 1997 de la notaria 58 de Bogotá se evidencia que el negocio se realizó por \$ 16millones de pesos**, en la misma declaración indico que trabajaba era realizando labores cotidianas sin ingreso fijo y el pago se realizó de ahorros que el tenía, pero además dice que pago fue **\$ 75.000.000.00**, en efectivo a **WILSON** y a **FREDY**, esto sin tener ingresos adicionales y exagerados para la época.

- Si las acciones judiciales de **BLANCA DORALY** terminaron en sentencia favorable a ella, por lo tanto, la posesión se podrá alegar desde el año 2016 y para la fecha no cumple el tiempo legal para alegar e impetrar dicha acción de pertenencia.
- Mi poderdante no podía iniciar acciones legales por la sencilla razón de, en primera instancia no haber sido reconocida como hija del causante **JUAN BAUTISTA** y posteriormente, porque el proceso de **PETICION DE**

GERMAN RIVERA DELGADILLO
Abogado.

HERENCIA se inició con posterioridad al de **FILIACION NATURAL**, solo hasta que se desataron estos procesos se podía por parte de **BLANCA DORALY** iniciar las acciones legales pertinentes.

- Se reitera solo se culminaron las acciones antes citadas hasta el año 2016, situación, que se debe tener en cuenta por el demandante para desde ese momento se empezara contar su posesión, ósea desde el año 2016.

NOTIFICACIONES

Suscrito apoderado

Calle 6 B No.79C 81 ofc.105
gerridel5@yahoo.com.

Atentamente,

GERMAN RIVERA DELGADILLO

GERMAN RIVERA DELGADILLO
C.C.No. 19.350.004
T.P.88.230 C.S.J.

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR SAAVEDRA LOZADA RV: Sustentación de recurso y solicitud de prueba.

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Vie 18/08/2023 12:10

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

 1 archivos adjuntos (217 KB)

APELACIÓN. TRIBUNAL.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR SAAVEDRA LOZADA

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: jorge manuel aguilar villa <jorgemanuelaguilar@yahoo.es>

Enviado: viernes, 18 de agosto de 2023 11:33

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>; ABOGADOS@ASLEGAMA.COM <ABOGADOS@ASLEGAMA.COM>

Asunto: Sustentación de recurso y solicitud de prueba.

SEÑORES

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA CIVIL

MAGISTRADA PONENTE: DOCTORA ADRIANA SAAVEDRA LOZADA

BOGOTÁ.

REFERENCIA: 11001 31 03 010 2021 00145 01

MAGISTRADA PONENTE: DRA. ADRIANA SAAVEDRA LOZADA

PROCESO: VERBAL

DEMANDANTE: SCOTIABANK COLPATRIA

DEMANDADA: CLARA INES OROZCO ESTUPIÑÁN

ASUSNTO: SUSTENTACIÓN DE APELACIÓN Y OTRO.

Jorge Aguilar Villa, abogado identificado con la C. C. 19195099 y T. P. 47737, en mi condición de apoderado de la parte pasiva dentro del asunto de la referencia, envío por este medio y dentro del término oportuno, escrito en el cual sustento la apelación y solicito una prueba.

Para efectos del traslado, copia de este correo le estoy enviando a la abogada de la parte demandante.

Cordialmente,

Jorge Aguilar Villa
C. C. 19195099 y T.P. 47737

**SEÑORES
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CIVIL
BOGOTÁ**

Ref.: Radicado **11001310301020210014501**
Clase **RESTITUCIÓN INMUEBLE ARRENDADO**
Demandante **SCOTIABANK COLPATRIA**
Demandada **CLARA INÉS OROZCO ESTUPIÑAN**
M. Ponente **DRA. ADRIANA SAAVEDRA LOZADA**
Asunto **RECURSO DE APELACIÓN.**

JORGE AGUILAR VILLA, abogado identificado con la C. C. 19'195.099 de Bogotá y T. P. 47.737 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi condición reconocida en autos dentro del asunto de la referencia, doy cumplimiento a lo ordenado por su providencia del 9 de agosto de 2023 y notificada por Estado del 11 de los mismos mes y año, sustentando el recurso conforme a lo escrito en oficio entregado al Juzgado 10 Civil del Circuito de Bogotá, para lo cual me permito transcribirlo, reiterando la solicitud de que esa Sala revoque la totalidad de la providencia atacada y, en su reemplazo, dicte sentencia que declare probada las excepciones propuestas.

Las razones de la impugnación, expuestos de manera breve en escrito anterior, son:

Se presentaron, al contestar la demanda por parte del Litisconsorte, seis excepciones de fondo¹, que fueron desechadas así:

1. En cuanto a la inepta demanda, se presentó esta excepción por dos aspectos: **NO INCLUIR LA DEMANDA A TODAS LAS PERSONAS FIRMANTES DEL CONTRATO OBJETO DE LA DEMANDA y NO EXISTIR LA CAUSAL DE MORA EN EL PAGO.** En efecto, la primera pretensión de la demanda pide:

“Que se declare terminado el contrato de leasing habitacional celebrado el 31 de octubre de 2017, entre el **BANCO COLPATRIA MULTIBANCA COLPATRIA S. A.**, en su condición de arrendador, y **CLARA INÉS OROZCO ESTUPIÑAN**, en calidad de locataria, sobre el inmueble ubicado en la **Carrera 78 N° 11C – 21, Apartamento 808 y el uso exclusivo del parqueadero numero (sic) B-111 y deposito (sic) B-102, que hacen parte del conjunto residencial, bosques de Alsacia, Etapa II, propiedad horizontal de Bogotá D. C.**, identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. **50C-1963560**, por **FALTA DE PAGO** de los cánones pactados, a partir del mes de **NOVIEMBRE**

¹ La séptima era genérica.

DE 2020”.

a. Del texto transcrito, tomado tal cual de la demanda, tenemos que la misma sólo involucró a la señora CLARA INÉS OROZCO ESTUPIÑAN y no incluyó al señor ANDRÉS FELIPE LADINO OROZCO, el otro firmante del contrato de marras. Una vez advertido al Juzgado acerca de la necesidad de constituir el litisconsorcio necesario, se ordenó la notificación de la demanda al tercero no incluido en la demanda y se contestó traslado oportunamente proponiendo las excepciones que fueron desechadas en la sentencia impugnada, argumentando que al ser vinculado, por iniciativa del juzgado, el señor LADINO OROZCO como demandado, ya había quedado subsanada esa situación.

En primer lugar debo llamar la atención acerca de que el señor Ladino Orozco no fue llamado ni por iniciativa del juzgado ni como demandado. Su intervención se dio a que se interpuso recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda y se solicitó se notificase al señor LADINO como LITISCONSORTE NECESARIO que no es lo mismo que demandado. La condición de demandado se adquiere por acto de parte, correspondiendo al demandante vincularlo en la demanda.

b. En cuanto a que la parte demandante haya presentado en sus pretensiones, como lo afirma el señor juez en la sentencia basadas en que no se había pagado el canon de manera cumplida o completa², no es cierto. En la primera pretensión de la demanda, se lee que la causal invocada, además escrito en mayúscula fija y subrayado, que solicita la declaración de terminación del contratos suscrito por la CLARA INÉS OROZCO ESTUPIÑAN por **FALTA DE PAGO**.

2. Las excepciones 2 y 4 fueron desechadas por el señor juez afirmando que la prueba pericial se había decretado para que por ese medio se probase las consecuencias de la pandemia y que al no haberse presentado el experticio precitado la parte demandada no cumplió con el deber de probar de cuales fueron dichas consecuencias. Pero si se lee el acta de la audiencia del 17 de marzo de 2023, se encuentra que el juzgado decretó la prueba pericial y las testimoniales sin hacer limitación alguna por lo que era dable pensar que las mismas habían sido decretadas para probar lo que se había solicitado en la contestación de la demanda; es decir, para determinar la situación económica de mis representados durante el periodo que ha perdurado la Pandemia Covid-19, en cuanto se refiere al peritaje y el testigo FRANKLIN LADINO LEYTON, para declarar acerca de la situación laboral y financiera de los notificados en este proceso.

² Minuto 43:16 de la Audiencia.

Es decir, que ambas pruebas estaban encaminadas a demostrar la situación económica de los demandados, sin limitación alguna diferente a los objetivos propuestos en la solicitud de pruebas. Pero, al momento de la declaración del señor LADINO LEYTON, el señor juez no permitió preguntas acerca de la situación de la sociedad GLOBAL ONE TRADING S. A. S. a la cual está vinculado el litisconsorte necesario como socio y. de contera, sin fundamento distinto al parentesco del testigo con la demandada y litisconsorte necesario, desechó su testimonio.

Además, desechó el Juzgado lo dicho por la demandada y el litisconsorte necesario simplemente por el interés en las resultas del proceso. De hacer carrera esta tesis, ya no tendría razón de ser tener como pruebas ni el interrogatorio de parte ni el testimonio de quien se pueda tachar de sospechoso; para desechar estas versiones se hace necesario demostrar que mintieron y porqué mintieron.

3. Al rechazar la tercera excepción, el juzgado aduce que el no pago de la obligación genera la consecuencia de la terminación del contrato que la genera, pero, nuevamente, desconoce que ese hecho debe ser alegado en la demanda para efectos de la congruencia de que trata el artículo 281 del código General del Proceso.
4. Finalmente, las excepciones Quinta y Sexta ni siquiera fueron objeto de pronunciamiento alguno.

Por lo anteriormente manifestado, ruego al señor Juez se sirva enviar el expediente a la Sala civil del Tribunal Superior de Bogotá, conforme lo dispone la parte final del inciso primero del artículo 324 del Código General del Proceso.

De otro lado y con fundamento en lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 327 del Código General del Proceso, ruego se ordene la recepción del testimonio del señor FRANKLIN ANTONIO LADINO LEYTON, ya que esta prueba no pudo concluirse ante la decisión del señor A-Quo. En tal razón, la prueba en comento fue decretada en primera instancia y no se pudo practicar en su totalidad sin que en ello hubiese intervenido la voluntad de este extremo procesal.

Del señor Juez, atentamente.



JORGE AGUILAR VILLA
C.C. 19195099 Y T.P. 47737
CELULAR: 312 510 23 35

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA SAAVEDRA LOZADA RV: SUSTENTACION RECURSO
1100131030-10-2022-00059-01 Dra. ADRIANA SAAVEDRA

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota
<secscatribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mié 16/08/2023 13:36

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

 1 archivos adjuntos (405 KB)

RECURSO APELACION ALEX TRIBUNAL .pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA SAAVEDRA LOZADA

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: secscatribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

De: Secretaria Sala Civil Tribunal Superior -Seccional Bogota <secscatribupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: miércoles, 16 de agosto de 2023 9:59

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota <secscatribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: johndairoquirogabogados@hotmail.com <johndairoquirogabogados@hotmail.com>

Asunto: RV: SUSTENTACION RECURSO 1100131030-10-2022-00059-01 Dra. ADRIANA SAAVEDRA

Cordial saludo,

Se remite por competencia a OSCAR CELIS FERREIRA - SECRETARIO JUDICIAL DE LA SALA CIVIL,
cualquier inquietud sobre su proceso debe dirigirla al correo
secscatribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

LAURA MELISSA AVELLANEDA MALAGON
Secretaria Administrativa de la Sala Civil
Tribunal Superior de Bogotá
PBX 6013532666 Ext. 8378
Línea gratuita nacional 018000110194
secscatribupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co
Avenida Calle 24A No. 53-28, Of. 305 C
Bogotá D.C.

De: john dairo quiroga espitia <johndairoquirogabogados@hotmail.com>

Enviado: miércoles, 16 de agosto de 2023 9:52

Para: Secretaria Sala Civil Tribunal Superior -Seccional Bogota <secscatribupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: SUSTENTACION RECURSO 1100131030-10-2022-00059-01 Dra. ADRIANA SAAVEDRA

Buenos días, REMITE apoderado del señor JOSE ALEXANDER MORENO JIMENEZ dentro del proceso de PERTENENCIA Radicado 11001310301020220005901, JUZGADO 10 CIVIL CIRCUITO DE BOGOTA, escrito de sustentación del recurso de apelación, conforme a los ordenado por el Despacho de la Mag. ponente Dra. ADRIANA SAAVEDRA LOZADA, mediante auto del 9 de agosto de 2023, mil gracias.

Atentamente,

JOHN DAIRO QUIROGA ESPITIA

C.C. No. 19,477.732 de Bogota

T.P. No. 55.712 del C.S.J.

Cel. 3158772444

Correo: johndairoquirogabogados@hotmail.com

JOHN DAIRO QUIROGA ESPITIA

Abogado

Honorable:

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO J. DE BOGOTA- SALA CIVIL-

Magistrada Ponente

Dra. ADRIANA SAAVEDRA LOZADA

E.

S.

D.

Ref. PERTENENCIA DE JOSE ALEXANDER MORENO JIMENEZ contra
LUZ AMARA ACOSTA MANCERA No. 11001310301020220005901
JUZGADO DECIMO (10°) DEL CIRCUITO DE BOGOTA

JOHN DAIRO QUIROGA ESPITIA, en mi condición de apoderado judicial de la parte actora, ME PERMITO MANIFESTAR AL DESPACHO QUE SUSTENTO EL RECURSO DE APELACION RESPECTO DEL auto adiado en marzo 6 de 2023, por el cual se DECRETA NEGAR LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA EN VIRTUD DE LA DE SENTENCIA ANTICIPADA, conforme al auto del 9 de agosto de 2023, proferido por su despacho, así:

ALCANCE DEL RECURSO;

Se revoque en su totalidad el Auto atacado por carecer de fundamento jurídico y ser violatorio de los derechos legales, procesales y constitucionales del actor,

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

PRIMERO: El despacho de conocimiento soporta su decisión de NEGAR LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA en el supuesto de FALTA DE LEGITIMACION DEL DEMANDANTE, derivada del derecho de dominio en cabeza del actor.

Igualmente, manifiesta que de aceptar las pretensiones de la demanda seria como declarar dueño a quien ya lo es.

Como también fundamenta que la PASIVA carece de legitimación porque no es titular de derechos reales de dominio sobre el predio a usucapir.

SEGUNDO: Es importante resaltar, que si bien es cierto que el señor ALEXANDER MORENO JIMENEZ aparece como propietario de dominio

CARRERA 10 No. 24-76 oficina 203 Bogotá, Cel. 3158772444

Correo: johndairoquirogabogados@hotmail.com

JOHN DAIRO QUIROGA ESPITIA

Abogado

inscrito, un mucho más cierto que el mencionado predio, en virtud de la sentencia de CESACION DE LOS EFECTOS CIVILES DEL MATRIMONIO CATOLICO, entre LOS ACA DEMANDANTE Y DEMANDADA, quedando la sociedad conyugal DISUELTA Y EN ESTADO DE LIQUIDACION, el ACTIVO SOCIAL, conformado por el apartamento materia del proceso de pertenencia ya que se adquirió en vigencia de la sociedad conyugal, ya no sería DE PROPIEDAD del señor JOSE ALEXANDER MORENO, sino QUE PASARIA COMO BIEN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL, la que nació jurídicamente con la sentencia de CESACION DE EFECTOS CIVILES.

TERCERO: Siendo por esto, es que no tiene asidero el planteamiento del despacho para DICTAR SENTENCIA ANTICIPADA POR FALTA DE LEGITIMIDAD POR ACTIVA, y negar las PRETENSIONES DE LA DEMANDA, ya que el demandante si está legitimado, toda vez que el bien inmueble al pasar a ser UN ACTIVO SOCIAL, ya no se encontraría la titularidad del dominio en cabeza de los propietarios inscritos, sino habiendo sido de propiedad de la SOCIEDAD CONYUGAL, obviamente sería a la socia contra quien se dirigiera la demanda, socia que fue precisamente quien abandono el inmueble desde hace más de 20 años, y si por el contrario el señor JOSE ALEXANDER MORENO JIMENEZ quien ha venido ejerciendo actos de posesión y dueño desde hace más de 20 años, y no reconocer a nadie como codueño y/o coposeedor.

Bien, lo ha manifestado la Corte, en el sentido de determinar que quien detenta un título y es propietario inscrito, estaría legitimado para demandar la acción de pertenencia ordinaria o extraordinaria, dependiendo de las circunstancias de hecho, y procurar sentencia que pueda sanear cualquier duda o vicio sobre el derecho que ejerce sobre el inmueble a usucapir, y evitar toda amenaza y posibilidad de terceros sobre el mismo inmueble.

La Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, mediante sentencia del 22 de Agosto de 2006, Mag. Ponente, Dr. EDGARDO VILLAMIL PORTILLA, Radicado 25843 3103 001 2000 00081 01, determino sobre la viabilidad del propietario inscrito, a efectos de sanear eventuales vicios del título de adquisición,

“Siendo la usucapición ordinaria o extraordinaria, el medio más adecuado para sanear los títulos sobre inmuebles, nada se opone a que el dueño de un predio, quien tiene sobre el título de dominio debidamente registrado, demande luego para que se haga en su favor la declaración de

CARRERA 10 No. 24-76 oficina 203 Bogotá, Cel. 3158772444

Correo: johndairoquirogabogados@hotmail.com

JOHN DAIRO QUIROGA ESPITIA

Abogado

pertenencia sobre el bien respectivo, pues logrando sentencia favorable no solo afirma con solidez su título de dominio, obteniendo la mejor prueba que de él existe, sino que así alcanza la limpieza de los posibles vicios de que su primitivo título ostentara y termina con las expectativas y con los derechos que los terceros tuvieran sobre el mismo bien”

Esta posibilidad de legitimación por activa para la demanda de pertenencia, aunque no está expresamente consagrada en el artículo 407 del C.P.C se infiere luego de integrar diversa normas que regulan de manera especial algunos aspectos relacionados con la pertenencia, así pues, el decreto 508 de 1974 en su artículo 8 consagra la posibilidad de dirigir la demanda contra persona indeterminada, asimismo, la ley 9 de 1989 y 388 de 1997 consagran la “legalización de títulos” por camino de la prescripción.

Teniendo en cuenta que la demanda de prescripción adquisitiva de dominio debe dirigirse contra el titular de derecho de dominio que aparezca registrado, resultaría absurdo que el demandante dirigiera la demanda contra sí mismo, por ser precisamente el propietario registrado, entonces, es por ello que en este caso la demanda debe ir dirigida contra de personas indeterminadas, la utilidad práctica para esta clase de procesos es que permite al propietario que tenga alguna duda o sombra respecto a la manera como adquirió el bien, “limpiar” su título y de esa manera puede precaver futuros litigios que ataquen su derecho de dominio.

.....

Que el propietario pueda pedir la declaración de pertenencia hace que su incertidumbre desaparezca, “poniendo fin a las expectativas que terceros pudieran tener sobre el mismo bien, dado que, que su cualquier persona creyere tener un mejor derecho, mediante el emplazamiento efectuado podría conocer de las pretensiones y concurrir al proceso a hacer valer sus reclamos”, todo lo anterior, por cuanto el nuevo título de adquisición sería la sentencia de declaración de pertenencia que es el título más sano, con el que no queda manto de duda sobre la propiedad”.

Siendo con esta jurisprudencia, entre otras, que se estaría desvirtuando el dicho del Juzgado de conocimiento, en el sentido de soportar su decisión en la falta de legitimación del DEMANDANTE, MANIFIESTANDO QUE ESTE PROCESO SERIA DECLARAR COMO DUEÑO A QUIEN YA LO ES.

CARRERA 10 No. 24-76 oficina 203 Bogotá, Cel. 3158772444

Correo: johndairoquirogabogados@hotmail.com

JOHN DAIRO QUIROGA ESPITIA

Abogado

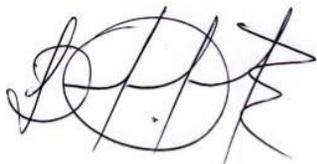
CUARTO: Siendo por lo anterior, que igualmente la demandada esta legitimada por PASIVA, en calidad de socia de la sociedad conyugal, sin que lo anterior implique el reconocimiento del dominio a la ex cónyuge, sino como quien fuera un miembro de la sociedad conyugal, igualmente se desvirtúa en el sentido, que si bien esta No es titular de dominio, bien está legitimada por su condición de socia.

Adicionalmente en el potísimo caso de no ser de recibo esta argumentación, bien se desprende que la demanda estaría dirigida IGUALMENTE contra INDETERMINADOS, como que si bien, esta no fuera LEGITIMADA EN LA CAUSA POR PASIVA, bien esta la facultad consagrada en el art. 93 del C.G.P., de corregir, aclarar o reformar la demanda, y excluirla como parte, pero nunca debió violentarse el derecho legal y procesal del ACCIONANTE a demandar la declaratoria de pertenencia so pretexto de falta de legitimidad activa o pasiva.

QUINTO: Concluyo, manifestando que carece de fundamento, lo expuesto por el Juzgado, en cuanto que el titular de dominio inscrito NO pueda iniciar proceso de pertenencia sobre su propio predio, ya que la reiterada Jurisprudencia en este sentido ha manifestado que se puede hacer esta clase de pertenencia, y así sanear cualquier posible vicio que el demandante crea que su título pueda llegar a tener, y cubrir su propiedad de terceros, o de futuros litigios.

Razones suficientes para que esta Honorable sala, revoque la decisión atacada y en su lugar orden la continuación del trámite procesal.

De los Honorables Magistrados, atentamente,



JOHN DAIRO QUIROGA ESPITIA

C.C. No. 19,477.732 de Bogotá

T.P. No. 55.712 del C.S.J.

Cel. 3158772444

CARRERA 10 No. 24-76 oficina 203 Bogotá, Cel. 3158772444

Correo: johndairoquirogabogados@hotmail.com