

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA SAAVEDRA LOZADA RV: M.P. Dra Adriana Saavedra Lozada / Acción de Protección al Consumidor de Roberto Pérez contra Axa Colpatria Seguros S.A y Axa Colpatria Seguros de Vida S.A./

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.

<secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mié 01/11/2023 14:53

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

 1 archivos adjuntos (222 KB)

45. Sustentación apelación Roberto Pérez.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: Pabon Abogados <pabonabogados@gmail.com>

Enviado: miércoles, 1 de noviembre de 2023 14:46

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Rafael Ariza V <rafaelariza@arizaygomez.com>; Dependiente Pabon Abogados <dependientepabonabogados@gmail.com>; Area Juridica <juridicapabonabogados@gmail.com>

Asunto: M.P. Dra Adriana Saavedra Lozada / Acción de Protección al Consumidor de Roberto Pérez contra Axa Colpatria Seguros S.A y Axa Colpatria Seguros de Vida S.A./ Radicado 11001319900320220014801 / Sustentación apelación

Respetados doctores,

Con el fin de que obre en el expediente, adjunto remito memorial.

Atentamente,

María Alejandra Maya Chaves

Pabón Abogados

Carrera 18 No. 78-40 Oficina 401

Tel 57 (1) 621 8265

Bogotá - Colombia

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA CIVIL

secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

Proceso: Acción de protección al consumidor
Demandante: Roberto Pérez Azuero
Demandado: Axa Colpatria Seguros S.A.
Radicado: 11001319900320220014801
Asunto: Sustentación apelación

MARÍA ALEJANDRA MAYA CHAVES, identificada como aparece al pie de mi firma, actuando en calidad de abogada por amparo de pobreza del señor **ROBERTO PÉREZ AZUERO** me dirijo respetuosamente a Ustedes y dentro de la oportunidad prevista para el efecto, me permito indicar que, con el fin de sustentar el recurso de apelación, reitero los argumentos expuestos en primera instancia, así como lo manifestado por el señor Pérez Azuero en su escrito de fecha 29 de septiembre de 2023, en los siguientes términos:

I. PETICIÓN

Solicito respetuosamente a los señores Magistrados revocar los numerales primero a cuarto de la sentencia de primera instancia y en su lugar, condenar a AXA Colpatria Seguros S.A. y Axa Colpatria Seguros de Vida S.A. conforme a las pretensiones formuladas en la demanda.

II. SÍNTESIS DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

La Delegatura declaró probada la excepción de “*prescripción extraordinaria de las acciones derivadas de los contratos de seguro*”

expedidos por Axa Colpatria Seguros de Vida S.A.” y “prescripción extraordinaria de las acciones derivadas de los contratos de seguro expedidos por Axa Colpatria Seguros S.A. en los cuales es asegurado el Sr. Pérez” y negó las excepciones propuestas por la pasiva de “prescripción de la acción de protección al consumidor financiero”, “prescripción ordinaria de las acciones derivadas de los contratos de seguro expedidos por Axa Colpatria Seguros de Vida S.A.” y “prescripción ordinaria de las acciones derivadas de los contratos de seguro expedidos por Axa Colpatria Seguros S.A.”, negando, en consecuencia, las pretensiones de la demanda.

III. FUNDAMENTOS

Me permito, en primer lugar, reiterar lo manifestado por mi mandante en su memorial de fecha 29 de septiembre de 2023 que corresponde a un pronunciamiento en general sobre la sentencia en primera instancia y posteriormente, realizaré un pronunciamiento puntual sobre cada uno de los reparos formulados en el recurso:

En términos generales, solicita el actor que se haga respetar la garantía para lograr la efectiva y concreta protección para salvaguardar los derechos fundamentales de manera inmediata con la misma o superioridad eficacia y eficiencia para que sean protectores en los mismos términos que una acción de tutela (sentencia T-414/92 reiterada por la sentencia SU-961/99). De no ser así, se estaría haciendo simplemente una burda y mecánica exegesis de la norma, en abierta contradicción con los principios vigentes en materia de efectividad de los derechos y con desconocimiento absoluto del querer expreso del Constituyente. Debe prevalecer la celeridad del procedimiento constitucional para evitar el abuso en situaciones de subordinación o indefensión, que en algunas ocasiones pasa inadvertido en

un juicio estricto de legalidad a pesar de su complejidad técnica, costos o tiempos de espera a los que el actor ha sido sometido.

Manifiesta mi mandante que es procedente solicitar que se cumpla con las Sentencias C-520/09 y C-269/98 de declarar sin valor la sentencia o las acciones realizadas por el Juez, es una obligación que la Delegatura de Funciones Jurisdiccionales dicte un nuevo fallo o acción ajustado a la Ley y reemplazando a las acciones realizadas por las que en Derecho corresponden ya que se ha cumplido con el Derecho a la Defensa y al Debido Proceso de la entidad demandada, aceptando la totalidad de las Pretensiones presentadas indexadas a la fecha de la nueva sentencia, los intereses, el pago de los Perjuicios Morales, el reconocimiento patrimonial por la vulneración de cada Derecho y la Reparación de los Daños causados.

En razón a que las consideraciones expuestas en la Sentencia del Honorable Tribunal Superior en las Acciones de Protección al Consumidor presentadas en la Delegatura de Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia son muy similares, casi idénticas, en las actuaciones en los procesos contra SBS Seguros, Scotiabank Colpatria, AXA Seguros Colpatria y AXA Seguros de Vida Colpatria, habría lugar a revocar las Providencias Judiciales emitidas por la Delegatura de Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia teniendo en cuenta las consideraciones de la Sentencia del Honorable Tribunal con Radicado No. 003 2022 01390 02 del diecisiete (17) de agosto de dos mil veintitrés (2023), Magistrada Ponente MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA, quien emitió su providencia en el Asunto: Proceso Verbal (Acción de Protección al Consumidor) promovido por el señor Roberto Pérez Azuero contra Banco GNB Sudameris.

En la sentencia de la Honorable Magistrada del Tribunal Superior manifestó que “El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos en la ley”.

Dentro de los argumentos expresados por las entidades demandadas en la contestación de la demanda, hacen referencia a la “Prescripción y Caducidad”, una “conciliación”, “la cosa juzgada”, “que no ha sido declarado incapaz o interdicto por un juez de familia”, “el cobro de lo no debido” y “el enriquecimiento sin justa causa” entre las excepciones principales.

Antes de hacer referencia a las inconstitucionales excepciones de las aseguradoras AXA Colpatria y consideraciones de la Sentencia en Primera Instancia, es de recibo solicitar al despacho y a la Constitución Política como la norma de normas con la primera posición en la jerarquía del ordenamiento jurídico. Los tratados referentes a derechos humanos ratificados y adoptados por Colombia que hacen parte del bloque de constitucionalidad, tienen carácter y fuerza constitucional. Todas las entidades tanto del sector público como del sector privado están obligadas a regirse por la Constitución y a adoptarla en su totalidad. Todas las normas y jurisprudencia deben desarrollarse conforme a la Constitución so pena de una Acción de inconstitucionalidad con profundos Actos de Discriminación. Por lo tanto, todas las entidades, tanto del sector público como del sector privado, están obligadas a regirse por la Constitución y a adoptarla en su totalidad.

El Estado colombiano es parte integrante del bloque de constitucionalidad stricto sensu, "el cual obedece a aquellos principios y normas que han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato expreso de la Carta, por lo que estas adquieren rango constitucional. La discapacidad es principalmente un problema de discriminación y estigmatización. Dichos Tratados, la Constitución y las Leyes Estatutarias tienen jerarquía constitucional y priman sobre las demás normas del ordenamiento interno generando obligaciones para el Estado y la Sociedad en General. La categoría superior, el carácter prevalente, preeminencia, superioridad o supremacía de los tratados y convenios internacionales en nuestro orden jurídico interno se establece al contener derechos fundamentales de los ciudadanos sobre las demás leyes consideradas de inferior jerarquía

La defensa y la protección de los derechos constitucionales y, entre ellos, los fundamentales no se consideran exclusivamente frente al poder estatal, sino frente a todo poder existente en la sociedad. El Estado, como lo manda el artículo 2 de la Constitución, asume la función de garante de los derechos constitucionales de las personas, de manera que tiene la carga de establecer mecanismos dirigidos a asegurar que sus propios órganos respeten los derechos constitucionales (función liberal, si se quiere), lograr la protección frente a las actuaciones de los particulares y generar condiciones de su promoción.

La Corte Constitucional determina que las Sentencias Judiciales deben ser decretadas cumplimiento con el primer insumo para tomar de decisiones o decretar sentencias en Derecho para que la Persona con Discapacidad pueda expresar su parecer frente a la situación, su opinión, su criterio, su voluntad, sus deseos, tenerlo en cuenta y dando

preponderancia a lo que expresa y que la decisión sea consecuente con sus preferencias expresados en dicho contacto o de lo contrario se estaría a atentado contra mis derechos y generado una situación de victimización, ya demostrada por la Superintendencia Financiera de Colombia al negar este Derecho Constitucional e Internacional. Dicha disposición está establecida en los Instrumentos Internacionales para que una Persona con Discapacidad pueda recurrir a los apoyos, ayudas, la toma de sus propias decisiones y aportes en el desarrollo procesal respetando mi capacidad jurídica y legal, cuya negativa fortalece y favorece la posición contraria al impedir que una Persona de Especial Protección Constitucional sea considerado Sujeto Procesal.

Obligaron a mi mandante a asumir las cargas procesales que se deben fijar para asegurar la vigencia de sus derechos de las personas, la seguridad jurídica, la finalidad de los procesos y la racionalidad del aparato judicial. No es constitucional que el ciudadano soporte cargas excesivas que pongan en riesgo la plena vigencia de sus derechos. Las cargas procesales pueden alejar al ciudadano de sus garantías injustificadamente. La Corte Constitucional ha dispuesto que, si la persona se encuentra en condición de discapacidad superior al 50%, existe un mayor riesgo de vulnerar sus derechos fundamentales. Un análisis riguroso de las sentencias evidencia que ser sujeto de especial protección constitucional es una condición muy importante para la toma de una decisión y decretar una sentencia, situación que no se reflejó en las Providencias Judiciales emitidas por la Delegatura.

Si bien el legislador en principio goza de autonomía legislativa en estos asuntos, su libertad no puede ser absoluta ni convertirse en pura arbitrariedad. Contra a lo dispuesto en la Constitución y en los pertinentes ordenamientos legales, he quedado en absoluta indefensión frente a las

determinaciones de los administradores de justicia, ejerciendo la ruptura grave de la imparcialidad y distorsión en el fallo que no plasma un dictado de justicia, sino la quebranta. Estas situaciones se presentan habitualmente contra las personas en estado de indefensión, incapacidad, discapacidad y los Sujetos de Especial Protección Constitucional.

Bien lo expresa la Aclaración de Voto de la Sentencia T-114/07 que se debe valorar la actuación del funcionario judicial o público para determinar si la actuación es atribuible a una equivocación producto de la ignorancia o la mala fe del funcionario judicial o administrativo al emitir sentencias o tomar decisiones correctas desde el punto de vista formal, pero basadas en una lógica ajena al ideario de protección de los derechos fundamentales sin considerar la unificación de criterios para evitar errores burdos o arbitrariedades en las decisiones judiciales o administrativas. La Vía de Hecho es un juicio de valor sobre la actuación del funcionario judicial, público o administrativo para la aplicación de postulados constitucionales que, al no considerarlos, se demuestra que son acciones deliberadas, malintencionadas y discriminatorias por razones de Discapacidad.

Es importante traer a colación al Honorable Tribunal sobre la inconstitucionalidad, la Nulidad de las actuaciones judiciales, administrativas de las entidades del sector Público, Privado, la Nulidad y el Restablecimiento del Derecho por las actuaciones contra las Personas con Discapacidad sobre los casos que demuestran la “arbitrariedad de los agentes estatales, tomando decisiones, emitiendo sentencias o condenas injustas, que contraría la búsqueda de la verdad, sobre la base de lo actuado”.

Los administradores de Justicia aplicaron sistemas estructurados, rígidos y formales, manteniendo el statu- quo el mayor tiempo posible en sus cómodas conductas omisivas que el estatuto procesal repudia. La aparente legalidad se sustenta en normas vejatorias, leoninas, desventajosas, excesivas, abusivas, sin tener en cuenta lo ostensible, importante, relevante, justificado ni el equilibrio procesal en la búsqueda de la verdad que contraría las garantías constitucionales que ha defendido la Corte ante la vulneración de derechos, el perjuicio irremediable y su inmediatez, la afirmación de una inexistente Capacidad Jurídica y Legal para actuar contra las Personas con Discapacidad.

Las actuaciones de los funcionarios judiciales y del estado colombiano no obraron con el principio de igualdad, la inclusión social, el respeto de los Derechos con los Actos de Discriminación que conllevan. La ignorancia, indiferencia, desidia, prejuicios, negligencia y la lástima, vergüenza o incomodidad que genera el encuentro con personas diferentes son una burda burla a la legislación vigente de un Estado Parte como me ha sido demostrado durante estos años tediosos, absurdos, inútiles e infructuosos.

La oposición y resistencia se relaciona por la falta de reconocimiento de los Tratados Internacionales que conforman el Bloque de Constitucionalidad, las disposiciones de las Altas Cortes y la inexistente aplicación de principios y leyes sobre Derechos Humanos. La vulneración de las garantías constitucionales del debido proceso, de defensa y el acceso a la administración de justicia, se demuestra con su negativa a aceptar los cambios, las transformaciones, las modificaciones, la aplicación de principios y leyes que les son desconocidas constitutivo de los paradigmas prejuiciosos contra las Personas con Discapacidad. Sus

respuestas y actuaciones no responden a criterios de razonabilidad, proporcionalidad, la buena fe, un equilibrio significativo de los derechos.

Existen múltiples providencias donde se establece que “a los órganos jurisdiccionales no les está permitido desentenderse de la investigación oficiosa con el fin de llegar a la verdad material frente a los intereses en pugna, asumiendo cómodas actitudes omisivas, puestas al servicio de una desapacible neutralidad funcional que el estatuto procesal en vigencia repudia, que por fuerza de las circunstancias rodean el caso, llegare a hacerse patente que decretando pruebas de oficio puede el Administrador de Justicia, mediante la práctica de las respectivas diligencias y aún a pesar de que hacerlo implique suplir vacíos atribuibles al descuido de las partes, lograr que en definitiva resplandezca la verdad y por lo mismo, impere en la sentencia un inequívoco designio de justicia”. “En búsqueda de la llamada verdad real, el funcionario pasa de simple espectador del debate a convertirse en su director con plenos poderes, respetando las reglas aplicables fijadas por el legislador”

Las Entidades del Sistema Financiero deben garantizar que sus deudas por todas las líneas de crédito que haya utilizado no afecten el patrimonio familiar ni de sus codeudores al sobrevenir fallecimiento o incapacidad permanente por tener incidencia frente a derechos fundamentales y han de precaver su afectación, en lo pertinente para todos sus usuarios cuyo quebrantamiento puede generar consecuencias catastróficas para la economía de un país. (Sentencia T-1018/10, T-738/11 y T-662/13). Cuando las entidades del sistema financiero deciden no pagar los saldos insolutos de las deudas deben contar con suficiente fundamento jurídico especialmente en aquellos eventos en que incida en el ejercicio y goce

de los derechos fundamentales de los Sujetos de Especial Protección Constitucional (Sentencia T-662/13).

La Corte ha manifestado su inconformidad con la actuación de las entidades del Sistema Financiero al encontrar probado el perjuicio irremediable y su inmediatez y sostuvo que se (...) evidencia una vez más la utilización de la posición dominante basados en contratos amparados en la aparente legalidad de la literalidad de las cláusulas de los documentos. Es un comportamiento que no permite que el administrador de justicia decida el asunto sin aplicar las condiciones de igualdad, teniendo en cuenta la diferencia frente a los demás seres humanos.

La Corte establece que las entidades que prestan o ejercen actividades financieras son consideradas prestadoras de un servicio público por estar relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público y es una manifestación de servicio público que involucra una actividad de interés público de acuerdo con el artículo 355 Constitucional. Así las cosas, las actividades del Sistema Financiero son esencialmente actividades de interés público, razón por la cual, su control y vigilancia se intensifican de acuerdo con las diversas sentencias que regulan las relaciones comerciales entre las entidades del Sistema Financiero y las Personas con Discapacidad (T-414/92, T-427/92, SU-961/99, T-826/04, T-608/07, T-211/09, T-651/09, T-1018/10, T-658/11, T-738/11, T-113/13, T-136/13, T-662/13 y T-865/14). Sus gestiones implican un voto de confianza por parte de los ciudadanos "cuyo quebrantamiento puede generar consecuencias catastróficas para la economía de un país". Los ciudadanos confían en que cuando depositan su dinero en el banco, este será devuelto cuando así lo requieran. Lo mismo sucede cuando una persona contrata una póliza de seguro y confía en que con el pago de la prima mensual, la aseguradora las hará efectivas cuando ocurra el siniestro. (Sentencia T-662/13 y T-136/13).

En la presentación personal de las Acciones de Protección al consumidor financiero, se hizo referencia a diversas sentencias de la Corte que tienen íntima relación con la Prescripción, Caducidad, Vencimiento de Términos, la Falta de Competencia, el Traslado a otras Entidades del Estado o a Particulares y otras figuras similares que en nada pueden afectar los Derechos Fundamentales o que el peticionario quede imposibilitado a solicitar una nueva petición a la administración de justicia cuando considere que la vulneración se presenta ante la negativa del Estado y la Sociedad.

En dichas sentencias se encuentra que solo es aplicable la prescripción ordinaria pues la extraordinaria implica consecuencias negativas en el goce de derechos fundamentales de sujetos de especial protección que no fueron negligentes, sino que se encontraban en imposibilidad de presentar su reclamación. En ese sentido, frente al común de los casos, la seguridad jurídica se impondrá y deberá ceder ante su clara e intensa afectación y vulneración de los derechos fundamentales. La prescripción ordinaria cumple con dos propósitos fundamentales. Por un lado, proteger los intereses de aquellos que por su condición o por otras circunstancias no pudieron conocer razonablemente los hechos que dan base a la acción y, por otra parte, garantizar la seguridad jurídica al establecer un tiempo máximo para ejercer el derecho transcurrido el cual, se pierde. Se cumple con estos objetivos especialmente en el caso de personas en condición de invalidez que carecen de recursos económicos que dan base para la presentación de la acción. Precisamente, su término comienza a correr desde el momento en que la persona razonablemente tuvo conocimiento de los hechos que dan base a la acción; es decir, desde que el experto médico informa al paciente su grado de incapacidad y la fecha de estructuración (Siniestro).

Lo mismo no ocurre al aplicar la prescripción extraordinaria a situaciones que involucran elementos fácticos con esas características. Si bien en el común de los casos esta regla es razonable, en los eventos que incluyen sujetos en condición de invalidez y que requieren el certificado médico para probar su incapacidad, es desproporcionado. Por lo tanto, la Corte Constitucional resolvió inaplicar el artículo 1081 del Código de Comercio específicamente el fenómeno de la prescripción extintiva extraordinaria en diversas sentencias como, por ejemplo, la T-662/13. En el común de los casos, es constitucionalmente legítimo el hecho de que a pesar de no conocer los hechos que dan base a la acción, exista un término que ponga fin a las discusiones que puedan surgir de un contrato, de tal manera que se fortalezca la seguridad jurídica. Ello explica que el Legislador haya creado la figura de la prescripción extraordinaria como un medio para que la definición de las situaciones envueltas en un contrato de seguro no se prolongue indefinidamente, pues generaría incertidumbre en la relación contractual y en toda la sociedad. No basta con tener un derecho si su titular no lo ejerce dentro de un término razonable

Pese a ello, la utilización de la prescripción es un argumento desproporcionado para los sujetos de protección constitucional cuando se ha declarado la invalidez y la persona se encuentra en imposibilidad de ejercer sus derechos. En los contratos de seguro de vida, la póliza se hace efectiva si se constatan dos situaciones. En primer lugar, la muerte del asegurado, o en segundo lugar, la pérdida de capacidad laboral en un porcentaje superior al 50% certificada por la Junta Regional de Invalidez y cuál fue la fecha de su estructuración o siniestro pues solo desde allí se sabe con certeza cuando, en principio, debería comenzar a correr los términos de prescripción tanto ordinaria como extraordinaria. Estos tres

requisitos deben ser certificados mediante un experto técnico denominado Junta Regional de Calificación de Invalidez.

Aplicar literalmente la prescripción extraordinaria, sería negar el derecho de esas personas cuando sienta las dificultades en su diario vivir y está debidamente demostrado que padece de una pérdida de más del 50% de capacidad laboral equivalente al Grado de la Invalidez, certificado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, como ente encargado de certificar los anteriores supuestos. Una vez emitido el concepto de la Junta.

La Sentencia T-463/12 confirma la Constitucionalidad del hecho de aceptar un extenso espacio de tiempo transcurrido entre el hecho que genera la vulneración, la presentación de la acción y recurrir a la Administración de Justicia bajo las circunstancias específicas de situación especial, declara que es un hecho desproporcionado adjudicarle la carga de acudir a un juez, ante el estado de indefensión, abandono, minoría de edad, incapacidad física, discapacidad entre otros, para salvaguardar los derechos fundamentales y evitar o incrementar el perjuicio irremediable y su inmediatez porque la vulneración es permanente en el tiempo, pese a que el hecho se originó por primera vez en épocas muy antiguos, respecto a la solicitud y la situación desfavorable del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual.

Un resumen de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la protección constitucional reforzada y de los instrumentos de derecho internacional desarrollados para la protección favorable de los derechos de las personas con discapacidad concluye que está a cargo del Estado, legislador, juez y administrador, un deber positivo de trato especial y preferente a favor de las personas discapacitadas. En distintas sentencias, ha indicado la necesidad de brindar un trato especial a las personas con

discapacidad y ha señalado que la omisión de ese trato especial puede constituir una medida discriminatoria. La no aplicación de la diferenciación positiva en el caso de las personas discapacitadas permite que la condición natural de desigualdad y desprotección en que se encuentran se perpetúe, situación que les impide participar e integrarse en las actividades sociales, para poder así ejercer sus derechos y responder por sus obligaciones. Por lo tanto, es un hecho desproporcionado tener que acudir a un juez por el estado de indefensión, abandono, incapacidad física, entre otros.

En tal sentido, la norma Constitucional y el Consejo de Estado utilizan dos tesis distintas que colisionan, el primero privilegia y garantiza los derechos fundamentales y el acceso a la administración de justicia y el segundo presenta una postura rígida en términos de meses sin mediar ningún fundamento y sin importar que se presenten situaciones ajenas al ciudadano que afectan su Capacidad Jurídica y Legal, imposibilitando el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del Derecho. La variedad de criterios que existen en el tema son una fuente de violación a los derechos fundamentales que se están presentando en todas las Ramas del Poder Público porque al no tener claros los términos y que valgan solo a favor de la administración, conlleva a la vulneración al debido proceso, acceso a la administración de justicia y a una falta a la seguridad jurídica.

El Consejo de Estado, modifica su posición para garantizar los Derechos Fundamentales, Humanos y de las Personas con Discapacidad, la seguridad jurídica en los procesos y la racionalidad del aparato judicial, determina que una demanda se deberá presentar dentro del término de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento, si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia

(Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto 68001233300020140048401 (59884), nov. 24/17) corrigiendo su postura inicial de la vulneración de Derechos.

La legislación colombiana aplica la extinción de las acciones o derechos y la sanción consagrada en la ley por el no ejercicio oportuno del derecho de acción al exceder los plazos preclusivos para acudir a la jurisdicción, como una Acción Discriminatoria contra quien no conoce los hechos o sus derechos para hacerlos valer, jurisprudencia corroborada en Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos en los que Colombia es un Estado Parte. La jurisprudencia nacional, expresada por la Corte Constitucional, prohíbe la aplicación de sanciones o castigos excesivos y desproporcionados. Dicha normatividad pasa de una sanción y se constituye en un castigo contra los Derechos de las personas con discapacidad orientado a causar daño físico, moral o a la salud a una persona protegida constitucionalmente por razones de discapacidad y demás actos de discriminación.

En el caso concreto, el término comienza a correr desde el momento en que la persona razonablemente tuvo conocimiento de los hechos y/o sus derechos para hacerlos valer que dan base a la acción. Está demostrado que los términos comenzaron en noviembre 12 de 2019 después de estudiar la Jurisprudencia Constitucional e Internacional, fueron suspendidos durante la emergencia sanitaria desde marzo 12 de 2020 hasta junio 30 de 2022, fecha en la cual se habían presentado las acciones (2022) por lo que los términos no tienen aplicación. Dicha afirmación está comprobada al conocer el Protocolo de Atención Inclusiva en el acceso a la justicia para Personas con Discapacidad expedido por el Ministerio de Justicia en 2019 y los Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad elaborado por

Procedimientos Especiales de Derechos Humanos de Naciones Unidas con la participación de su Alta Comisionada expedido en 2020.

Con relación a la que defino como “mal llamada” conciliación, la sentencia C-242/97 sobre la administración de justicia establece que los particulares administran justicia de manera transitoria, previa habilitación de las partes, actuando en calidad de Conciliadores: la conciliación es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, por el cual dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral llamado conciliador. El hecho que no existieran conflictos ni diferencias por solucionar, la Constitución le retira la competencia al conciliador (Fenalco) para intervenir y menos para administrar justicia.

Es incomprensible establecer bajo qué circunstancias obtuvieron la firma de mi mandante para otorgar poder a un abogado cuando no tenía el uso de sus facultades mentales, que dicha entidad reconoció conocer al apoderado. Su labor antes del trauma craneoencefálico era la intermediación de seguros y nunca tuvo conocimiento de la existencia del abogado o conoció su nombre. Las deudas amparadas por las pólizas expedidas por las aseguradoras AXA Seguros Colpatria y AXA Seguros de Vida Colpatria fueron canceladas con la práctica de lo no debido utilizando artificios, engaños, intimidación, amenazas y hostigamiento a la madre de mi mandante quien asumió los costos de los recursos de su vejez de mis padres. El crédito hipotecario adeudado a Scotiabank Colpatria se canceló en noviembre de 2002, las tarjetas de crédito Visa y Máster Carde expedidas por la misma entidad financiera se cancelaron en febrero de 2004, la tarjeta de crédito y los créditos de libre inversión adeudados al Banco GNB Sudameris en mayo de 2004 (Sentencia revocada por el

Tribunal) y el Seguro de Vida Individual había sido objetado en junio de 2003. El proceder del fantasmagórico apoderado, que supuestamente defendía sus intereses, los demás firmantes del documento y el documento elaborado por el Centro de Conciliación de Fenalco en junio 16 de 2004, mucho tiempo después a la cancelación de las deudas, no tenía fundamento jurídico porque no existía conflicto alguno ni razón para conciliar. Finalmente, mi mandante resultó siendo el perjudicado ya que no recibí los dineros sobre los bienes heredables ya que sus padres consideraron que los pagos realizados correspondían a una herencia anticipada y su voluntad fue respetada. Por lo tanto, las entidades demandadas no cumplieron con la garantía que sus deudas por todas las líneas de crédito utilizadas estuvieran amparadas al sobrevenir la incapacidad permanente, no contaban con el suficiente fundamento jurídico para objetar el pago de las indemnizaciones, afectaron su patrimonio e incidieron en el ejercicio y goce de los derechos fundamentales de un Sujeto de Especial Protección Constitucional (Sentencias T-1018/10, T-738/11 y T-662/13).

Al referirse a la cosa juzgada, no respetaron ni reconocieron las Sentencias C-520/09 y C-269/98 a las que ya se expresó las consideraciones al respecto.

El argumento que no había sido declarado incapaz o interdicto por un juez de familia es inconstitucional y discriminatorio desde 1968 por los Pactos Internacionales sobre Derechos Civiles, Políticos Económicos, Sociales y Culturales, ratificada en 2006 por la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) y finalmente reconocida con la ley 1996 de 2019 para garantizar el respeto del derecho a la capacidad jurídica y legal. Las personas con discapacidad no pueden depender de la apreciación que haga un tercero para que interviniera en sus

actuaciones. La interdicción tiene, como resultado final, la sustracción de la capacidad jurídica al negar la capacidad de ejercicio de la persona. La Corte Constitucional reconoció que modelos sustitutos de la voluntad como la interdicción son contrarios a parámetros establecidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y pueden resultar en la revictimización de las personas con discapacidad, se le priva de tomar sus propias decisiones sobre todos los aspectos de su vida (patrimoniales y negociales, procedimientos médicos, lugar de residencia, trabajo, educación, matrimonio, tener hijos, votar, y, por supuesto, actuar ante una autoridad judicial).

Por ello, el operador de justicia debe adoptar todos los apoyos que sean necesarios y que estén acordes con los diferentes momentos de la vida, considerar sus habilidades sociales y el desarrollo de juicio moral para tomar decisiones, antes de contemplar la posibilidad de recurrir a medidas como la interdicción judicial. En su lugar, proporcionar los apoyos para las decisiones que debe adoptar dependiendo de las condiciones particularidades de cada individuo y ofrecer distintas alternativas a la interdicción, la designación de un curador, en relación con la acción que desean proteger (por ejemplo, protección del patrimonio).

Finalmente se refirió al cobro de lo no debido y al enriquecimiento sin justa causa cuando fueron las aseguradoras quienes no reconocieron el pago de las indemnizaciones, promovió que las entidades bancarias continuaran cobrando los créditos por el incumplimiento de la garantía constitucional al sobrevenir la incapacidad total y permanente y solicitó la práctica de medidas cautelares contra un Patrimonio Inembargable cuya finalidad es dar estabilidad y seguridad para su sostenimiento y desarrollo, salvaguardando lo necesario para su supervivencia en condiciones de

dignidad, en caso de un eventual riesgo o situaciones críticas, crisis económicas por lo que el bien no puede ser retirado del dominio de su propietario o afectar los Derechos al Buen Nombre, Habeas Data y el Mínimo Vital entre otros.

El honor de las personas es el contenido esencial de los derechos que se pretende proteger; éste es el interés jurídico que ha merecido un reconocimiento en el ámbito del derecho fundamental, tanto en nuestro ordenamiento constitucional como en el internacional. Como Fundamento Constitucional se debe garantizar el derecho a la honra (Artículo 21) y desde el punto de vista Internacional se debe tener en cuenta el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ya que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada ni de ataques ilegales a su honra como a su reputación y la Persona tienen derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques. De igual manera, la Convención Americana de Derechos Humanos ratifica el Derecho a la protección de la Honra y el reconocimiento de su Dignidad y a la protección de la Ley contra esas injerencias o ataques.

Las injerencias arbitrarias contra la vida privada de mi mandante surgen al no poder tener recursos para mi propia subsistencia, no poder tener una Vida Digna y tener que vivir de la caridad ajena, contra su familia por tener que afectar su economía, incurrir en gastos para su subsistencia, sus necesidades básicas, cuidados médicos y los excesivos costos de una vivienda en el exterior, contra su domicilio por tener que vivir en el exilio al no poder tener acceso a la vivienda establecida contractualmente en el Contrato de Fiducia, contra su honra porque se está atentando contra la dignidad humana, su Mínimo Vital negar el Derecho a la Igualdad e impedir la inclusión social, contra su reputación por las barreras impuestas para la materialización de los derechos de una Persona con

Discapacidad, por la falta de credibilidad de los medios de prueba documentales, dar validez a medios de prueba falsos e impedir ser un Sujeto Procesal de acuerdo a la normatividad internacional y contra la protección de la Ley por tener que recurrir a un juez al no reconocer que la norma de normas ocupa la posición primera en la jerarquía del ordenamiento jurídico y que los tratados referentes a derechos humanos hacen parte del bloque de constitucionalidad no tienen carácter, fuerza constitucional ni son integrados en la legislación colombiana.

Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques. Cuando se considera que la negativa del Estado y la Sociedad desconoce sus derechos fundamentales, no implica que el peticionario queda imposibilitado para realizar una nueva petición a la administración de justicia. La ley 1437 de 2011 en el artículo 138 establece que "Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, se le restablezca el derecho y también podrá solicitar que se le repare el daño". Los perjuicios fueron causados por la negativa en reconocer las indemnizaciones que avaló la Sentencia de la Superintendencia.

La vulneración de Derechos se manifiesta cuando la Sentencia no considera la obligación de cumplir con las Reglas de Brasilia, pues en el contenido de los textos judiciales, notificaciones, requerimientos, consideraciones, resoluciones y sentencias se deben emplear términos, estructuras gramaticales con construcciones sintácticas simples, sencillas y comprensibles que respondan a las necesidades particulares de las personas con discapacidad, no obstante, su rigor técnico, evitando expresiones o elementos intimidatorios permanentemente utilizados como las concretas y específicas advertencias por intentar ser considerado

como un Sujeto Procesal en las diversas diligencias.

Teniendo en cuenta que el principio de la dignidad humana sobre el que se establece el Estado social de derecho que sirve de fundamento al derecho al mínimo vital, una persona no puede quedar con el riesgo a perecer y quedar inmersa ante la imposibilidad de asegurar autónomamente su propia subsistencia y someterla a vivir de la caridad ajena (Sentencias T-149/16, T-662/13, T-495/03, T-462/12, T-011/98, entre algunas de ellas) ya que se constituye el perjuicio irremediable y su inmediatez ante la imposibilidad de trabajar. Es importante recordar que muchos de los derechos y principios de la CDPD no tienen un carácter progresivo y son exigibles con un carácter inmediato, por lo que la implementación de ajustes razonables y sistemas de apoyo son vitales.

Ahora, procedo a pronunciarme sobre cada uno de los reparos:

1. Es improcedente aplicar el término de prescripción al presente caso, inclusive la extraordinaria

Aplicar el término de prescripción extraordinaria a personas en condición de invalidez sin capacidad económica que deben esperar la valoración de una Junta de Calificación para reclamar el pago de una póliza es razonable, pero, desproporcionado, tal como lo advierte la Corte Constitucional.

Al respecto, la Corte ha decidido en múltiples ocasiones inaplicar la prescripción extintiva extraordinaria en un contrato de seguro (artículo 1081 del Código de Comercio) cuando se vulneren los derechos fundamentales a la vida, la vivienda digna y al mínimo vital. Por lo tanto, cuando una

aseguradora se niega a pagar una póliza de seguro de vida por el riesgo de invalidez argumentando que las acciones derivadas se encuentran prescritas, tomando como referencia la fecha de estructuración de invalidez y no la fecha en que conoció la pérdida de la capacidad laboral, está vulnerando una serie de derechos fundamentales del asegurado.

Al respecto, el alto Tribunal ha indicado que en la jurisprudencia se han construido criterios para identificar cuándo las controversias surgidas en contratos de seguro adquieren relevancia constitucional (T-1091/05, T-642/07, T-490/09, T-832/10, T-1018/10, T-738/11, T-086/12 y T-136/13). Por ejemplo, si el interés no es exclusivamente patrimonial, la condición de discapacidad es superior al 50 %, se carece de recursos económicos suficientes para sufragar gastos o hay necesidad de un certificado médico experto que acredite el grado de incapacidad y fecha de estructuración de la invalidez (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva).

Asimismo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México en el *Protocolo de Actuación para quienes Imparten Justicia en Casos que Involucren Derechos de Personas con Discapacidad* en el año 2014, ha referido que la primera y tradicional acción deliberada de discriminación corresponde a decretar la prescripción de los hechos, los inexistentes ajustes y apoyos para la materialización de los Derechos de las Personas con Discapacidad; la presencia de conductas orientadas a la reproducción de estereotipos y a la exclusión como desventaja social frente a Personas naturales, Personas jurídicas como entidades del Estado en cualquier proceso judicial; en las actuaciones elevadas por las aseguradoras ha sido evidente el desconocimiento del marco normativo en materia de discapacidad por parte de los operadores de justicia, así

como la falta de capacidad para producir resultados o respuestas ante las violaciones de derechos; la negativa a recibir los casos a menos que se tenga una representación jurídica que ha sido negada por el simple hecho de tener una Discapacidad.

Ahora bien, la capacidad jurídica es la aptitud para ser titular de derechos y ejercerlos, comprende la capacidad de goce (aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones) y la capacidad de ejercicio (habilidad para poder obligarse por sí misma, sin la intervención o autorización de otra). En ese sentido, de manera errada se ha entendido que las personas con discapacidad, principalmente cognitiva o psicosocial, no pueden tomar decisiones jurídicamente relevantes y los sistemas jurídicos autorizan la sustitución de la capacidad jurídica y designan a una tercera persona para que tome decisiones. Sin embargo, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con discapacidad, en su Artículo 12, obliga a los Estados a modificar estos sistemas jurídicos que sustraen la capacidad jurídica de las personas, y establece que se debe pasar de un modelo de sustitución de la capacidad a uno de toma de decisiones con apoyo, centrado en la voluntad y preferencias de las personas con discapacidad y no en la apreciación que haga un tercero. Esta obligación también la establece la Ley Estatutaria 1618 de 2013 (Artículo 21). Tratado Internacional con fuerza constitucional y sobre Derechos Humanos.

Es por todo lo anterior que resulta improcedente aplicar el término de prescripción al presente caso, inclusive la extraordinaria.

2. Sobre el documento denominado “conciliación”

Al respecto, manifiesta mi mandante que para que los particulares actúen

en calidad de conciliadores, como un mecanismo alternativo de solución de conflicto, debe existir un conflicto. En este caso, al momento en que se surtió la supuesta "conciliación" no existía conflicto alguno, pues, fue elaborada cuando aún no existía conflicto, y en lo que ello refiere, es importante resaltar que la Constitución le había retirado la competencia al conciliador y no podía haber elaborado el documento. (Corte Constitucional. C- 242 de 1997), por lo tanto, el documento que busca la parte demandada allegar como prueba de una "supuesta conciliación" constituye una prueba inválida por cuanto dicho acuerdo es inexistente.

3. La equivocada valoración de la prueba – el actor no está en pleno uso de sus facultades mentales

La calificación de la Junta Regional de Invalidez emitida en abril de 2003 determinó una PCL del 73,20%, siendo el diagnóstico motivo de la Calificación las secuelas del trauma craneoencefálico ocurrido en junio 1 de 1996, las alteraciones de las funciones mentales por la disfunción (desarreglo o alteración en el funcionamiento) del hemisferio izquierdo del cerebro y daño del lóbulo temporal izquierdo (menor volumen) ocasionada por la retracción cortical (de la corteza del cerebro) malácica (blandura anormal) por el trauma ocasionado con la bola de golf.

Esta enfermedad es incurable y le impedirá al actor realizar de por vida labores remunerativas, pues, la calificación determina que existe Deficiencia del 40% (Calificación Máxima Posible del 50%), Discapacidad del 9,20%(Calificación Máxima Posible del 20%) y Minusvalía del 24% (Calificación Máxima Posible del 30%) para un total del 73,20%. Un análisis simple y sencillo establece que la Deficiencia equivale al 80%, la Discapacidad al 46% y la Minusvalía al 80%, lo que demuestra nuevamente

la Discapacidad Mental Absoluta. La Calificación dio como resultado una PCL del 73,20% proveniente del 40% (Deficiencia) más 9,20% (Discapacidad) y más 24% (Minusvalía).

Dicha calificación establece que requería de ejecución asistida, dependiente, pues, dependía de terceros para desarrollar las actividades de la vida diaria relacionadas con su conducta, capacidad de comunicación, autocuidado personal, locomoción, disposición del cuerpo, destreza y la situación para desarrollar cualquier actividad de la vida del actor.

Asimismo, para emitir la Calificación, la Junta evaluó pruebas científicas desde junio 12 de 1996 hasta agosto 2 de 2002 donde determinó - erróneamente- que la fecha de estructuración de la Calificación correspondía al 28 de mayo de 2002, en lugar de haber determinado que la fecha de estructuración correspondía, en realidad, a la fecha del trauma. Es de recalcar que, desde el accidente, el señor Pérez no tenía si quiera la capacidad de vestirse por sus propios medios, y mucho menos la capacidad mental para firmar un poder o una conciliación.

Adicionalmente, el médico profesional Tito Perilla dictaminó la existencia de la hemorragia en el hemisferio temporal del cerebro con una hipertensión en la parte interna del cráneo con crisis caracterizadas por la pérdida del sentido de la orientación, de ubicación, desorientándose y con ausencia de los hechos de acuerdo con valoraciones en 1997 y 2002.

Por otro lado, *Harvard Medical School* diagnosticó el cuadro postraumático, alteraciones de la memoria, cambios emocionales con irritabilidad, problemas de la aceptación de su realidad, pérdida de

conciencia, amnesia, permanentes crisis sensitivas, trastornos motores y episodios convulsivos cuyo mecanismo es desconocido y no es controlado. Esta enfermedad compromete severamente la calidad de vida del actor, en la medida en que afecta la independencia de los pacientes y produce efectos psicológicos, sociales, económicos y legales.

En ese sentido, incluso el médico profesional Orlando Mejía, encontró rasgos del carácter como agresividad, descontrol de impulsos, apatía, cambios drásticos en los roles ocupacional, social y familiar, fases depresivas e hipersensibles con ideas y gestos suicidas, distraído con el transcurso del tiempo, falta de concentración para secuencias lógicas de cálculo, simbolización y abstracción complejas, dificultades para retener, evocar y procesar información reciente, cuadro de un paciente depresivo, triste, ansioso, adinámico, lentitud psicomotora, alteración duradera de la personalidad, trastorno de personalidad orgánico de origen post traumático, efecto fisiológico de origen postraumático, la alteración produce un deterioro laboral, social y de otras áreas de la actividad del paciente. Su concepto, desde el punto de vista psiquiátrico, por las alteraciones encontradas, conforma una Incapacidad Total y Permanente para desempeñarse en actividades laborales remunerativas que exijan competencia, calculo, simbolización y abstracción indemnes. Es un deterioro cognoscitivo permanente según los estudios científicos internacionales.

De igual forma, el Fondo de Pensiones ratificó que el señor Roberto Pérez estaba imposibilitado para realizar cualquier labor remunerativa a consecuencia de la lesión corporal ya que la Incapacidad es de carácter total y debió ser declarada desde el 1 de junio de 1996 pues la condición del demandante comenzó desde esta fecha hasta la emisión de la certificación en mayo de 2003.

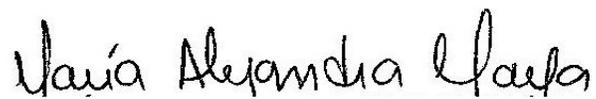
Asimismo, Colmena Salud EPS confirmó que el paciente está imposibilitado para realizar cualquier actividad remunerativa a consecuencia de la lesión causada por el trauma craneoencefálico ya que su incapacidad es de carácter Total, Permanente e Irreversible y debió ser declarada desde junio 1 de 1996 (julio de 2003).

Un Perito médico psiquiátrico de la Rama Judicial, Dr. Germán Hernando Pachón Gómez, confirmó que al examinar los diversos exámenes Médico Psiquiátricos se observa que los síntomas y signos son los mismos que ha venido presentando desde que recibió el trauma craneoencefálico. Lo anterior es comprensible teniendo en cuenta que las células del cerebro no son capaces de reproducirse, por lo que, una vez lesionadas, la enfermedad persiste hasta la muerte del paciente al igual que los perjuicios permanentes, infortunadamente, en su salud, economía, relaciones interpersonales y laborales. Dicho perito estuvo plenamente de acuerdo y confirmó la validez de los conceptos nacionales e internacionales del Dr. José Halperin de Harvard Medical School, del dictamen de la Invalidez de la Junta Regional de Calificación de Invalidez que adjudicó un 73,20% de Pérdida de Capacidad Laboral y del concepto del Dr. Orlando Mejía.

Conforme a todo lo antes relatado, es claro que los conceptos médicos ratifican la Discapacidad Mental Absoluta, no obstante lo cual, el único médico que no valida la Incapacidad Total y Permanente es el señor Rodrigo Riveros, empleado de la pasiva, Seguros Colpatria, sin tener siquiera estudios ni especialidad en el campo de Neurología, Neurocirugía, Psiquiatría, Cardiología ni Cirugía Cardiovascular todo lo cual ratifica la presencia de conflicto de intereses, influencias indebidas y abusos que afectaron el acceso a los derechos que le asisten al señor Roberto Pérez.

En conclusión, se encuentran demostrados los argumentos que desvirtúan las consideraciones de la Delegatura para declarar probada la excepción de “*prescripción extraordinaria de las acciones derivadas de los contratos de seguro*” y por lo tanto, debe accederse a las pretensiones formuladas por mi mandante en la demanda.

Con toda consideración,



MARÍA ALEJANDRA MAYA CHAVES

C.C. 24.337.925 de Manizales

T.P. 165.984 del C. S. de la J.

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA PELAEZ ARENAS RV: Sustenta recurso de apelación radicado: 11001319900320220424902

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mié 13/09/2023 15:17

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

 1 archivos adjuntos (529 KB)

Recurso de apelacion sandra milena tribunal.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA PELAEZ ARENAS

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: Abogado BBVA LVA <abogadobbva@luisavelasquezabogados.com.co>

Enviado: miércoles, 13 de septiembre de 2023 14:09

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Secretaría Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.

<secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: luisavelasquez723@hotmail.com <luisavelasquez723@hotmail.com>; Gustavo Adolfo Tovar Prada

<gtovar1984@live.com>; Hernando blanco <hernando.blanco@bbva.com>

Asunto: Sustenta recurso de apelación radicado: 11001319900320220424902

Bogotá D.C., 13 de septiembre de 2023

Honorables Magistrados**Tribunal Superior del Distrito de Bogotá****Sala Civil**

Ciudad

Referencia: **Clase De Proceso:** Acción de protección al consumidor financiero

Demandante: Sandra Milena Rubio Zuluaga

Demandado: BBVA Seguros de Vida Colombia S.A.

Radicado: **11001319900320220424902**

Asunto: Recurso de apelación contra sentencia

Carlos Eduardo González Bueno, abogado en ejercicio con domicilio en la ciudad de Bogotá, identificado civil y profesionalmente como aparece al pie de mi firma, obrando como apoderado especial sustituto de BBVA Seguros de Vida Colombia S.A., entidad demandada en el proceso de la referencia, por medio del presente escrito me dirijo muy respetuosamente a su despacho, a fin de sustentar recurso de apelación contra la sentencia escrita proferida en primera instancia por la Delegatura para asuntos Jurisdiccionales de la Superfinanciera y notificada según consta en la misma providencia, a las 15:31 horas del 26 de junio de 2023.

El presente memorial se copia a todas las partes cuya dirección electrónica se conoce, en cumplimiento de lo dispuesto en numeral 14 del artículo 78 del C.G.P., en concordancia con la ley 2213 de 2022.

Se suscribe:

Carlos Eduardo González Bueno
Abogado
Luisa Velásquez Abogados S.A.S.
Calle 12 No 7 - 32 Oficina 706 B
Teléfonos: 8057340 - 3204261792



Bogotá D.C., 13 de septiembre de 2023

Honorables Magistrados
Tribunal Superior del Distrito de Bogotá
Sala Civil
Ciudad

Referencia: **Clase De Proceso:** Acción de protección al consumidor financiero
Demandante: Sandra Milena Rubio Zuluaga
Demandado: BBVA Seguros de Vida Colombia S.A.
Radicado: 11001319900320220424902

Asunto: Recurso de apelación contra sentencia

Carlos Eduardo González Bueno, abogado en ejercicio con domicilio en la ciudad de Bogotá, identificado civil y profesionalmente como aparece al pie de mi firma, obrando como apoderado especial sustituto de BBVA Seguros de Vida Colombia S.A., entidad demandada en el proceso de la referencia, por medio del presente escrito me dirijo muy respetuosamente a su despacho, a fin de sustentar recurso de apelación contra la sentencia escrita proferida en primera instancia por la Delegatura para asuntos Jurisdiccionales de la Superfinanciera y notificada según consta en la misma providencia, a las 15:31 horas del 26 de junio de 2023.

Oportunidad del recurso:

Teniendo en cuenta que la decisión que se ataca con la alzada se notificó según consta a derivado 84 del expediente digital, el pasado 26 de junio de 2023, es claro que hoy 29 de junio de la misma anualidad, nos encontramos dentro del término de tres días, previsto por el numeral 3 del artículo 322 del C.G.P.

Del caso en concreto:

Antes de iniciar con la formulación y desarrollo de los reparos concretos a la decisión, debo poner de presente al señor fallador Ad-Quem, las particularidades y sustrato factico del caso cuyo estudio se pretende, en sede del recurso de apelación.

En ese sentido, debo resaltar entonces que el presente litigio versa sobre la solicitud de afectación del anexo de incapacidad total y permanente de un seguro individual de vida, adquirido para el **01 de julio de 2022** por la señora Sandra Milena Rubio Zuluaga, con el fin de amparar el crédito terminado en **9552 y el cual se otorgó con una cuantía que ronda los cuatrocientos cincuenta millones de pesos. Dicho seguro se expidió conforme a una declaración de riesgo en la que la demandante indico no presentar ninguna enfermedad o incapacidad previa y así mismo, según sus atestaciones, la misma nunca reparo en leer los documentos que formalizaban tanto el mutuo como el negocio aseguraticio.

Por su parte y tal como se podrá advertir con las documentales incorporadas, se tiene que la señora Sandra Milena Rubio Zuluaga había iniciado un proceso de calificación de su pérdida de capacidad laboral al interior de la fuerza aérea, por lo menos desde el mes de septiembre de 2021 y que fruto de ello, **para el 01 de marzo de 2022 (cuatro meses antes de tomar el seguro)** se le había expedido y notificado un dictamen de pérdida de capacidad laboral del 27,56%¹, el cual impugno inmediatamente, con miras a que se aumentara dicho porcentaje y se tuvieran en cuenta enfermedades que no fueron objeto de calificación en primera instancia.

A consecuencia de dicha impugnación, es que se le expide para el **02 de agosto de 2022 (apenas un mes después de adquirir el seguro)** el **acta de tribunal medico laboral N°TML-22-1-588 la cual le dictamina una incapacidad permanente parcial (no total)** y una PCL del 57.40%. y con el cual inmediatamente solicito la afectación de la cobertura.

Se debe resaltar también, que la demandante actualmente sigue desempeñando labores de asesoría y consulta para la fuerza aérea, devengando un salario de cinco millones cuatrocientos mil pesos, bajo un contrato laboral.

Por ultimo y si bien se tiene que mi representada no contestó la demanda en este asunto, lo cierto es que los efectos adversos que se derivan de dicha conducta solo fueron tenidos en cuenta con relación al hecho segundo de la demanda y solo en contra del Banco BBVA. De igual manera nótese que a mi representada la vinculan al litigio mediante un auto proferido con posterioridad a la notificación de la demanda, y sin haberse cumplido el requisito de procedibilidad de la reclamación directa.

Esta exposición se realiza en aras de que el Honorable Tribunal advierta entonces, como la señora Rubio Zuluaga de ninguna manera acato o cumplió con el principio de ubérrima buena fe, el cual es inherente a este tipo de contratos y además, con su comportamiento culposo y negligente consistente en ni siquiera leer el acto constitutivo del negocio, falto a la carga prevista entre otros en el artículo 6 de la ley 1328 de 2009 y la cual le exigía un mínimo de diligencia en punto de conocer e informarse de las características básicas de la operación que estaba realizando.²

Reparos a la decisión de primera instancia:

- 1) La sentencia atacada desborda el objeto del litigio fijado por las partes y por la propia delegatura, al realizar un estudio en punto de la eficacia de las "cláusulas del contrato" sin motivación alguna.**

Más allá del estudio acerca de si en este caso es posible aplicar la sanción de ineficacia a la definición material del riesgo asegurado y de si dicha ineficacia puede o no predicarse de solo un aparte o renglón de la misma, debo indicar sin mayor vacilación, que en este asunto la Delegatura con su sentencia, vulnera la congruencia establecida en el artículo 281 del C.G.P., por cuanto reconoce la aplicación de dicha sanción, **sin que la misma hubiese sido objeto de las pretensiones o de la fijación del litigio efectuada en la audiencia**

¹ Acta de junta medica laboral definitiva N°010-2022-JEFSA, obrante a derivado 11 del expediente digital

² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sent. 28 de febrero de 2005. Exp. 7504, reiteradas en sent. 7 de febrero de 2008, [SC-007-2008], exp. 2001-06915-01, 30 de agosto de 2011, exp. 11001-3103- 012-1999-01957-01, 5 de diciembre de 2011, exp. 25269-3103-002-2005-00199-01 y 21 de febrero de 2012. Exp. 2006-00537-01

inicial. Esta situación, sin una precisa y oportuna motivación en punto del porque se consideraba más justa para las partes, conlleva entonces una indebida utilización de las facultades extra y ultra petita, que ha permitido el legislador en estos asuntos.

Así las cosas y para empezar a desarrollar y sustentar este reparo, debo indicar que es de conocimiento de este apoderado, la facultad otorgada a la Superintendencia Financiera de Colombia por el numeral 9 del artículo 58 de la ley 1480 de 2011 y que le permite que, en aquellas materias atinentes a la protección de los derechos del consumidor, pueda utilizar las facultades de fallar ultra y extra petita.

No obstante, y tal como incluso lo ha llegado advertir la Corte Suprema de Justicia³, no se trata de una facultad irrestricta de la que dicha autoridad pueda hacer uso sin ningún tipo de limitaciones, pues es claro que en virtud del deber que les asiste a quienes ejercen jurisdicción, **tiene la carga de argumentar adecuada y suficientemente las razones por las cuales es necesario decidir la controversia de un modo distinto a lo exigido por el demandante**, explicando a la luz de las evidencias recaudadas y las reglas previstas en el estatuto del consumidor **por qué la medida adoptada en reemplazo del querer del demandante es la “más justa para las partes”**.

Memórese que el debido proceso de quienes acuden a la administración de justicia exige que sus servidores motiven sus decisiones frente a los hechos probados y las normas aplicables a su caso, a fin de que puedan conocer las razones por las cuales se acogen o desestiman sus solicitudes. Por esta razón, la Corte ha insistido en que (...) *el deber de motivar toda providencia que no tenga por única finalidad impulsar el trámite, reclama, como presupuesto sine qua non, que la jurisdicción haga públicas las razones que ha tenido en cuenta al adoptar la respectiva resolución, de tal manera que tras conocerlas se tenga noticia de su contenido para que no aparezca arbitraria, caprichosa, antojadiza, sino producto del análisis objetivo, amén de reflexivo de los diferentes elementos de juicio incorporados al plenario y dentro del marco trazado por el objeto y la causa del proceso (...)* (CSJ STC7764-2018).

De suerte que, si se trata de fallar infra, extra y ultrapetita en un juicio de protección al consumidor y adoptar la decisión que se “considere más justa para las partes del proceso”, **el juzgador deberá motivar en debida forma las razones por las cuales es viable definir el pleito de modo distinto a lo pretendido por el demandante, con base en los hechos alegados y probados en el litigio, al igual que las normas que rigen esa clase de contiendas.**

Pues bien, explicado lo anterior, tenemos entonces que en el presente asunto y al momento de fijar sus pretensiones⁴, la parte demandante **JAMAS incluyo aspiración alguna en punto de solicitar la declaratoria de ineficacia de algunas o todas las cláusulas del contrato y mucho menos la declaratoria de ineficacia de la definición de riesgo asegurado, prevista en el negocio jurídico que suscribió con BBVA Seguros de Vida Colombia S.A., a causa de la infracción del deber de información.** En efecto, las pretensiones que observamos en la demanda subsanada (i) solo fueron dirigidas en contra del Banco BBVA y (ii) en ningún momento solicitaban la declaratoria de inexistencia, ineficacia o similar, en punto de la definición de cobertura del seguro o de sus cláusulas, veamos:

³ Ver entre otras STC5704 del 2021 M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque

⁴ Debe tenerse en cuenta que, en virtud del auto de inadmisión de la demanda, la demandante replanteo sus pretensiones iniciales, tal como consta en el escrito de subsanación de la demanda.

II. PRETENSIONES

1. Que se ordene a la entidad accionada BANCO BBVA el pago del crédito # 9552 por valor de CUATROCIENTOS TREINTA Y CUATRO MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL TRESCIENTOS SETENTA PESOS \$434.383.370 como quiera que con su silencio le esta cercenando a la señora SANDRA RUBIO su derecho a efectuar una reclamación formal ante entidad aseguradora.
2. Se ordene el pago de los intereses moratorios previsto en el artículo 1080 del Código de Comercio desde el mes siguiente a la primera reclamación hasta la fecha de pago de la Sentencia.
3. Se condene a la entidad demandada al pago de las costas del proceso.
4. Que se condene a la entidad demandada el pago de las agencias en derechos.

Es más, si el señor fallador Ad Quem revisa en su integridad la demanda subsanada, en ninguno de sus acápite y ni si quiera en los hechos, se hace referencia o alusión a alguna vulneración falta de información para con la consumidora y que permitiera bajo esa egida entonces, lograr la declaratoria de ineficacia de la definición del riesgo asegurado que se plasmó en el contrato de seguro. Lo que reclamaba puntualmente para este caso la señora Sandra Milena Rubio Zuluaga, era la supuesta desatención a la reclamación del seguro, la cual finalmente se acreditó⁵ y consta en la misma documental aportada con el libelo inicial y obrante en derivados 00 y 11 del expediente digital, fue radicada ante el Banco BBVA y no ante BBVA Seguros de Vida Colombia S.A.

Así mismo, la delegatura en la página 1 de la sentencia, transcribe textualmente las pretensiones de la demanda, ratificando entonces que las mismas solo estaban dirigidas al banco y que de ninguna manera incluían la solicitud de ineficacia de alguna cláusula del contrato o la estructuración de una responsabilidad contractual, derivada de la infracción al deber de información.

Por su parte y a la hora de realizar la fijación del litigio **(2 horas, 20 minutos y 45 segundos de la grabación de la audiencia inicial)** la delegatura de forma textual indicó que el mismo se circunscribía a:

“Establecer si existe responsabilidad contractual por parte de BBVA seguros de Vida Colombia y/o del banco BBVA, en virtud del contrato seguro de vida grupo deudor que fungió como garantía adicional del crédito hipotecario terminado en el numero 9552, con ocasión al amparo de incapacidad total y permanente debido a la calificación de pérdida de capacidad laboral que le fue dictaminada a la demandante el día 02 de agosto del año 2022.” (las negrillas son nuestras)

Dicha fijación del litigio que incluso también se transcribió en el párrafo 5 de la página 5 de la sentencia, como se puede extraer de su lectura, solo hacia referencia a la responsabilidad contractual, derivada de un supuesto incumplimiento o retardo en el pago de la obligación condicional pactada en el amparo de Incapacidad Total y Permanente del contrato de seguro.

No obstante, y en el mismo folio cinco de la sentencia, sin ninguna advertencia o referencia a las facultades extra y ultra petita y sin sustentar porque se consideraba en este caso más

⁵ Quedo como hecho probado por la falta de contestación del Banco, que la reclamación se presentó ante dicha entidad

justo para las partes estudiar temas que no fueron pedidos en la demanda, se realizó un análisis de la eficacia de la misma definición del riesgo pactado para el citado amparo.

Nótese entonces señor fallador Ad Quem, como en este caso ni las partes ni mucho menos la delegatura a la hora de fijar el objeto del litigio, contemplaron o incluyeron la discusión de si se había o no vulnerado el deber de información a cargo de BBVA Seguros (la responsabilidad que se planteo discutir fue la derivada de un presunto incumplimiento del amparo de incapacidad) **y mucho menos la discusión de si alguna de las cláusulas o la propia definición del riesgo asegurado de la cobertura ITP del contrato de seguro, era ineficaz.**

A su turno, es palmaria y salta a la vista la ausencia total de motivación en la sentencia, en punto de las razones o circunstancias por las cuales, pese a que no había sido solicitado por las partes, se consideraba que era más justo proceder a efectuar un estudio respecto de la ineficacia de un aparte de la definición del riesgo asegurado bajo el amparo de ITP, lo cual claramente entonces trasgrede el derecho de defensa y debido proceso que le asiste a mi representada y la congruencia de la que debe estar revestida la sentencia.

En ese sentido y si bien la ley 1480 de 2011 y en general el estatuto orgánico del sistema financiero han establecido la posibilidad de derivar una responsabilidad de las entidades vigiladas por la infracción a deberes y derechos del consumidor, lo cierto es que dicho linaje especial de responsabilidad exige una precisión y sustentación por parte de quien acude a su tutela y así mismo, debe estar clara y diáfananamente incluido en el objeto del litigio, a efectos de que los demandados adviertan tal situación y puedan ejercer una defensa y oposición frente a dichos cargos.

Por lo anteriormente y teniendo en cuenta entonces, que la sanción de ineficacia de las condiciones generales del seguro nunca fue incluida en el objeto de litigio fijado por las partes y por la propia delegatura, no era dable entonces que, sin motivación alguna, la delegatura procediese a su estudio y mucho menos a su reconocimiento.

Con base en los anteriores argumentos, se solicita al Honorable Tribunal Superior del Distrito de Bogotá, proceder a revocar totalmente la sentencia.

2) La sentencia desconoce que la imposibilidad de afectar el seguro deviene de que el hecho material que dio lugar a la reclamación no estaba cubierto por el amparo de ITP y no deviene de alguna exclusión a la cobertura del seguro, ultimo evento este en el que, si es dable analizar la información recibida por el consumidor:

Como argumento central que permitió a la delegatura acceder a las pretensiones de la demanda, se tiene que para el presente asunto y en su concepto, encontró probada la desatención por parte de mi representada de las obligaciones estatuidas a su cargo por los artículos 37 y 39 de la ley 1480 de 2011, ratificadas también por la circular básica jurídica 029 de 2014 y en punto de haber informado suficiente y anticipadamente al consumidor sobre la existencia, efectos y alcance de las condiciones del seguro, así como no haberlas entregado anticipadamente al tomador.

Con base en lo anterior, procede entonces el A quo a tener como ineficaz **solo un aparte de la definición de cobertura del seguro**, aplicando la sanción que prevé el inciso final del citado artículo 37 de la ley 1480 de 2011. De igual manera y para apoyar su decisión, transcribe un extracto de la sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia SC-1301 del 12 de mayo de 2022, en la cual se hace referencia al mentado deber

de información y la sanción de ineficacia en modalidad de inexistencia y que entre otras fue tratada también en sentencias SC 6 ago. 2010, exp. 2002-2010, reiterada en SC 13 dic. 2013, exp. 1999-01651-0.

No obstante, debo advertir que la citada providencia, pese a que expone los argumentos utilizados por la delegatura en punto de la consecuencia de ineficacia en punto de **exclusiones y garantías** no informadas al consumidor, más adelante y específicamente en su página 19 y s.s. expone:

*“En esas condiciones, en esencia, **el raciocinio que orientó la decisión del ad quem para desestimar las aspiraciones de los demandantes se centró en la ausencia de cobertura del fenómeno físico de reptación que impactó los bienes asegurados, y no en el estudio concienzudo de las exclusiones alegadas por la opositora, último evento en el que, ciertamente, tendría que haber discernido acerca de los cuestionamientos de eficacia de las exclusiones propuestos por los demandantes y que fueron acogidos por el a quo.***

De ahí que, con independencia de que el sentenciador no haya acudido a las normas de protección del consumidor para pronunciarse acerca de los efectos jurídicos que pudieran derivarse por el hecho alegado por la censura en punto a que el asegurador no discutió las exclusiones y garantías con el tomador en la etapa precontractual, tal omisión resulta intrascendente, por cuanto el fallo adverso a los pretenses no se fundó estrictamente en la configuración de una exclusión, ni en la aplicación de una consecuencia derivada de la desatención de una garantía, sino en que el hecho material que dio lugar la reclamación no estaba cubierto por ninguno de los amparos de agua y anegación previstos y definidos en la póliza de seguro.

En las circunstancias anotadas, las inexactitudes en que incurrió el juzgador de segundo grado al pronunciarse innecesariamente sobre la exclusión de deslizamiento y de manera tangencial sobre la falta de acatamiento de las garantías sin parar mientes en que la oponibilidad de esos cánones se cuestionó desde la génesis del proceso y fue acogida por el a quo, carece de relevancia, por cuanto, se insiste, en lo medular el fallo no se erigió sobre esas defensas sino en la falta de cobertura del evento.

*Quiere decir lo anterior, que resultan intrascendentes los reparos de la censura frente a la infracción directa del artículo 37 de la Ley 1480 de 2011, puesto que aun de entenderse que dicha disposición hacía parte del marco normativo de referencia para la composición del litigio al momento de resolver sobre la defensa denominada «riesgos excluidos de la cobertura de la póliza», **de ninguna manera estarían dados los supuestos para el éxito de sus aspiraciones, por cuanto las mismas no se frustraron por esa defensa, sino de manera preponderante en la ausencia de cobertura del evento**, inferencia que ni siquiera se cuestionó en la formulación de este ataque por lo que permanece enhiesta. Así, queda truncado el camino para establecer de qué manera se produjo una afrenta directa de la ley en el campo de la «inoponibilidad» alegada.” **(las negrillas son nuestras)***

En ese sentido, se tiene entonces que incluso la misma sentencia que cita la delegatura en apoyo de su raciocinio, concluye al denegar el primer cargo de la demanda de casación objeto de su estudio, **que a la hora de que el fallador determine si se materializó o no el riesgo asegurado o en otras palabras, a la hora de determinar si el hecho alegado como siniestro encuentra o no cobertura en el negocio asegurativo, se torna en intrascendente**

el estudio respecto de si el asegurador discutió o no las condiciones del seguro con el tomador en la etapa precontractual, por cuanto allí solamente se estudia, si se materializó o no el riesgo asegurado, como elemento esencial del contrato (art 1045 C.Com).

Esta tesis interpretativa se compadece y es armoniosa también con los literales b) y d) del artículo 6 de la ley 1328 de 2009, los cuales establecen un mínimo deber de diligencia y autoprotección en cabeza del consumidor financiero, al ordenarle expresamente por lo menos indagar y conocer los términos y condiciones mínimos de la operación que va a realizar y los derechos que adquiere con la adquisición del producto. Así las citadas normas establecen:

b) Informarse sobre los productos o servicios que piensa adquirir o emplear, indagando sobre las condiciones generales de la operación; es decir, los derechos, obligaciones, costos, exclusiones y restricciones aplicables al producto o servicio, exigiendo las explicaciones verbales y escritas necesarias, precisas y suficientes que le posibiliten la toma de decisiones informadas

d) Revisar los términos y condiciones del respectivo contrato y sus anexos, así como conservar las copias que se le suministren de dichos documentos.

Con base a lo anterior, podemos afirmar entonces que tanto la ley como la jurisprudencia, delimitan dos escenarios diferentes en punto de la no cobertura de un seguro:

Uno, que se produce en aquellos eventos en los que el hecho material que dio lugar a la reclamación no encuentra cobertura material en ninguno de los amparos del contrato y que deviene de la individualización precisa del riesgo asegurado como elemento esencial del contrato (art 1045 C.Com); y el otro evento, que se produce en aquellos casos en los que pese a que el hecho material que da lugar a la reclamación pueda enmarcarse en alguno de los amparos pactados, el asegurador lo excluyó expresamente, en virtud de la facultad de delimitar el riesgo asegurado, prevista en el artículo 1056 del código de comercio.

Así se viene sosteniendo desde la sentencia de Casación Civil del 07 de octubre de 1985, replicada también en SC del 29 de febrero de 1998, radicado 4.894, en la SC-4574 de 2015 e incluso también en sentencia SC-1301 del 12 de mayo de 2022 (en la cual se apoyó la delegatura) y en las que se indicó:

"(...) siendo requisito ineludible para la plena eficacia de cualquier póliza de seguros la individualización de los riesgos que el asegurador toma sobre sí (G.J, t. CLVIII, pág. 176) y que, por lo tanto, en este campo rige el principio según el cual la responsabilidad asumida en términos generales como finalidad del contrato no puede verse restringida sino por obra de cláusulas claras y expresas"(...)

El Art. 1056 del C de Com., en principio común aplicable a toda clase de seguros de daños y de personas, otorga al asegurador facultad de asumir, a su arbitrio pero teniendo en cuenta las restricciones legales, todos o algunos de los riesgos a que están expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado..", agregando que es en virtud de este amplísimo principio "**que el asegurador puede delimitar a su talante el riesgo que asume, sea circunscribiéndolo por circunstancias de modo, tiempo y lugar, que de no cumplirse impiden que se configure el siniestro; ora precisando ciertas circunstancias causales o ciertos efectos que, suponiendo realizado el hecho delimitado como amparo, quedan sin embargo excluidos de la protección que se promete por el contrato. Son estas las**

llamadas exclusiones, algunas previstas expresamente en la ley... (las negrillas son nuestras)

Dicho lo anterior, tenemos entonces que no es posible, aún bajo la óptica de la protección al consumidor, que se valore si el asegurador discutió o no el riesgo asegurado con el consumidor, pues precisamente dicha situación se constituye en un elemento esencial del contrato de seguro, el cual se infiere debe ser conocido a cabalidad por tomador/asegurado, no solo porque el es el titular de dicho riesgo, sino también porque la ley⁶ ha establecido en su persona, la obligación y deber de conocer los términos mínimos de la operación que realiza.

Contrario sensu y en punto de las exclusiones puntuales a la cobertura y el cumplimiento de garantías, si es dable entonces efectuar el estudio del cumplimiento las obligaciones como las comprendidas en los artículos 37 y 39 de la ley 1480 de 2011, para efectos de determinar si las mismas son eficaces y oponibles, a la hora de configurarse el riesgo asegurado.

En este punto, es importante entonces traer a colación el riesgo puntual al que estaba expuesta la demandante Sandra Milena Rubio y que mi mandante asumió en virtud del contrato de seguro de vida individual deudor No. 02 325 0000005949, certificado No. 0013-0790-81-4000814438 y que amparaba la obligación terminada en **9552, el cual quedo delimitado de la siguiente manera: (las resaltas son nuestras) en el condicionado del seguro, el cual valga la pena resaltar desde ya, **no fue desconocido ni tachado por parte demandante.**

I. AMPAROS

II. INCAPACIDAD TOTAL Y PERMANENTE: SI DURANTE LA VIGENCIA DE LA PÓLIZA A LA CUAL ACCEDE, QUEDARE INCAPACITADO EN FORMA TOTAL Y PERMANENTE, LA COMPAÑÍA PAGARÁ LA INDEMNIZACIÓN HASTA POR EL MONTO DEL VALOR ASEGURADO CONTRATADO PARA ESTE ANEXO Y QUE CONSTA EN LA CARÁTULA DE LA PÓLIZA Y/O EN SUS CONDICIONES PARTICULARES. PARA EFECTOS DE ESTE BENEFICIO, INCLUYENDO LOS RÉGIMENES ESPECIALES, SE ENTIENDE POR INCAPACIDAD TOTAL Y PERMANENTE, LA SUFRIDA POR EL ASEGURADO COMO RESULTADO DE UNA LESIÓN O ENFERMEDAD, QUE LE IMPIDA TOTAL Y PERMANENTEMENTE REALIZAR CUALQUIER ACTIVIDAD U OCUPACIÓN. DICHA INCAPACIDAD SE CONSIDERARÁ SIEMPRE Y CUANDO HAYA PERSISTIDO POR UN PERIODO CONTÍNUO NO INFERIOR A CIENTO VEINTE (120) DÍAS COMUNES Y CUANDO LA PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL EVALUADA POR LA ASEGURADORA O CALIFICADO POR LAS JUNTAS REGIONAL Y NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, SEA SUPERIOR AL 50% Y NO HAYA SIDO PROVOCADA A SÍ MISMO POR EL ASEGURADO. SIN PERJUICIO DE CUALQUIER CAUSA DE INCAPACIDAD TOTAL Y PERMANENTE, PARA EFECTOS DE ESTE AMPARO SE CONSIDERARÁ COMO TAL: (I) LA PÉRDIDA DE LA VISIÓN POR AMBOS OJOS, (II) LA PÉRDIDA DE AMBAS MANOS O AMBOS PIES, (III) LA PÉRDIDA DE TODA UNA MANO Y DE TODO UN PIE; (IV) LA PÉRDIDA DE TODA UNA MANO O DE TODO UN PIE JUNTO CON LA VISIÓN POR UN OJO; (V) LA PÉRDIDA DEL HABLA O DE LA AUDICIÓN. ESTE AMPARO SE CONFIGURA EXCLUSIVAMENTE CON LA FECHA DE CALIFICACIÓN DE LA INCAPACIDAD, LA CUAL SE CONSIDERARÁ LA FECHA DEL SINIESTRO, Y SU INDEMNIZACIÓN NO ES ACUMULABLE AL SEGURO DE VIDA; POR LO TANTO, UNA VEZ PAGADA LA INDEMNIZACIÓN POR DICHA INCAPACIDAD, LA COMPAÑÍA QUEDARÁ LIBERADA DE TODA RESPONSABILIDAD EN LO QUE SE REFIERE AL SEGURO DE VIDA DEL ASEGURADO INCAPACITADO.

⁶ Artículo 6 de la ley 1328 de 2009

En ese sentido, nótese como desde la misma definición/nota de cobertura del amparo de incapacidad total y permanente del aludido seguro, se extrae que el riesgo asegurado es la incapacidad que pueda sufrir el asegurado a causa de una enfermedad o lesión sufrida en vigencia del seguro, y que le impida **TOTAL Y PERMANENTEMENTE** realizar **CUALQUIER ACTIVIDAD U OCUPACIÓN**. De igual manera, se establece que en los eventos en que se pretenda afectar el amparo con un dictamen de pérdida de capacidad laboral, **el mismo deberá ser expedido por la junta regional y/o nacional de calificación de invalidez**, aun en los eventos en los que el asegurado pertenezca a un régimen especial.

Por su parte y para hacer énfasis en el hecho de que la definición de cobertura es diferente e independiente de las exclusiones del producto, se tiene también que en el numeral 2 de las condiciones generales del seguro, se pactaron puntualmente los siguientes eventos en los que, pese a que se configurara el riesgo asegurado, tampoco habría lugar a la cobertura. Así se advierte en el documento:

2. EXCLUSIONES

LESIONES CAUSADAS A SI MISMO POR EL ASEGURADO, YA SEA QUE SE ENCUENTRE EN ESTADO DE CORDURA O DEMENCIA.

ENFERMEDADES PSÍQUICAS O MENTALES DEL ASEGURADO, CUALQUIER CLASE DE HERNIAS Y VÁRICES, TRATAMIENTOS MÉDICOS O QUIRÚRGICOS QUE NO SEAN NECESARIOS EN RAZÓN DEL ACCIDENTE O ENFERMEDAD AMPARADOS POR ESTE SEGURO, INFECCIONES BACTERIANAS (SALVO INFECCIONES PIOGÉNICAS QUE ACONTEZCAN COMO CONSECUENCIA DE UNA HERIDA ACCIDENTAL).

ACTOS DE GUERRA INTERIOR O EXTERIOR, REVOLUCIÓN, REBELIÓN SEDICIÓN CONMOCIÓN INTERIOR, ASONADA, ACTOS TERRORISTAS, HUELGA, O ACTOS VIOLENTOS MOTIVADOS POR CONMOCIÓN SOCIAL O POR APLICACIÓN DE LA LEY MARCIAL.

MIENTRAS EL ASEGURADO SE ENCUENTRE SIRVIENDO EN LABORES MILITARES, EN LAS FUERZAS ARMADAS, NAVALES, AÉREAS, O DE LA POLICÍA DE CUALQUIER PAÍS O AUTORIDAD INTERNACIONAL.

EL USO DE CUALQUIER NAVE AÉREA EN CALIDAD DE PILOTO, ESTUDIANTE DE PILOTAJE MECÁNICO DE VUELO O MIEMBRO DE LA TRIPULACIÓN.

ACCIDENTE QUE SUFRA EL ASEGURADO CUANDO VIAJE COMO PASAJERO EN AERONAVES QUE NO PERTENEZCAN A UNA COMPAÑÍA DE TRANSPORTE AÉREO CON ITINERARIOS DEBIDAMENTE PUBLICADOS Y AUTORIZADA PARA EL TRANSPORTE DE PASAJEROS POR LA AUTORIDAD GUBERNAMENTAL CONSTITUIDA Y CON JURISDICCIÓN SOBRE LA AVIACIÓN CIVIL DEL PAÍS DE SU REGISTRO.

TERREMOTO, ERUPCIÓN VOLCÁNICA, MAREJADAS O CONVULSIONES DE LA NATURALEZA DE CUALQUIER CLASE; FISIÓN O FUSIÓN NUCLEAR O RADIOACTIVIDAD, SEA EN FORMA DIRECTA O INDIRECTA.

HALLARSE VOLUNTARIAMENTE EL ASEGURADO BAJO LA INFLUENCIA DE ESTUPEFACIENTES, ALUCINÓGENOS, DROGAS TÓXICAS O HERÓICAS, CUYA UTILIZACIÓN NO HAYA SIDO REQUERIDA POR PRESCRIPCIÓN MÉDICA.

CIRUGÍA ESTÉTICA PARA FINES DE EMBELLECIMIENTO.

Expuesto lo anterior y retomando los planteamientos jurídicos esbozados al inicio de este reparo, es claro entonces que **la Delegatura NO podía aplicar la sanción de ineficacia (y menos de forma parcial) sobre la propia delimitación del riesgo asegurado como elemento esencial del contrato, y que hacía referencia a que la incapacidad debía impedir realizar cualquier actividad u oficio, si no que si se quería reprochar tales falencias en punto del deber de información (que no existieron) lo podía hacer solo respecto de las exclusiones puntuales planteadas a la cobertura, tal como lo reconoció la tantas veces citada sentencia SC-1301 del 12 de mayo de 2022.**

De igual manera, se tiene entonces que también se demostró por parte de esta aseguradora (i) que la demandante siguió laborando en actividades de consulta y asesoría con posterioridad a la expedición del dictamen que enrostra como prueba de la configuración del siniestro⁷ y devengando un salario de cinco millones cuatrocientos mil pesos (**confesión efectuada en audiencia inicial Hora 1 con 17 minutos y 38 segundos; Hora 1 con 22 minutos y 10 segundos; y en la Hora 1 con 35 minutos y 58 segundos**) (ii) que el acta de tribunal medico laboral N°TML-22-1-588 y que determina una PCL del 57.40%, no cataloga la incapacidad como total y permanente sino como incapacidad permanente **parcial**, y (iii) que el acta de tribunal medico laboral N°TML-22-1-588 y que determina una PCL del 57.40%, no proviene de una junta regional o nacional de calificación de invalidez.

Definido entonces que no era dable para la delegatura tener como ineficaz la definición del riesgo amparado por la cobertura de incapacidad total y permanente y que, a su turno, la demandante incumpliendo la carga del artículo 1077 del código de comercio NO aporó elementos de juicio suficientes que permitieran acreditar que el siniestro acaeció en los términos de la citada definición, no quedaba otro camino si no el de despachar negativamente las pretensiones de la demanda.

En ese sentido, se trae también a colación la sentencia de Casación Civil del 27 de agosto de 2008, exp-1997-14171, reiterada entre otras en la Sentencia del 19 de diciembre del mismo año, exp. 200-00075, en la que se indicó:

“el contrato de seguro es de interpretación restrictiva y por eso en su ámbito operativo, para determinar con exactitud los derechos y las obligaciones de los contratantes, predomina el texto de la que suele denominarse ‘escritura contentiva del contrato’ en la medida en que, por definición, debe conceptuársela como expresión de un conjunto sistemático de condiciones generales y particulares que los jueces deben examinar con cuidado (...); de ahí que “no puede el intérprete, so pena de sustituir indebidamente a los contratantes interpretar aparentemente el contrato de seguro para inferir riesgos que no han convenido, ni para excluir los realmente convenidos, ni tampoco hacer interpretaciones de tales cláusulas que conlleven a resultados extensivos de amparo de riesgos a otros casos que no solo se encuentran expresamente excluidos, sino que, por su carácter limitativo y excluyente, son de interpretación restringida”

Por último, se resalta también el acertado raciocinio utilizado por el Honorable Tribunal Superior del Distrito de Bogotá, en sentencia del 14 de octubre de 2022, expediente 003-2021-03645-01 M.P.: Dr. Jorge Eduardo Ferreira Vargas, y respecto de un caso idéntico al presente, en el cual también se debatía la acreditación del amparo de incapacidad total y permanente de un seguro pactado en las mismas condiciones por mi representada. Allí se evidencia como el alto Tribunal al momento de definir si el hecho material alegado por el reclamante encontraba o no cobertura en el riesgo amparado por la asegurador, no

⁷ Así se reconoció también en la página 8, párrafo 3 de la sentencia

vacilo en siquiera preguntarse o indagar si se habían o no discutido "las condiciones" con el asegurado, sino que de manera diáfana estableció:

*"En este escenario cabe añadir que, conforme la reclamación del demandante se estructuró el siniestro por la incapacidad total y permanente, al haber sido calificado con pérdida de capacidad laboral del 54.50% **y según el contenido de la póliza tal amparo se configuraba, en el evento que el asegurado sufra "una incapacidad que impida de (sic) en forma total y permanente realizar cualquier tipo de actividad u ocupación siempre que no haya sido provocada por el asegurado la compañía pagará el 100% del valor asegurado"**. (...). La fecha de ocurrencia del siniestro en los eventos de incapacidad total y permanente será la fecha de la calificación de pérdida de capacidad laboral, de acuerdo con lo señalado en el dictamen de calificación". **Sin embargo, los elementos de juicio que incumben a este litigio no refrendan la ocurrencia de las vicisitudes que exigía el éxito de la demanda, pues como también lo aseguró la autoridad de primer grado no se acreditó que la incapacidad del demandante sea total, es decir que le impida realizar cualquier tipo de actividad u ocupación, al punto que, a la fecha de presentación de la demanda y del fallo de primer grado el actor Ocampo González continúa vinculado como miembro activo del Ejército Nacional en labores administrativas, como lo recomendó el respectivo calificador (...)***

Con fundamento en lo anteriormente expuesto y teniendo claro que no era posible inaplicar parcialmente la definición de riesgo asegurado que se contemplaba en el contrato, se solicita revocar la sentencia de primera instancia.

3) La sentencia desconoce que la demandante no cumplió con la carga prevista en el artículo 1077 del código de comercio en punto de la acreditación de la ocurrencia del siniestro:

Para empezar el desarrollo de este reparó, se precisa retomar los argumentos esbozados por la delegatura en la sentencia de primera instancia, a la hora de estudiar si la demandante Sandra Milena Rubio, había cumplido o no con la carga prevista en el artículo 1077 del código de comercio. En ese sentido, el a quo esboza:

*"Siendo así las cosas, no existiendo discusión por las partes, sobre que sí tenía la demandante el amparo de incapacidad total y permanente, lo cual se ratifica del material probatorio recaudado en instancia, sumado a que para tal efecto debía tener una calificación superior al 50%, al ser el punto de negativa del pago del amparo, conforme lo dicho por la representante legal de la aseguradora en interrogatorio de parte que la incapacidad que cubre es la que le impida "total y permanentemente realizar cualquier actividad u ocupación" al asegurado, lo cual no ocurre en el caso de la accionante; **es de ver que dicha condición o cobertura no aparece probado sea la que se le haya informado y, por tanto, le sea eficaz.***

*En este orden de ideas, tal condición no puede ser valorada con los efectos esperados por la pasiva y, por ende, **se pasa a determinar si se acreditó la cobertura de acuerdo a lo convenido e informado por la aseguradora a la tomadora asegurada.***

Bajo este contexto, respecto a la carga que posee la demandante como asegurado, en relación con la acreditación de la ocurrencia del siniestro, téngase de presente que en términos del artículo 1072 del Código de Comercio "Se

denomina siniestro la realización del riesgo asegurado", **pero con la limitación de la información brindada a la tomadora asegurada ya explicada.**

*En estas condiciones, se tiene que, la demandante a la hora de soportar su solicitud de reclamación de la póliza que es materia de este proceso **aportó el acta del Tribunal Médico Laboral de la Fuerzas Militares de Colombia No 22-1-588 del 2 de agosto 2022**, mediante la cual se le estableció una pérdida de capacidad laboral del 57.40%, por lo que se encuentra acreditado la ocurrencia del siniestro, sin que sea de recibo lo planteado en los alegatos de conclusión por el apoderado judicial de la aseguradora demandada, al mencionar que en el presente caso no se había efectuado siniestro puesto que lo dictaminado a la accionante fue una incapacidad permanente parcial, pues se insiste, no le fue informado las condiciones de la cobertura que se pretende afectar." (las negrillas son nuestras)*

Expuesto lo anterior, nótese en primera medida como la Delegatura de la nada e incluso contradiciendo el argumento esbozado líneas atrás y que aseguraba que en este caso no se entregaron ni se dieron a conocer la totalidad de condiciones del seguro (incluso llego atestar que no se habían informado "los requisitos esenciales del seguro), **encuentra que la demandante finalmente si fue informada respecto de la cobertura del seguro, pero solo en punto de la necesidad de un dictamen de PCL superior al 50%, teniendo solo como ineficaz el aparte de la misma cobertura, que exigía (i) que la incapacidad tuviese la entidad de impedir realizar cualquier actividad u oficio y (ii) que la incapacidad fuera total y permanente y no permanente parcial.**

No obstante, y más allá de la discusión de si dicha sanción de ineficacia era o no aplicable a un aparte (no a toda) de la definición del riesgo asegurado⁸, **lo cierto es que la delegatura NO aplico dicha sanción, al paramento de la misma cobertura y que exigía que el dictamen de pérdida de capacidad laboral fuera expedido por una junta regional o nacional de calificación de invalidez.**

Por el contrario, e iterando nuevamente la notoria contradicción del fallo, la delegatura encontró que, a la demandante al momento de convenir la adquisición del seguro, si se le había informado y por lo tanto conocía la necesidad de acreditar la ocurrencia del siniestro con un dictamen de perdida de capacidad laboral superior al 50%.

De esta manera y al tener como ineficaz solo los dos citados apartes de la definición del riesgo amparado, es claro que los demás paramentos fijados al establecer el riesgo asegurado continúan teniendo fuerza vinculante, y en los términos del artículo 1602 del código civil, se constituyen en ley para las partes.

Así, se tiene entonces que las acepciones que exigían que la incapacidad deviniera de una enfermedad o lesión, que la misma se presentara en vigencia del seguro **o que el dictamen de perdida de capacidad laboral proviniera de una junta regional y/o nacional de calificación de invalidez**, no fueron tenidas como ineficaces y por lo tanto a ellas debía atenderse la demandante, a la hora de la demostración de la ocurrencia del siniestro.

En ese sentido y en virtud de que el acta del Tribunal Médico Laboral de las Fuerzas Militares de Colombia No 22-1-588 del 2 de agosto 2022, NO le fue expedido ala demandante por una junta regional o nacional de calificación de invalidez, sino por un órgano propio de su

⁸ Conforme se explico en el segundo reparo, no es posible tener como ineficaz a un aparte o incluso la totalidad de la definición del riesgo asegurado

régimen especial, diáfano era que el mismo NO tenía la virtualidad de demostrar la ocurrencia del siniestro en los términos del artículo 1077 del código de comercio.

Por esta razón y no habiéndose pronunciado la delegatura en el sentido de tener también como ineficaz el aparte que exigía tal particularidad, no era posible desde ningún punto de vista, proceder con la afectación del contrato de seguro de vida individual deudor No. 02 325 0000005949, certificado No. 0013-0790-81-4000814438 y que amparaba la obligación terminada en **9552.

4) El A quo no dio valor probatorio a la prueba documental y testimonial que acreditaba el cumplimiento el deber información y, por el contrario, otorgo mayor valor al propio dicho de la parte demandante, dejando de lado también que la misma, no obro con ubérrima buena fe, contrarió la teoría de los actos propios y que no le era dable constituir su propia prueba.

El deber de buena fe comercial lleva aparejados entre otros, los deberes de honestidad, lealtad, corrección y fidelidad en las relaciones entre las partes involucradas. Por su parte, la buena fe objetiva o cualificada, también implica la tutela de la confianza que se suscita entre las partes respecto al cumplimiento de aquellos deberes. Entonces, la actuación de buena fe, como se ha entendido, apareja un deber de evitar defraudar la confianza que se ha generado en terceros respecto a las actuaciones propias⁹.

Así pues, tal y como lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia¹⁰ al conceptuar respecto al contenido de la buena fe: "Aludir a la buena fe en materia de la formación y ejecución de las obligaciones, apareja ajustar el comportamiento a un arquetipo o modelo de conducta general que define los patrones socialmente exigibles relacionados con el correcto y diligente proceder, la lealtad en los tratos, la observancia de la palabra empeñada, el afianzamiento de la confianza suscitada frente a los demás, en síntesis, pues, comportarse conforme se espera de quienes actúan en el tráfico jurídico con rectitud, corrección y lealtad"

De igual manera y en punto de la celebración de negocios jurídicos como el seguro, esbozo la Honorable Corte Suprema de Justicia lo siguiente:

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

⁹ LARENZ, Karl. Derecho de Obligaciones. Madrid: Bosch, 1958. p. 142

¹⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de 9 de agosto de 2000, M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles, Exp. 5372

misma del negocio jurídico y al inadmisibles patrocinio de conductas contrarias al ordenamiento. *Adviértase que las partes al celebrar un contrato razonablemente desean, quieren o procuran su eficacia y, por ende, el juez deberá preferir en toda circunstancia la consecuencia relativa a la preservación del mismo, porque, se itera, sería absurdo siquiera suponer la celebración de un contrato para que no produzca efecto alguno cuando las partes, por principio, lo hacen bajo la premisa cardinal de su cumplimiento y eficacia.* (las negrillas y subrayas son nuestras)

Bajo la anterior línea de pensamiento, se han derivado desarrollos doctrinales como la teoría de los actos propios, el cual materializa el principio de ubérrima buena fe en punto del contrato de seguro, de forma tal que dicha doctrina implica que las actuaciones de un sujeto no pueden contradecir lo que sus comportamientos o declaraciones anteriores, de forma explícita o tácita, hicieron creer a otra persona.

Frente a dicha teoría, ha puntualizado también la Corte Suprema de Justicia que: *“En cabal realización de estas premisas –se puntualiza– las personas, al interactuar con sus semejantes, adoptan conductas que fijan o marcan sendas cuya observancia, a futuro, determinan qué grado de confianza merecen o que duda generan. Los antecedentes conductuales crean situaciones jurídicas que devienen como referentes a observar frente a actuaciones presentes y futuras, de similar textura fáctica y jurídica, no pudiendo sustraerse caprichosamente de sus efectos, génesis esta de la llamada Teoría de los Actos Propios” y, por lo tanto, un acto contrario a aquellos que lo anteceden “(...) puede constituir, y suele serlo, un acto contrario a los fundamentos de la buena fe y a la coherencia jurídica exigida a cualquier contratante”¹¹*

En punto entonces de la aplicación de esta teoría para un caso en concreto, ha expuesto la doctrina y jurisprudencia especializada en la materia que deben estar presentes los siguientes elementos a saber: i) una conducta jurídicamente relevante que suscite en la otra parte una expectativa seria de comportamiento futuro; ii) una pretensión contradictoria con la misma conducta que generó la confianza legítima en la otra parte; y (iii) una identidad de sujetos involucrados en ambas conductas.¹²

Así pues, los llamados actos propios pueden consistir, entre otras, en declaraciones expresas de voluntad, actuaciones tácitas, oposiciones, renunciaciones y/o conductas silentes por parte de un sujeto, siempre que tengan la consistencia y fuerza necesarias para que de los mismos se deduzca de manera inequívoca y concluyente que crean, extinguen, definen, modifican, extinguen o esclarecen una realidad jurídica

Ahora bien, una vez creada la expectativa legítima en una parte involucrada en la situación jurídica, se genera un deber en cabeza de la otra, el cual consiste en actuar coherentemente frente a su conducta precedente y, por ende, honrar la confianza que se tiene respecto a dicha línea de acción. De esta manera, cuando se contradice dicho actuar de manera posterior, se aplican los postulados de la teoría de los actos propios, velando por el respeto a la coherencia y para que a las partes les sea vedada la posibilidad de actuar contrariando sus conductas precedentes.

En otras palabras, si la conducta vinculante precedente implica la renuncia o limitación, expresa o tácita, al ejercicio de un determinado derecho o facultad, cuando el sujeto

¹¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de 9 de agosto de 2007, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena, Exp. 00254.01

¹² 1 LÓPEZ MESA, Marcelo J. “La Doctrina de los Actos Propios: Esencia y Requisitos de Aplicación”. En: Revista Universitas No.199 (Julio-Diciembre de 2009). pp. 189-222. p.198

activo decide ejercer dicho derecho, el acto mediante el cual lo ejercería adolecería de ilicitud y, **si decide exigirlo por la vía judicial, el juez deberá desestimar su pretensión.**

Expuesto lo anterior, no cabe duda entonces de que para el presente asunto se demostró a cabalidad que (i) la demandante no obro bajo el postulado de la ubérrima buena fe que rige el contrato de seguro y que le exigía un comportamiento prístino de cara a evitar ineficacias o irrelevancias (ii) contradujo con sus atestaciones las declaraciones efectuadas en la etapa de suscripción del seguro y (iii) que de todas formas BBVA Seguros de Vida Colombia S.A., si cumplió con el deber de información.

Frente a la primera atestación, debo entonces indicar que la misma encuentra soporte en hechos plenamente demostrados en el litigio, como lo es que la demandante Sandra Milena Rubio Zuluaga adquirió el seguro cuando ya se encontraba en trámite su impugnación con miras a aumentar un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 27.56%, el cual le había notificado apenas cuatro meses antes y que dicha situación NO fue manifestada al declarar su estado de riesgo, pese a que por ello se le indagaba precisamente. En ese sentido y como se advirtió incluso desde el inicio del presente recurso, se tiene que la demandante adquirió un seguro para garantizar una obligación por un monto de cuatrocientos cincuenta millones de pesos **y que tan solo un mes después de su suscripción pretende afectar, en virtud de un dictamen de pérdida de capacidad laboral que le fue expedido, en virtud de un proceso de calificación que había iniciado desde por lo menos once meses atrás (septiembre de 2021).**

Esta situación paso totalmente inadvertida en la sentencia de primera instancia, por lo que no fue tenida en cuenta a la hora de determinar el cumplimiento de los deberes y **obligaciones como el de información y diligencia que se suscitaron como consecuencia de la relación aseguraticia y que eran del resorte no solo de la aseguradora, sino también de la consumidora financiera.**

Por su parte y en punto de la segunda afirmación, tenemos entonces también que la delegatura desconoció la aplicación de la teoría de los actos propios, en punto de la palmaria e injustificada contradicción entre lo atestado por la demandante en sede de su interrogatorio, y lo certificado con su rubrica al momento de celebrar el contrato de seguro.

En efecto nótese como al momento de la edificación de la relación aseguraticia, la demandante certificó expresamente y con su propia rubrica en la parte final del documento denominado como "solicitud seguro de vida individual 18¹³" que recibió la información relativa al producto de forma clara y completa y de contera conoció también, que podía consultar las condiciones de su producto en cualquier tiempo y lugar, mediante la página web del banco o de la aseguradora. Veamos:

Póliza con Endoso: SI NO Como beneficiario oneroso a BBVA Colombia S. A.

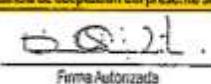
Cláusula de Beneficiario Oneroso (Endosos): Se designa como beneficiario principal del valor de la indemnización del presente seguro como de los demás amparos contratados a: BBVA COLOMBIA S.A., con el único y exclusivo fin de garantizarle el pago de una deuda a su cargo. En consecuencia, y de conformidad con el artículo 1146 del Código de Comercio, mientras subsista la deuda anterior con éste beneficiario, la póliza no podrá ser terminada, revocada o modificados sus beneficiarios o su valor asegurado, sin previo aviso por escrito al beneficiario principal y autorización del mismo. Si se llega a causar el derecho de indemnización pactada en el presente seguro, cuando la deuda a cargo del asegurado y a favor del beneficiario anteriormente designado se hubiere extinguido o disminuido por cualquier causa, será beneficiario sustituto por el saldo del seguro, los designados por el asegurado o en su defecto los de ley.

El cliente está con las condiciones generales de su póliza están a su disposición, a través de las páginas: www.bbvasseguros.com.co y www.bbva.com.co

Certifico que recibí la información relativa al producto de forma clara y completa, que diligencie personal y libremente la información contenida en ésta solicitud. Manifiesto que fui informado sobre las posibles consecuencias en caso de encontrarse inconsistencias en dicha información. Suscribo el presente documento como constancia de aceptación del presente seguro.

Para constancia se firma en Bogotá a los 01 días del mes de Julio de 2023.

 Firma del Solicitante

 Firma Autorizada

¹³ Documento que no fue tachado ni desconocido por la demandante

Dicha certificación (la cual era libre de firmar o no la asegurada, como quiera que para efectos de la solicitud y toma del seguro ya se había plasmado una firma anterior), se constituye entonces en una declaración expresa de voluntad de la señora Rubio Zuluaga, con la que inequívocamente manifestaba que para ese momento (en la misma constitución del negocio), **había conocido de manera clara y completa la existencia y el funcionamiento del producto. Esa misma atestación, es la que produce entonces una expectativa legítima de mi mandante y un convencimiento de que se cumplió a cabalidad el tantas veces nombrado deber de información y que se habían satisfecho las cargas previstas en los artículos 37 y 39 de la ley 1480 de 2011, la ley 1328 de 2009 y la circular básica jurídica.**

No obstante, y contraviniendo dicha manifestación expresa de su voluntad, vemos entonces como la señora Sandra Milena Rubio Zuluaga para el momento de rendir su interrogatorio de parte, manifestó no haber si quiera conocido de la existencia de un seguro, aun cuando se itera su rúbrica aparecía en el acto constitutivo del citado contrato.

Esta notoria contradicción en la actuación de la demandante y que podía ser advertida claramente por la delegatura, no fue tenida en cuenta a la hora de proferir la respectiva sentencia, ya que de haberlo así y bajo los cánones de la teoría de los actos propios, no le hubiera quedado otro camino si no el de desestimar la pretensión que emanaba de dicho acto contrario y que consistía en lograr la inoponibilidad o ineficacia de las cláusulas contractuales que regían el seguro, las cuales desde un inicio manifestó conocer y entender.

Ahora, en lo que tiene que ver de la tercera afirmación, tenemos entonces que obra en el plenario, además de la documental anteriormente mencionada (y con la que la misma demandante certifica que si se le brindó información completa), senda prueba testimonial e incluso confesión de la propia demandante, y con la que se corrobora periféricamente que (i) tanto banco como aseguradora cumplieron con el deber de diligencia e información y (ii) que la demandante como consumidora financiera cualificada, desatendió prácticas propias de autoprotección.

En efecto, en primera medida se cuenta con la declaración del representante legal del banco¹⁴ (**quien contrario a lo que manifestó la delegatura en la sentencia JAMAS tuvo confusión alguna en punto del tipo de seguro que se había colocado para este caso**), y quien con su dicho estableció que es política y práctica habitual de los funcionarios del BBVA Colombia S.A. (i) informar plenamente a sus usuarios respecto del mutuo y del seguro; (ii) sacar al menos tres juegos de copias, una de ellas con destino al consumidor y; (iii) capacitarse periódicamente con los aplicativos y charlas brindadas por su empleador y BBVA Seguros, de cara a prestar una correcta asesoría a sus clientes.

De igual manera, se cuenta con la atestación de la representante legal del BBVA Seguros de Vida Colombia¹⁵ (**quien contrario a lo que manifestó la delegatura en la sentencia JAMAS tuvo confusión alguna en punto del tipo de seguro que se había colocado para este caso**) con la que se acredita en respuestas al interrogatorio oficioso (solo se le hicieron dos preguntas) (i) que si se habían remitido las condiciones generales del seguro, (ii) que si se había brindado la información pertinente y (iii) que en constancia de ello, obraba la rúbrica de la demandante en el último acápite de la declaración de asegurabilidad, el cual se infiere, solo se firma por el potencial asegurado, si ha recibido toda la información atinente al contrato de seguro.

¹⁴ 1 hora, 43 minutos, 0 segundos de la grabación de la audiencia inicial

¹⁵ 1 hora, 58 minutos, 15 segundos de la grabación de la audiencia inicial

En este punto, es importante también traer a colación las atestaciones/confesiones efectuadas por la señora demandante, tales como (i) **el hecho de que no leyó el documento constitutivo del negocio aseguraticio (hora 1 con 1 minuto y 0 segundos de la grabación de la audiencia inicial)**, (ii) **que dicha decisión se produjo en virtud de su previo conocimiento del sector financiero pues en su concepto siempre llevaba “las de perder” (hora 1 con 31 minutos y 21 segundos de la grabación de la audiencia inicial)** y (iii) **que el producto lo adquirió en virtud de una operación de compra de cartera de otro crédito que tenía con Scotía Bank y que de igual manera tenía más créditos y productos para con BBVA Colombia (hora 1 con 40 minutos y 00 segundos de la grabación de la audiencia inicial)**

Esta situación claramente entonces demuestra, que, si hubo una falta de información parcial en punto de las condiciones de los contratos, la misma solo obedeció a la desidia y displicencia de la propia actora y no a la falta de diligencia de alguna de las entidades demandadas en este trámite.

Esta palmaria omisión y sus consecuencias frente al negocio aseguraticio fueron tratados por nuestra Corte Suprema de Justicia¹⁶, así:

*“Adviértase que las partes al celebrar un contrato razonablemente desean, quieren o procuran su eficacia y, por ende, el juez deberá preferir en toda circunstancia la consecuencia relativa a la preservación del mismo, porque, se itera, sería absurdo siquiera suponer la celebración de un contrato para que no produzca efecto alguno cuando las partes, por principio, lo hacen bajo la premisa cardinal de su cumplimiento y eficacia. Por lo mismo, a efectos de asegurar esta finalidad convergente, naturalmente perseguida con el pactum, las partes, contraen la carga correlativa de evitar causas de ineficacia del negocio jurídico y, el juzgador al interpretarlo y decidir las controversias, procurar dentro de los límites racionales compatibles con el ordenamiento jurídico, su utilidad y eficacia, según corresponde a la ratio legis de toda conocida ordenación normativa. La fisonomía de esta regla impone que la frustración del acto sólo es pertinente cuando no exista una alternativa diferente, según postula de tiempo atrás la doctrina de la Corte, al relieves la significativa importancia del contrato, su celebración, efecto vinculante, cumplimiento y ejecución de buena fe, destacando la directriz hermenéutica consagrada en el artículo 1620 del Código Civil.”). **En tales circunstancias, de la jurisprudencia reseñada en precedencia es patente que el actor se expuso injustificadamente al riesgo, en la medida que, tal y como él mismo lo indicó en su interrogatorio de parte no leyó el certificado de asegurabilidad, sin que tal conducta resulte excusable, pues de un lado, corresponde al consumidor financiero asesorarse respecto de los servicios que ésta contratando y, de otro, obrar con el mínimo de diligencia a fin de establecer qué tipo de legajos está firmando y cuál era su contenido.***

De igual manera y aun en el entendido de que sea posible darle más valor al propio dicho de la parte, que a las otras tres pruebas que obraban en el proceso (**tesis que contradeciría el principio general del derecho de que a nadie le es dable constituir su propia prueba**), se tiene que la declaración d Sandra Milena Rubio NO fue coherente ni resulta clara, pues (i) va contra las reglas de la experiencia que una persona con formación profesional y en el

¹⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sent. 28 de febrero de 2005. Exp. 7504, reiteradas en sent. 7 de febrero de 2008, [SC-007-2008], exp. 2001-06915-01, 30 de agosto de 2011, exp. 11001-3103- 012-1999-01957-01, 5 de diciembre de 2011, exp. 25269-3103-002-2005-00199-01 y 21 de febrero de 2012. Exp. 2006-00537-01

contexto de comprometer su patrimonio por casi 500 millones de pesos, no se detenga a leer el certificado de asegurabilidad que constaba de apenas de **un solo folio** (ii) la demandante atesto que fue notificada de su PCL solo hasta fines de agosto de 2022 (**Hora 1 con 8 minutos y 14 segundos de la audiencia inicial**) fecha en la que también presento la reclamación ante el banco (29/08/2022) por lo que no es lógico y creíble que no conociera de la existencia del seguro, ya que una vez se le expide la PCL superior al 50%, procede casi de manera inmediata a solicitar su afectación y (iii) la demandante manifestó que se retiró de la Fuerza Aérea para marzo de 2021 (un año y cuatro meses antes de la celebración del seguro) y que se había enterado del seguro en una reunión de miembros retirados, por lo que cabe la posibilidad de que se haya enterado del funcionamiento y forma de afectar el producto, para mucho antes de su suscripción.

Por las anteriores razones no era posible entonces que la delegatura pudiese tener como demostrado una supuesta infracción al deber de información, máxime si se tiene en cuenta que dicha tesis solo arribo al proceso, para el momento del interrogatorio de parte de la señora demandante y jamás fue formulado en la demanda o en la reclamación presentada ante el banco.

5) La parte demandante en contravía de la carga impuesta en el artículo 167 del C.G.P., no acreditó los elementos configurativos de la responsabilidad civil por infracción al deber de información.

Para no ahondar en mayores disquisiciones, resumidamente se expone en este reparo, que la parte demandante tampoco allegó material probatorio suficiente, para demostrar los elementos que estructuran la responsabilidad civil por infracción del deber de información, como lo son (i) el incumplimiento, (ii) el daño, (iii) la relación de causalidad y (iv) el factor de imputación.

En ese sentido, como se advirtió anteriormente, la parte demandante solo cuenta con su dicho para acreditar un incumplimiento de las entidades vinculadas por pasiva, y valga la pena resaltar nuevamente, existen al menos tres elementos de prueba que indican lo contrario.

De igual manera y en punto del daño y su causalidad, se tiene por acreditado conforme las ya citadas confesiones de la demandante, que la misma no procuro o puso en practica conductas de autoprotección mínimas para prevenirlo como lo era leer por lo menos el acto constitutivo del negocio, analizar el riesgo patrimonial sobreviniente, por lo que, si el daño acaeció, el mismo solo le es imputable a la accionante y por lo tanto es la llamada a responder por las consecuencias propias de su actuar¹⁷

Expuesto lo anterior y entendiendo entonces que la actora en este caso obro con total pasividad frente a la carga que le imponían demostrar a cabalidad todos y cada uno de los elementos que configuran la responsabilidad civil derivada de la infracción al deber de información, desde ningún punto de vista era plausible, que se procediera al reconocimiento de las pretensiones, en la manera que lo hizo la Delegatura para asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, proferida el 10 de marzo de 2016, M.P. Marco Antonio Álvarez Gómez

Notificaciones:

Para todos los efectos de notificaciones, las mismas se reciben al correo abogado.civiles@luisavelasquezabogados.com.co o al teléfono 3107698667.

Sin otro particular, se suscribe:

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'C. E. González Bueno', written over a horizontal line.

Carlos Eduardo González Bueno
C.C. N°1.052.403.588 de QUITAMA
T.P. 285.175 del C.S de la J.

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA PELAEZ ARENAS RV: BBVA Seguros de Vida Colombia S.A. sustenta recurso de apelación, radicado: 11001319900320220424902

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Lun 23/10/2023 15:07

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

 1 archivos adjuntos (677 KB)

Sustenta recurso tribunal SMR.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA PELAEZ ARENAS

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: Abogado BBVA LVA <abogadobbva@luisavelasquezabogados.com.co>

Enviado: lunes, 23 de octubre de 2023 14:01

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Secretaría Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secscribupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: luisavelasquez723@hotmail.com <luisavelasquez723@hotmail.com>; Gustavo Adolfo Tovar Prada <gtovar1984@live.com>; Hernando blanco <hernando.blanco@bbva.com>

Asunto: BBVA Seguros de Vida Colombia S.A. sustenta recurso de apelación, radicado: 11001319900320220424902

Bogotá D.C., 23 de octubre de 2023

Honorables Magistrados

Tribunal Superior del Distrito de Bogotá

Sala Civil

Ciudad

Referencia: **Clase De Proceso:** Acción de protección al consumidor financiero
Demandante: Sandra Milena Rubio Zuluaga
Demandado: BBVA Seguros de Vida Colombia S.A.
Radicado: **11001319900320220424902**

Asunto: Recurso de apelación contra sentencia

Carlos Eduardo González Bueno, abogado en ejercicio con domicilio en la ciudad de Bogotá, identificado civil y profesionalmente como aparece al pie de mi firma, obrando como apoderado especial sustituto de BBVA Seguros de Vida Colombia S.A., entidad demandada en el proceso de la referencia, por medio del presente escrito me dirijo muy respetuosamente a su despacho, a fin de sustentar recurso de apelación contra la sentencia escrita proferida en primera instancia por la Delegatura para asuntos Jurisdiccionales de la Superfinanciera y notificada según consta en la misma providencia, a las 15:31 horas del 26 de junio de 2023.

El presente mail se copia a todas las partes cuya dirección electrónica se conoce, dando cumplimiento a lo previsto en el numeral 14 del artículo 78 del C.G.P.

Se suscribe:

Carlos Eduardo González Bueno
Abogado
Luisa Velásquez Abogados S.A.S.
Calle 12 No 7 - 32 Oficina 706 B
Teléfonos: 8057340 - 3204261792



Bogotá D.C., 23 de octubre de 2023

Honorables Magistrados
Tribunal Superior del Distrito de Bogotá
Sala Civil
Ciudad

Referencia: **Clase De Proceso:** Acción de protección al consumidor financiero
Demandante: Sandra Milena Rubio Zuluaga
Demandado: BBVA Seguros de Vida Colombia S.A.
Radicado: **11001319900320220424902**

Asunto: Recurso de apelación contra sentencia

Carlos Eduardo González Bueno, abogado en ejercicio con domicilio en la ciudad de Bogotá, identificado civil y profesionalmente como aparece al pie de mi firma, obrando como apoderado especial sustituto de BBVA Seguros de Vida Colombia S.A., entidad demandada en el proceso de la referencia, por medio del presente escrito me dirijo muy respetuosamente a su despacho, a fin de sustentar recurso de apelación contra la sentencia escrita proferida en primera instancia por la Delegatura para asuntos Jurisdiccionales de la Superfinanciera y notificada según consta en la misma providencia, a las 15:31 horas del 26 de junio de 2023.

Oportunidad del recurso:

Teniendo en cuenta que el auto por medio del cual se ordena la sustentación de la alzada se notificó el día de hoy 23 de octubre de 2023, es claro entonces que no ha fenecido el termino de cinco días otorgado en dicha providencia, **por lo que el recurso es oportuno.**

Del caso en concreto:

Antes de iniciar con la formulación y desarrollo de los reparos concretos a la decisión, debo poner de presente al señor fallador Ad-Quem, las particularidades y sustrato factico del caso cuyo estudio se pretende, en sede del recurso de apelación.

En ese sentido, debo resaltar entonces que el presente litigio versa sobre la solicitud de afectación del amparo de incapacidad total y permanente pactado en un seguro individual de vida, adquirido para el **01 de julio de 2022** por la señora Sandra Milena Rubio Zuluaga, con el fin de amparar el crédito terminado en **9552 y el cual se otorgó con una cuantía que ronda los cuatrocientos cincuenta millones de pesos. Dicho seguro se expidió

conforme a una declaración de riesgo guiada (tomada mediante un cuestionario preimpreso) **en la que la demandante indicó no presentar ninguna enfermedad o incapacidad previa para ese momento y así mismo, según sus atestaciones, la misma nunca reparo en leer los documentos que formalizaban tanto el mutuo, así como los que constituían el negocio asegurativo.** (véase literal D. del artículo 6 de la ley 1328 de 2009)

Por su parte y tal como se podrá advertir con las documentales incorporadas y debidamente practicadas en este proceso, se tiene que la señora Sandra Milena Rubio Zuluaga había iniciado un proceso de calificación de su pérdida de capacidad laboral al interior de la fuerza aérea, **por lo menos desde el mes de septiembre de 2021 y que fruto de ello, para el 01 de marzo de 2022 (cuatro meses antes de tomar el seguro) se le había expedido y notificado un dictamen de pérdida de capacidad laboral del 27,56%**¹. Dicho dictamen fue impugnado por la demandante (**también antes de suscribir el contrato de seguro objeto de litigio**), con miras a que se aumentara el porcentaje de pérdida de capacidad asignado, pues en su concepto no se habían tenido en cuenta ciertas enfermedades y padecimientos que ya presentaba y que afectaban gravemente su estado de salud.

Es a consecuencia de dicha impugnación, que se le expide para el **02 de agosto de 2022 (apenas un mes después de adquirir el seguro)** el **acta de tribunal medico laboral N°TML-22-1-588 la cual le dictamina una incapacidad permanente parcial (no total)** y una PCL del 57.40%. y con el cual inmediatamente, solicito la afectación de la cobertura.

Es decir, la demandante en este caso se aseguró en **julio de 2023**, fecha en la que ya llevaba más de seis meses en un proceso de calificación de su PCL. De igual forma y a penas al mes siguiente (**agosto de 2023**) de haber adquirido el seguro, ya estaba solicitando la afectación del amparo de ITP, en virtud del resultado final del trámite que se itera, venia adelantando la menos desde finales del año 2022.

Se debe resaltar también, que la demandante y pese a los porcentajes de incapacidad que le fueron diagnosticados, actualmente sigue desempeñando labores de asesoría y consulta para la fuerza aérea, devengando un salario de cinco millones cuatrocientos mil pesos, bajo un contrato laboral.

Por ultimo y si bien se tiene que mi representada no contestó la demanda en este asunto, **lo cierto es que los efectos adversos que se derivan de dicha conducta solo fueron tenidos en cuenta con relación al hecho segundo de la demanda y solo en contra del Banco BBVA.**

De igual manera nótese que a mi representada la vinculan **al litigio mediante un auto proferido con posterioridad a la notificación de la demanda, y sin haberse cumplido el requisito de procedibilidad de la reclamación directa.**

Esta exposición se realiza en aras de que el Honorable Tribunal advierta entonces, como la señora Rubio Zuluaga de ninguna manera acato o cumplió con el principio de ubérrima buena fe, el cual es inherente a este tipo de contratos y además, con su comportamiento

¹ Acta de junta medica laboral definitiva N°010-2022-JEFSA, obrante a derivado 11 del expediente digital

culposo y negligente consistente en ni siquiera leer el acto constitutivo del negocio, falto a la carga prevista entre otros en el artículo 6 de la ley 1328 de 2009 y la cual le exigía un mínimo de diligencia en punto de conocer e informarse de las características básicas de la operación que estaba realizando.²

Reparos a la decisión de primera instancia:

- 1) La sentencia atacada desborda el objeto del litigio fijado por las partes y por la propia delegatura, al realizar un estudio en punto de la eficacia de las “cláusulas del contrato” sin motivación alguna.**

Más allá del estudio acerca de si en este caso es posible aplicar la sanción de ineficacia a la definición material del riesgo asegurado y de si dicha ineficacia puede o no predicarse de solo un aparte o renglón de la misma, debo indicar sin mayor vacilación, que en este asunto la Delegatura con su sentencia, vulnera la congruencia establecida en el artículo 281 del C.G.P., por cuanto reconoce la aplicación de dicha sanción, **sin que la misma hubiese sido objeto de las pretensiones o de la fijación del litigio efectuada en la audiencia inicial.** Esta situación, sin una precisa y oportuna motivación en punto del porque se consideraba más justa para las partes, conlleva entonces una indebida utilización de las facultades extra y ultra petita, que ha permitido el legislador en estos asuntos.

Así las cosas y para empezar a desarrollar y sustentar este reparo, debo indicar que es de conocimiento de este apoderado, la facultad otorgada a la Superintendencia Financiera de Colombia por el numeral 9 del artículo 58 de la ley 1480 de 2011 y que le permite que, en aquellas materias atinentes a la protección de los derechos del consumidor, pueda utilizar las facultades de fallar ultra y extra petita.

No obstante, y tal como incluso lo ha llegado advertir la Corte Suprema de Justicia³, no se trata de una facultad irrestricta de la que dicha autoridad pueda hacer uso sin ningún tipo de limitaciones, pues es claro que en virtud del deber que les asiste a quienes ejercen jurisdicción, **tiene la carga de argumentar adecuada y suficientemente las razones por las cuales es necesario decidir la controversia de un modo distinto a lo exigido por el demandante**, explicando a la luz de las evidencias recaudadas y las reglas previstas en el estatuto del consumidor **por qué la medida adoptada en reemplazo del querer del demandante es la “más justa para las partes”.**

Memórese que el debido proceso de quienes acuden a la administración de justicia exige que sus servidores motiven sus decisiones frente a los hechos probados y las normas aplicables a su caso, a fin de que puedan conocer las razones por las cuales se acogen o desestiman sus solicitudes. Por esta razón, la Corte ha insistido en que (...) *el deber de*

² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sent. 28 de febrero de 2005. Exp. 7504, reiteradas en sent. 7 de febrero de 2008, [SC-007-2008], exp. 2001-06915-01, 30 de agosto de 2011, exp. 11001-3103-012-1999-01957-01, 5 de diciembre de 2011, exp. 25269-3103-002-2005-00199-01 y 21 de febrero de 2012. Exp. 2006-00537-01

³ Ver entre otras STC5704 del 2021 M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque

motivar toda providencia que no tenga por única finalidad impulsar el trámite, reclama, como presupuesto sine qua non, que la jurisdicción haga públicas las razones que ha tenido en cuenta al adoptar la respectiva resolución, de tal manera que tras conocerlas se tenga noticia de su contenido para que no aparezca arbitraria, caprichosa, antojadiza, sino producto del análisis objetivo, amén de reflexivo de los diferentes elementos de juicio incorporados al plenario y dentro del marco trazado por el objeto y la causa del proceso (...) (CSJ STC7764-2018).

De suerte que, si se trata de fallar infra, extra y ultrapetita en un juicio de protección al consumidor y adoptar la decisión que se “considere más justa para las partes del proceso”, **el juzgador deberá motivar en debida forma las razones por las cuales es viable definir el pleito de modo distinto a lo pretendido por el demandante, con base en los hechos alegados y probados en el litigio, al igual que las normas que rigen esa clase de contiendas.**

Pues bien, explicado lo anterior, tenemos entonces que en el presente asunto y al momento de fijar sus pretensiones⁴, la parte demandante **JAMAS incluyó aspiración alguna en punto de solicitar la declaratoria de ineficacia de algunas o todas las cláusulas del contrato y mucho menos la declaratoria de ineficacia de la definición de riesgo asegurado, prevista en el negocio jurídico que suscribió con BBVA Seguros de Vida Colombia S.A., a causa de la infracción del deber de información.** En efecto, las pretensiones que observamos en la demanda subsanada (i) solo fueron dirigidas en contra del Banco BBVA y (ii) en ningún momento solicitaban la declaratoria de inexistencia, ineficacia o similar, en punto de la definición de cobertura del seguro o de sus cláusulas, veamos:

II. PRETENSIONES

1. Que se ordene a la entidad accionada BANCO BBVA el pago del crédito # 9552 por valor de CUATROCIENTOS TREINTA Y CUATRO MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL TRESCIENTOS SETENTA PESOS \$434.383.370 como quiera que con su silencio le esta cercenando a la señora SANDRA RUBIO su derecho a efectuar una reclamación formal ante entidad aseguradora.
2. Se ordene el pago de los intereses moratorios previsto en el artículo 1080 del Código de Comercio desde el mes siguiente a la primera reclamación hasta la fecha de pago de la Sentencia.
3. Se condene a la entidad demandada al pago de las costas del proceso.
4. Que se condene a la entidad demandada el pago de las agencias en derechos.

Es más, si el señor fallador Ad Quem revisa en su integridad la demanda subsanada, en ninguno de sus acápites y ni si quiera en los hechos, se hace referencia o alusión a alguna vulneración al deber de diligencia o falta de información para con la consumidora y que

⁴ Debe tenerse en cuenta que, en virtud del auto de inadmisión de la demanda, la demandante replanteo sus pretensiones iniciales, tal como consta en el escrito de subsanación de la demanda.

permitiera bajo esa egida entonces, lograr la declaratoria de ineficacia de la definición del riesgo asegurado que se plasmó en el contrato de seguro.

Lo que reclamaba puntualmente para este caso la señora Sandra Milena Rubio Zuluaga, era la supuesta desatención a la reclamación del seguro, la cual finalmente se acreditó⁵ y consta en la misma documental aportada con el libelo inicial y obrante en derivados 00 y 11 del expediente digital, **fue radicada ante el Banco BBVA y no ante BBVA Seguros de Vida Colombia S.A.**

Así mismo, la delegatura en la página 1 de la sentencia, transcribe textualmente las pretensiones de la demanda, ratificando entonces que las mismas solo estaban dirigidas al banco y que de ninguna manera incluían la solicitud de ineficacia de alguna cláusula del contrato o la estructuración de una responsabilidad contractual, derivada de la infracción al deber de información.

Por su parte y a la hora de realizar la fijación del litigio **(2 horas, 20 minutos y 45 segundos de la grabación de la audiencia inicial)** la delegatura de forma textual indicó que el mismo se circunscribía a:

“Establecer si existe responsabilidad contractual por parte de BBVA seguros de Vida Colombia y/o del banco BBVA, en virtud del contrato seguro de vida grupo deudor que fungió como garantía adicional del crédito hipotecario terminado en el numero 9552, con ocasión al amparo de incapacidad total y permanente debido a la calificación de pérdida de capacidad laboral que le fue dictaminada a la demandante el día 02 de agosto del año 2022.” (las negrillas son nuestras)

Dicha fijación del litigio que incluso también se transcribió en el párrafo 5 de la página 5 de la sentencia y como se puede extraer de su lectura, solo hacía referencia a la responsabilidad contractual, derivada de un supuesto incumplimiento o retardo en el pago de la obligación condicional pactada en el amparo de Incapacidad Total y Permanente del contrato de seguro, sin que se incluyera desde ningún punto de vista es estudio de la oponibilidad u eficacia de las cláusulas pactadas en dicho negocio jurídico.

No obstante, y en el mismo folio cinco de la sentencia, sin ninguna advertencia o referencia a las facultades extra y ultra petita y sin sustentar porque se consideraba en este caso más justo para las partes estudiar temas que no fueron pedidos en la demanda, se realizó un análisis de la eficacia de la misma definición del riesgo pactado para el citado amparo.

Nótese entonces señor fallador Ad Quem, como en este caso ni las partes ni mucho menos la delegatura a la hora de fijar el objeto del litigio, contemplaron o incluyeron la discusión de si se había o no vulnerado el deber de información a cargo de BBVA Seguros (la responsabilidad que se planteo discutir fue la derivada de un presunto incumplimiento del amparo de incapacidad) **y mucho menos la discusión de si alguna de las cláusulas o**

⁵ Quedo como hecho probado por la falta de contestación del Banco, que la reclamación se presentó ante dicha entidad

la propia definición del riesgo asegurado de la cobertura ITP del contrato de seguro, era ineficaz.

A su turno, es palmaria y salta a la vista la ausencia total de motivación en la sentencia, en punto de las razones o circunstancias por las cuales, pese a que no había sido solicitado por las partes, se consideraba que era más justo proceder a efectuar un estudio respecto de la ineficacia de un aparte de la definición del riesgo asegurado bajo el amparo de ITP, lo cual claramente entonces trasgrede el derecho de defensa y debido proceso que le asiste a mi representada y la congruencia de la que debe estar revestida la sentencia.

En ese sentido y si bien la ley 1480 de 2011 y en general el estatuto orgánico del sistema financiero han establecido la posibilidad de derivar una responsabilidad de las entidades vigiladas por la infracción a deberes y derechos del consumidor, **lo cierto es que dicho linaje especial de responsabilidad exige una precisión y sustentación por parte de quien acude a su tutela y así mismo, debe estar clara y diáfananamente incluido en el objeto del litigio, a efectos de que los demandados adviertan tal situación y puedan ejercer una defensa y oposición frente a dichos cargos.**

Por lo anteriormente y teniendo en cuenta entonces, que la sanción de ineficacia de las condiciones generales del seguro nunca fue incluida en el objeto de litigio fijado por las partes y por la propia delegatura, no era dable entonces que, sin motivación alguna, la delegatura procediese a su estudio y mucho menos a su reconocimiento.

Con base en los anteriores argumentos, se solicita al Honorable Tribunal Superior del Distrito de Bogotá, proceder a revocar totalmente la sentencia.

- 2) **La sentencia desconoce que la imposibilidad de afectar el seguro deviene de que el hecho material que dio lugar a la reclamación no estaba cubierto por el amparo de ITP y no deviene de alguna exclusión a la cobertura del seguro, ultimo evento este en el que, si es dable analizar la información recibida por el consumidor:**

Como argumento central que permitió a la delegatura acceder a las pretensiones de la demanda, se tiene que para el presente asunto y en su concepto, encontró probada la desatención por parte de mi representada de las obligaciones estatuidas a su cargo por los artículos 37 y 39 de la ley 1480 de 2011, ratificadas también por la circular básica jurídica 029 de 2014 y en punto de haber informado suficiente y anticipadamente al consumidor sobre la existencia, efectos y alcance de las condiciones del seguro, así como no haberlas entregado anticipadamente al tomador.

Con base en lo anterior, procede entonces el A quo a tener como ineficaz **solo un aparte de la definición de cobertura del seguro**, aplicando la sanción que prevé el inciso final del citado artículo 37 de la ley 1480 de 2011. De igual manera y para apoyar su decisión, transcribe un extracto de la sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema

de Justicia SC-1301 del 12 de mayo de 2022, en la cual se hace referencia al mentado deber de información y la sanción de ineficacia en modalidad de inexistencia y que entre otras fue tratada también en sentencias SC 6 ago. 2010, exp. 2002-2010, reiterada en SC 13 dic. 2013, exp. 1999-01651-0.

No obstante, debo advertir que la citada providencia, pese a que expone los argumentos utilizados por la delegatura en punto de la consecuencia de ineficacia en punto de **exclusiones y garantías** no informadas al consumidor, más adelante y específicamente en su página 19 y s.s. expone:

*“En esas condiciones, en esencia, **el raciocinio que orientó la decisión del ad quem para desestimar las aspiraciones de los demandantes se centró en la ausencia de cobertura del fenómeno físico de reptación que impactó los bienes asegurados, y no en el estudio concienzudo de las exclusiones alegadas por la opositora, último evento en el que, ciertamente, tendría que haber discernido acerca de los cuestionamientos de eficacia de las exclusiones propuestos por los demandantes y que fueron acogidos por el a quo.***

De ahí que, con independencia de que el sentenciador no haya acudido a las normas de protección del consumidor para pronunciarse acerca de los efectos jurídicos que pudieran derivarse por el hecho alegado por la censura en punto a que el asegurador no discutió las exclusiones y garantías con el tomador en la etapa precontractual, tal omisión resulta intrascendente, por cuanto el fallo adverso a los pretensores no se fundó estrictamente en la configuración de una exclusión, ni en la aplicación de una consecuencia derivada de la desatención de una garantía, sino en que el hecho material que dio lugar la reclamación no estaba cubierto por ninguno de los amparos de agua y anegación previstos y definidos en la póliza de seguro.

En las circunstancias anotadas, las inexactitudes en que incurrió el juzgador de segundo grado al pronunciarse innecesariamente sobre la exclusión de deslizamiento y de manera tangencial sobre la falta de acatamiento de las garantías sin parar mientes en que la oponibilidad de esos cánones se cuestionó desde la génesis del proceso y fue acogida por el a quo, carece de relevancia, por cuanto, se insiste, en lo medular el fallo no se erigió sobre esas defensas sino en la falta de cobertura del evento.

*Quiere decir lo anterior, que resultan intrascendentes los reparos de la censura frente a la infracción directa del artículo 37 de la Ley 1480 de 2011, puesto que aun de entenderse que dicha disposición hacía parte del marco normativo de referencia para la composición del litigio al momento de resolver sobre la defensa denominada «riesgos excluidos de la cobertura de la póliza», **de ninguna manera estarían dados los supuestos para el éxito de sus aspiraciones, por cuanto las mismas no se frustraron por esa defensa, sino de manera preponderante en la ausencia de cobertura del evento**, inferencia que ni siquiera se cuestionó en la formulación de este ataque por lo que permanece enhiesta. Así, queda truncado el camino para establecer de qué manera se produjo una afrenta directa de la ley en el campo de la «inoponibilidad» alegada.” **(las negrillas son nuestras)***

En ese sentido, se tiene entonces que incluso la misma sentencia que cita la delegatura en apoyo de su raciocinio, concluye al denegar el primer cargo de la demanda de casación objeto de su estudio, **que a la hora de que el fallador determine si se materializó o no el riesgo asegurado o en otras palabras, a la hora de determinar si el hecho alegado como siniestro encuentra o no cobertura en el negocio asegurativo, se torna en intrascendente el estudio respecto de si el asegurador discutió o no las condiciones del seguro con el tomador en la etapa precontractual, por cuanto allí solamente se estudia, si se materializó o no el riesgo asegurado, como elemento esencial del contrato (art 1045 C.Com).**

Esta tesis interpretativa se compadece y es armoniosa también con los literales b) y d) del artículo 6 de la ley 1328 de 2009, los cuales establecen un mínimo deber de diligencia y autoprotección en cabeza del consumidor financiero, al ordenarle expresamente por lo menos indagar y conocer los términos y condiciones mínimos de la operación que va a realizar y los derechos que adquiere con la adquisición del producto. Así las citadas normas establecen:

b) Informarse sobre los productos o servicios que piensa adquirir o emplear, indagando sobre las condiciones generales de la operación; es decir, los derechos, obligaciones, costos, exclusiones y restricciones aplicables al producto o servicio, exigiendo las explicaciones verbales y escritas necesarias, precisas y suficientes que le posibiliten la toma de decisiones informadas

d) Revisar los términos y condiciones del respectivo contrato y sus anexos, así como conservar las copias que se le suministren de dichos documentos.

Con base a lo anterior, podemos afirmar entonces que tanto la ley como la jurisprudencia, delimitan dos escenarios diferentes en punto de la no cobertura de un seguro:

Uno, que se produce en aquellos eventos en los que el hecho material que dio lugar a la reclamación no encuentra cobertura material en ninguno de los amparos del contrato y que deviene de la individualización precisa del riesgo asegurado como elemento esencial del contrato (art 1045 C.Com); y el otro evento, que se produce en aquellos casos en los que pese a que el hecho material que da lugar a la reclamación pueda enmarcarse en alguno de los amparos pactados, el asegurador lo excluyó expresamente, en virtud de la facultad de delimitar el riesgo asegurado, prevista en el artículo 1056 del código de comercio.

Así se viene sosteniendo desde la sentencia de Casación Civil del 07 de octubre de 1985, replicada también en SC del 29 de febrero de 1998, radicado 4.894, en la SC-4574 de 2015 e incluso también en sentencia SC-1301 del 12 de mayo de 2022 (en la cual se apoyó la delegatura) y en las que se indicó:

“(…) siendo requisito ineludible para la plena eficacia de cualquier póliza de seguros la individualización de los riesgos que el asegurador toma sobre sí (G.J. t. CLVIII, pág. 176) y que, por lo tanto, en este campo rige el principio según el cual

la responsabilidad asumida en términos generales como finalidad del contrato no puede verse restringida sino por obra de cláusulas claras y expresas "(...)

El Art. 1056 del C de Com., en principio común aplicable a toda clase de seguros de daños y de personas, otorga al asegurador facultad de asumir, a su arbitrio pero teniendo en cuenta las restricciones legales, todos o algunos de los riesgos a que están expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado..", agregando que es en virtud de este amplísimo principio "**que el asegurador puede delimitar a su talante el riesgo que asume, sea circunscribiéndolo por circunstancias de modo, tiempo y lugar, que de no cumplirse impiden que se configure el siniestro; ora precisando ciertas circunstancias causales o ciertos efectos que, suponiendo realizado el hecho delimitado como amparo, quedan sin embargo excluidos de la protección que se promete por el contrato. Son estas las llamadas exclusiones, algunas previstas expresamente en la ley...**" (las negrillas son nuestras)

Dicho lo anterior, tenemos entonces que no es posible, aún bajo la óptica de la protección al consumidor, que se valore si el asegurador discutió o no el riesgo asegurado con el consumidor, pues precisamente dicha situación se constituye en un elemento esencial del contrato de seguro, el cual se infiere debe ser conocido a cabalidad por tomador/asegurado, no solo porque el es el titular de dicho riesgo, sino también porque la ley⁶ ha establecido en su persona, la obligación y deber de conocer los términos mínimos de la operación que realiza.

Contrario sensu y en punto de las exclusiones puntuales a la cobertura y el cumplimiento de garantías, si es dable entonces efectuar el estudio del cumplimiento las obligaciones como las comprendidas en los artículos 37 y 39 de la ley 1480 de 2011, para efectos de determinar si las mismas son eficaces y oponibles, a la hora de configurarse el riesgo asegurado.

En este punto, es importante entonces traer a colación el riesgo puntual al que estaba expuesta la demandante Sandra Milena Rubio y que mi mandante asumió en virtud del contrato de seguro de vida individual deudor No. 02 325 0000005949, certificado No. 0013-0790-81-4000814438 y que amparaba la obligación terminada en **9552, el cual quedo delimitado de la siguiente manera: (las resaltas son nuestras) en el condicionado del seguro, el cual valga la pena resaltar desde ya, **no fue desconocido ni tachado por parte demandante.**

⁶ Artículo 6 de la ley 1328 de 2009

I. AMPAROS

1.1. INCAPACIDAD TOTAL Y PERMANENTE: SI DURANTE LA VIGENCIA DE LA PÓLIZA A LA CUAL ACCEDE, QUEDARE INCAPACITADO EN FORMA TOTAL Y PERMANENTE, LA COMPAÑÍA PAGARÁ LA INDEMNIZACIÓN HASTA POR EL MONTO DEL VALOR ASEGURADO CONTRATADO PARA ESTE ANEXO Y QUE CONSTA EN LA CARÁTULA DE LA PÓLIZA Y/O EN SUS CONDICIONES PARTICULARES. PARA EFECTOS DE ESTE BENEFICIO, INCLUYENDO LOS RÉGIMENES ESPECIALES, SE ENTIENDE POR INCAPACIDAD TOTAL Y PERMANENTE, LA SUFRIDA POR EL ASEGURADO COMO RESULTADO DE UNA LESIÓN O ENFERMEDAD, QUE LE IMPIDA TOTAL Y PERMANENTEMENTE REALIZAR CUALQUIER ACTIVIDAD U OCUPACIÓN. DICHA INCAPACIDAD SE CONSIDERARÁ SIEMPRE Y CUANDO HAYA PERSISTIDO POR UN PERIODO CONTÍNUO NO INFERIOR A CIENTO VEINTE (120) DÍAS COMUNES Y CUANDO LA PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL EVALUADA POR LA ASEGURADORA O CALIFICADO POR LAS JUNTAS REGIONAL Y NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, SEA SUPERIOR AL 50% Y NO HAYA SIDO PROVOCADA A SÍ MISMO POR EL ASEGURADO.

SIN PERJUICIO DE CUALQUIER CAUSA DE INCAPACIDAD TOTAL Y PERMANENTE, PARA EFECTOS DE ESTE AMPARO SE CONSIDERARÁ COMO TAL: (I) LA PÉRDIDA DE LA VISIÓN POR AMBOS OJOS, (II) LA PÉRDIDA DE AMBAS MANOS O AMBOS PIES, (III) LA PÉRDIDA DE TODA UNA MANO Y DE TODO UN PIE; (IV) LA PÉRDIDA DE TODA UNA MANO O DE TODO UN PIE JUNTO CON LA VISIÓN POR UN OJO; (V) LA PÉRDIDA DEL HABLA O DE LA AUDICIÓN. ESTE AMPARO SE CONFIGURA EXCLUSIVAMENTE CON LA FECHA DE CALIFICACIÓN DE LA INCAPACIDAD, LA CUAL SE CONSIDERARÁ LA FECHA DEL SINIESTRO, Y SU INDEMNIZACIÓN NO ES ACUMULABLE AL SEGURO DE VIDA; POR LO TANTO, UNA VEZ PAGADA LA INDEMNIZACIÓN POR DICHA INCAPACIDAD, LA COMPAÑÍA QUEDARÁ LIBERADA DE TODA RESPONSABILIDAD EN LO QUE SE REFIERE AL SEGURO DE VIDA DEL ASEGURADO INCAPACITADO.

En ese sentido, nótese como desde la misma definición de cobertura del amparo de incapacidad total y permanente del aludido seguro, se extrae que el riesgo asegurado es la incapacidad que pueda sufrir el asegurado a causa de una enfermedad o lesión sufrida en vigencia del seguro, y que le impida **TOTAL Y PERMANENTEMENTE** realizar **CUALQUIER ACTIVIDAD U OCUPACIÓN**. De igual manera, se establece que en los eventos en que se pretenda afectar el amparo con un dictamen de pérdida de capacidad laboral, **el mismo deberá ser expedido por la junta regional y/o nacional de calificación de invalidez**, aun en los eventos en los que el asegurado pertenezca a un régimen especial.

Por su parte y para hacer énfasis en el hecho de que la definición de cobertura es diferente e independiente de las exclusiones del producto, se tiene también que en el numeral 2 de las condiciones generales del seguro, se pactaron puntualmente los siguientes eventos en los que, pese a que se configurara el riesgo asegurado, tampoco habría lugar a la cobertura. Así se advierte en el documento:

2. EXCLUSIONES

LESIONES CAUSADAS A SI MISMO POR EL ASEGURADO, YA SEA QUE SE ENCUENTRE EN ESTADO DE CORDURA O DEMENCIA.

ENFERMEDADES PSÍQUICAS O MENTALES DEL ASEGURADO, CUALQUIER CLASE DE HERNIAS Y VÁRICES, TRATAMIENTOS MÉDICOS O QUIRÚRGICOS QUE NO SEAN NECESARIOS EN RAZÓN DEL ACCIDENTE O ENFERMEDAD AMPARADOS POR ESTE SEGURO, INFECCIONES BACTERIANAS (SALVO INFECCIONES PIOGÉNICAS QUE ACONTEZCAN COMO CONSECUENCIA DE UNA HERIDA ACCIDENTAL).

ACTOS DE GUERRA INTERIOR O EXTERIOR, REVOLUCIÓN, REBELIÓN SEDICIÓN CONMOCIÓN INTERIOR, ASONADA, ACTOS TERRORISTAS, HUELGA, O ACTOS VIOLENTOS MOTIVADOS POR CONMOCIÓN SOCIAL O POR APLICACIÓN DE LA LEY MARCIAL.

MIENTRAS EL ASEGURADO SE ENCUENTRE SIRVIENDO EN LABORES MILITARES, EN LAS FUERZAS ARMADAS, NAVALES, AÉREAS, O DE LA POLICÍA DE CUALQUIER PAÍS O AUTORIDAD INTERNACIONAL.

EL USO DE CUALQUIER NAVE AÉREA EN CALIDAD DE PILOTO, ESTUDIANTE DE PILOTAJE MECÁNICO DE VUELO O MIEMBRO DE LA TRIPULACIÓN.

ACCIDENTE QUE SUFRA EL ASEGURADO CUANDO VIAJE COMO PASAJERO EN AERONAVES QUE NO PERTENEZCAN A UNA COMPAÑÍA DE TRANSPORTE AÉREO CON ITINERARIOS DEBIDAMENTE PUBLICADOS Y AUTORIZADA PARA EL TRANSPORTE DE PASAJEROS POR LA AUTORIDAD GUBERNAMENTAL CONSTITUIDA Y CON JURISDICCIÓN SOBRE LA AVIACIÓN CIVIL DEL PAÍS DE SU REGISTRO.

TERREMOTO, ERUPCIÓN VOLCÁNICA, MAREJADAS O CONVULSIONES DE LA NATURALEZA DE CUALQUIER CLASE; FISIÓN O FUSIÓN NUCLEAR O RADIOACTIVIDAD, SEA EN FORMA DIRECTA O INDIRECTA.

HALLARSE VOLUNTARIAMENTE EL ASEGURADO BAJO LA INFLUENCIA DE ESTUPEFACIENTES, ALUCINÓGENOS, DROGAS TÓXICAS O HERÓICAS, CUYA UTILIZACIÓN NO HAYA SIDO REQUERIDA POR PRESCRIPCIÓN MÉDICA.

CIRUGÍA ESTÉTICA PARA FINES DE EMBELLECIMIENTO.

Expuesto lo anterior y retomando los planteamientos jurídicos esbozados al inicio de este reparo, es claro entonces que **la Delegatura NO podía aplicar la sanción de ineficacia (y menos de forma parcial) sobre la propia delimitación del riesgo asegurado como elemento esencial del contrato, y que hacía referencia a que la incapacidad debía impedir realizar cualquier actividad u oficio, si no que si se quería reprochar tales falencias en punto del deber de información (que no existieron) lo podía hacer solo respecto de las exclusiones puntuales planteadas a la cobertura, tal como lo reconoció la tantas veces citada sentencia SC-1301 del 12 de mayo de 2022.**

De igual manera, se tiene entonces que también se demostró por parte de esta aseguradora (i) que la demandante siguió laborando en actividades de consulta y asesoría con posterioridad a la expedición del dictamen que enrostra como prueba de la configuración del siniestro⁷ y devengando un salario de cinco millones cuatrocientos mil pesos (**confesión efectuada en audiencia inicial Hora 1 con 17 minutos y 38 segundos; Hora 1 con 22 minutos y 10 segundos; y en la Hora 1 con 35 minutos y 58 segundos**) (ii) que el acta de tribunal medico laboral N°TML-22-1-588 y que determina una PCL del 57.40%, no cataloga la incapacidad como total y permanente sino como incapacidad permanente **parcial**, y (iii) que el acta de tribunal medico laboral N°TML-22-1-588 y que determina una PCL del 57.40%, no proviene de una junta regional o nacional de calificación de invalidez.

Definido entonces que no era dable para la delegatura tener como ineficaz la definición del riesgo amparado por la cobertura de incapacidad total y permanente y que, a su turno, la demandante incumpliendo la carga del artículo 1077 del código de comercio NO aporó elementos de juicio suficientes que permitieran acreditar que el siniestro acaeció en los términos de la citada definición, no quedaba otro camino si no el de despachar negativamente las pretensiones de la demanda.

En ese sentido, se trae también a colación la sentencia de Casación Civil del 27 de agosto de 2008, exp-1997-14171, reiterada entre otras en la Sentencia del 19 de diciembre del mismo año, exp. 200-00075, en la que se indicó:

“el contrato de seguro es de interpretación restrictiva y por eso en su ámbito operativo, para determinar con exactitud los derechos y las obligaciones de los contratantes, predomina el texto de la que suele denominarse ‘escritura contentiva del contrato’ en la medida en que, por definición, debe conceptuársela como expresión de un conjunto sistemático de condiciones generales y particulares que los jueces deben examinar con cuidado (...); de ahí que “no puede el intérprete, so pena de sustituir indebidamente a los contratantes interpretar aparentemente el contrato de seguro para inferir riesgos que no han convenido, ni para excluir los realmente convenidos, ni tampoco hacer interpretaciones de tales cláusulas que conlleven a resultados extensivos de amparo de riesgos a otros casos que no solo se encuentran expresamente excluidos, sino que, por su carácter limitativo y excluyente, son de interpretación restringida”

Por último, se resalta también el acertado raciocinio utilizado por el Honorable Tribunal Superior del Distrito de Bogotá, en sentencia del 14 de octubre de 2022, expediente 003-2021-03645-01 M.P.: Dr. Jorge Eduardo Ferreira Vargas, y respecto de un caso idéntico al presente, en el cual también se debatía la acreditación del amparo de incapacidad total y permanente de un seguro pactado en las mismas condiciones por mi representada. Allí se evidencia como el alto Tribunal al momento de definir si el hecho material alegado por el reclamante encontraba o no cobertura en el riesgo amparado por el asegurador, no vacilo en siquiera preguntarse o indagar si se habían o no discutido “las condiciones” con el asegurado, sino que de manera diáfana estableció:

⁷ Así se reconoció también en la página 8, párrafo 3 de la sentencia

"En este escenario cabe añadir que, conforme la reclamación del demandante se estructuró el siniestro por la incapacidad total y permanente, al haber sido calificado con pérdida de capacidad laboral del 54.50% **y según el contenido de la póliza tal amparo se configuraba, en el evento que el asegurado sufra "una incapacidad que impida de (sic) en forma total y permanente realizar cualquier tipo de actividad u ocupación siempre que no haya sido provocada por el asegurado la compañía pagará el 100% del valor asegurado"**. (...). La fecha de ocurrencia del siniestro en los eventos de incapacidad total y permanente será la fecha de la calificación de pérdida de capacidad laboral, de acuerdo con lo señalado en el dictamen de calificación". **Sin embargo, los elementos de juicio que incumben a este litigio no refrendan la ocurrencia de las vicisitudes que exigía el éxito de la demanda, pues como también lo aseguró la autoridad de primer grado no se acreditó que la incapacidad del demandante sea total, es decir que le impida realizar cualquier tipo de actividad u ocupación, al punto que, a la fecha de presentación de la demanda y del fallo de primer grado el actor Ocampo González continúa vinculado como miembro activo del Ejército Nacional en labores administrativas, como lo recomendó el respectivo calificador (...)**

Con fundamento en lo anteriormente expuesto y teniendo claro que no era posible inaplicar parcialmente la definición de riesgo asegurado que se contemplaba en el contrato, se solicita revocar la sentencia de primera instancia.

3) La sentencia desconoce que la demandante no cumplió con la carga prevista en el artículo 1077 del código de comercio en punto de la acreditación de la ocurrencia del siniestro:

Para empezar el desarrollo de este reparó, se precisa retomar los argumentos esbozados por la delegatura en la sentencia de primera instancia, a la hora de estudiar si la demandante Sandra Milena Rubio, había cumplido o no con la carga prevista en el artículo 1077 del código de comercio. En ese sentido, el a quo esbozo:

"Siendo así las cosas, no existiendo discusión por las partes, sobre que sí tenía la demandante el amparo de incapacidad total y permanente, lo cual se ratifica del material probatorio recaudado en instancia, sumado a que para tal efecto debía tener una calificación superior al 50%, al ser el punto de negativa del pago del amparo, conforme lo dicho por la representante legal de la aseguradora en interrogatorio de parte que la incapacidad que cubre es la que le impida "total y permanentemente realizar cualquier actividad u ocupación" al asegurado, lo cual no ocurre en el caso de la accionante; **es de ver que dicha condición o cobertura no aparece probado sea la que se le haya informado y, por tanto, le sea eficaz.**

En este orden de ideas, tal condición no puede ser valorada con los efectos esperados por la pasiva y, por ende, **se pasa a determinar si se acreditó la cobertura de acuerdo a lo convenido e informado por la aseguradora a la tomadora asegurada.**

Bajo este contexto, respecto a la carga que posee la demandante como asegurado, en relación con la acreditación de la ocurrencia del siniestro, téngase de presente que en términos del artículo 1072 del Código de Comercio “Se denomina siniestro la realización del riesgo asegurado”, **pero con la limitación de la información brindada a la tomadora asegurada ya explicada.**

En estas condiciones, se tiene que, la demandante a la hora de soportar su solicitud de reclamación de la póliza que es materia de este proceso **aportó el acta del Tribunal Médico Laboral de la Fuerzas Militares de Colombia No 22-1-588 del 2 de agosto 2022**, mediante la cual se le estableció una pérdida de capacidad laboral del 57.40%, por lo que se encuentra acreditado la ocurrencia del siniestro, sin que sea de recibo lo planteado en los alegatos de conclusión por el apoderado judicial de la aseguradora demandada, al mencionar que en el presente caso no se había efectuado siniestro puesto que lo dictaminado a la accionante fue una incapacidad permanente parcial, pues se insiste, no le fue informado las condiciones de la cobertura que se pretende afectar.” (las negrillas son nuestras)

Expuesto lo anterior, nótese en primera medida como la Delegatura de la nada e incluso contradiciendo el argumento esbozado líneas atrás y que aseguraba que en este caso no se entregaron ni se dieron a conocer la totalidad de condiciones del seguro (incluso luego atestar que no se habían informado “los requisitos esenciales del seguro”), **encuentra que la demandante finalmente si fue informada respecto de la cobertura del seguro, pero solo en punto de la necesidad de un dictamen de PCL superior al 50%, teniendo solo como ineficaz el aparte de la misma cobertura, que exigía (i) que la incapacidad tuviese la entidad de impedir realizar cualquier actividad u oficio y (ii) que la incapacidad fuera total y permanente y no permanente parcial.**

No obstante, y más allá de la discusión de si dicha sanción de ineficacia era o no aplicable a un aparte (no a toda) de la definición del riesgo asegurado⁸, **lo cierto es que la delegatura NO aplico dicha sanción, al paramento de la misma cobertura y que exigía que el dictamen de pérdida de capacidad laboral fuera expedido por una junta regional o nacional de calificación de invalidez.**

Por el contrario, e iterando nuevamente la notoria contradicción del fallo, la delegatura encontró que, a la demandante al momento de convenir la adquisición del seguro, si se le había informado y por lo tanto conocía la necesidad de acreditar la ocurrencia del siniestro con un dictamen de pérdida de capacidad laboral superior al 50%.

De esta manera y al tener como ineficaz solo los dos citados apartes de la definición del riesgo amparado, es claro que los demás paramentos fijados al establecer el riesgo asegurado continúan teniendo fuerza vinculante, y en los términos del artículo 1602 del código civil, se constituyen en ley para las partes.

⁸ Conforme se explico en el segundo reparo, no es posible tener como ineficaz a un aparte o incluso la totalidad de la definición del riesgo asegurado

Así, se tiene entonces que las acepciones que exigían que la incapacidad deviniera de una enfermedad o lesión, que la misma se presentara en vigencia del seguro **o que el dictamen de pérdida de capacidad laboral proviniera de una junta regional y/o nacional de calificación de invalidez**, no fueron tenidas como ineficaces y por lo tanto a ellas debía atenderse la demandante, a la hora de la demostración de la ocurrencia del siniestro.

En ese sentido y en virtud de que el acta del Tribunal Médico Laboral de las Fuerzas Militares de Colombia No 22-1-588 del 2 de agosto 2022, NO le fue expedido ala demandante por una junta regional o nacional de calificación de invalidez, sino por un órgano propio de su régimen especial, diáfano era que el mismo NO tenía la virtualidad de demostrar la ocurrencia del siniestro en los términos del artículo 1077 del código de comercio.

Por esta razón y no habiéndose pronunciado la delegatura en el sentido de tener también como ineficaz el aparte que exigía tal particularidad, no era posible desde ningún punto de vista, proceder con la afectación del contrato de seguro de vida individual deudor No. 02 325 0000005949, certificado No. 0013-0790-81-4000814438 y que amparaba la obligación terminada en **9552.

4) El A quo no dio valor probatorio a la prueba documental y testimonial que acreditaba el cumplimiento el deber información y, por el contrario, otorgo mayor valor al propio dicho de la parte demandante, dejando de lado también que la misma, no obro con ubérrima buena fe, contrarió la teoría de los actos propios y que no le era dable constituir su propia prueba.

El deber de buena fe comercial lleva aparejados entre otros, los deberes de honestidad, lealtad, corrección y fidelidad en las relaciones entre las partes involucradas. Por su parte, la buena fe objetiva o cualificada, también implica la tutela de la confianza que se suscita entre las partes respecto al cumplimiento de aquellos deberes. Entonces, la actuación de buena fe, como se ha entendido, apareja un deber de evitar defraudar la confianza que se ha generado en terceros respecto a las actuaciones propias⁹.

Así pues, tal y como lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia¹⁰ al conceptuar respecto al contenido de la buena fe: "Aludir a la buena fe en materia de la formación y ejecución de las obligaciones, apareja ajustar el comportamiento a un arquetipo o modelo de conducta general que define los patrones socialmente exigibles relacionados con el correcto y diligente proceder, la lealtad en los tratos, la observancia de la palabra empeñada, el afianzamiento de la confianza suscitada frente a los demás, en síntesis, pues, comportarse conforme se espera de quienes actúan en el tráfico jurídico con rectitud, corrección y lealtad"

⁹ LARENZ, Karl. Derecho de Obligaciones. Madrid: Bosch, 1958. p. 142

¹⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de 9 de agosto de 2000, M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles, Exp. 5372

De igual manera y en punto de la celebración de negocios jurídicos como el seguro, esbozo la Honorable Corte Suprema de Justicia lo siguiente:

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

Bajo la anterior línea de pensamiento, se han derivado desarrollos doctrinales como la teoría de los actos propios, el cual materializa el principio de uberrima buena fe en punto del contrato de seguro, de forma tal que dicha doctrina implica que las actuaciones de un sujeto no pueden contradecir lo que sus comportamientos o declaraciones anteriores, de forma explícita o tácita, hicieron creer a otra persona.

Frente a dicha teoría, ha puntualizado también la Corte Suprema de Justicia que: "En cabal realización de estas premisas –se puntualiza- las personas, al interaccionar con sus semejantes, adoptan conductas que fijan o marcan sendas cuya observancia, a futuro, determinan qué grado de confianza merecen o que duda generan. Los antecedentes conductuales crean situaciones jurídicas que devienen como referentes a observar frente a actuaciones presentes y futuras, de similar textura fáctica y jurídica, no pudiendo sustraerse caprichosamente de sus efectos, génesis esta de la llamada Teoría de los Actos Propios" y, por lo tanto, un acto contrario a aquellos que lo anteceden "(...) puede constituir, y suele serlo, un acto contrario a los fundamentos de la buena fe y a la coherencia jurídica exigida a cualquier contratante"¹¹

En punto entonces de la aplicación de esta teoría para un caso en concreto, ha expuesto la doctrina y jurisprudencia especializada en la materia que deben estar presentes los

¹¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de 9 de agosto de 2007, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena, Exp. 00254.01

siguientes elementos a saber: i) una conducta jurídicamente relevante que suscite en la otra parte una expectativa seria de comportamiento futuro; ii) una pretensión contradictoria con la misma conducta que generó la confianza legítima en la otra parte; y (iii) una identidad de sujetos involucrados en ambas conductas.¹²

Así pues, los llamados actos propios pueden consistir, entre otras, en declaraciones expresas de voluntad, actuaciones tácitas, oposiciones, renunciaciones y/o conductas silentes por parte de un sujeto, siempre que tengan la consistencia y fuerza necesarias para que de los mismos se deduzca de manera inequívoca y concluyente que crean, extinguen, definen, modifican, extinguen o esclarecen una realidad jurídica

Ahora bien, una vez creada la expectativa legítima en una parte involucrada en la situación jurídica, se genera un deber en cabeza de la otra, el cual consiste en actuar coherentemente frente a su conducta precedente y, por ende, honrar la confianza que se tiene respecto a dicha línea de acción. De esta manera, cuando se contradice dicho actuar de manera posterior, se aplican los postulados de la teoría de los actos propios, velando por el respeto a la coherencia y para que a las partes les sea vedada la posibilidad de actuar contrariando sus conductas precedentes.

En otras palabras, si la conducta vinculante precedente implica la renuncia o limitación, expresa o tácita, al ejercicio de un determinado derecho o facultad, cuando el sujeto activo decide ejercer dicho derecho, el acto mediante el cual lo ejercería adolecería de ilicitud y, **si decide exigirlo por la vía judicial, el juez deberá desestimar su pretensión.**

Expuesto lo anterior, no cabe duda entonces de que para el presente asunto se demostró a cabalidad que (i) la demandante no obró bajo el postulado de la ubérrima buena fe que rige el contrato de seguro y que le exigía un comportamiento prístino de cara a evitar ineficacias o irrelevancias (ii) contradujo con sus atestaciones las declaraciones efectuadas en la etapa de suscripción del seguro y (iii) que de todas formas BBVA Seguros de Vida Colombia S.A., si cumplió con el deber de información.

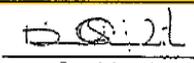
Frente a la primera atestación, debo entonces indicar que la misma encuentra soporte en hechos plenamente demostrados en el litigio, como lo es que la demandante Sandra Milena Rubio Zuluaga adquirió el seguro cuando ya se encontraba en trámite su impugnación con miras a aumentar un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 27.56%, el cual le había notificado apenas cuatro meses antes y que dicha situación NO fue manifestada al declarar su estado de riesgo, pese a que por ello se le indagaba precisamente. En ese sentido y como se advirtió incluso desde el inicio del presente recurso, se tiene que la demandante adquirió un seguro para garantizar una obligación por un monto de cuatrocientos cincuenta millones de pesos **y que tan solo un mes después de su suscripción pretende afectar, en virtud de un dictamen de pérdida de capacidad laboral que le fue expedido, en virtud de un proceso de calificación que había iniciado desde por lo menos once meses atrás (septiembre de 2021).**

¹² 1 LÓPEZ MESA, Marcelo J. "La Doctrina de los Actos Propios: Esencia y Requisitos de Aplicación". En: Revista Universitas No.199 (Julio-Diciembre de 2009). pp. 189-222. p.198

Esta situación paso totalmente inadvertida en la sentencia de primera instancia, por lo que no fue tomada en cuenta a la hora de determinar el cumplimiento de los deberes y **obligaciones como el de información y diligencia que se suscitaron como consecuencia de la relación aseguraticia y que eran del resorte no solo de la aseguradora, sino también de la consumidora financiera.**

Por su parte y en punto de la segunda afirmación, tenemos entonces también que la delegatura desconoció la aplicación de la teoría de los actos propios, en punto de la palmaria e injustificada contradicción entre lo atestado por la demandante en sede de su interrogatorio, y lo certificado con su rúbrica al momento de celebrar el contrato de seguro.

En efecto nótese como al momento de la edificación de la relación aseguraticia, la demandante certificó expresamente y con su propia rubrica en la parte final del documento denominado como "solicitud seguro de vida individual 18¹³" que recibió la información relativa al producto de forma clara y completa y de contera conoció también, que podía consultar las condiciones de su producto en cualquier tiempo y lugar, mediante la página web del banco o de la aseguradora. Veamos:

Póliza con Endoso: Si <input type="checkbox"/> NO <input checked="" type="checkbox"/> Como beneficiario oneroso a BBVA Colombia S. A.		
Cláusula de Beneficiario Oneroso (Endosos): Se designa como beneficiario principal del valor de la indemnización del presente seguro como de los demás amparos contratados a: BBVA COLOMBIA S.A., con el único y exclusivo fin de garantizarle el pago de una deuda a su cargo. En consecuencia, y de conformidad con el artículo 1146 del Código de Comercio, mientras subsista la deuda anterior con éste beneficiario, la póliza no podrá ser terminada, revocada o modificados sus beneficiarios o su valor asegurado, sin previo aviso por escrito al beneficiario principal y autorización del mismo. Si se llega a causar el derecho de indemnización pactada en el presente seguro, cuando la deuda a cargo del asegurado y a favor del beneficiario anteriormente designado se hubiere extinguido o disminuido por cualquier causa, será beneficiario sustituto por el saldo del seguro, los designados por el asegurado o en su defecto los de ley.		
El clausulado con las condiciones generales de su póliza están a su disposición, a través de las páginas, www.bbvasseguros.com.co y www.bbva.com.co		
Certifico que recibí la información relativa al producto de forma clara y completa, que diligencé personal y libremente la información contenida en ésta solicitud. Manifiesto que fui informado sobre las posibles consecuencias en caso de encontrarse inconsistencias en dicha información. Suscribo el presente documento como constancia de aceptación del presente seguro.		
Para constancia se firma en <u>Bogotá</u> a los <u>01</u> días del mes de <u>Julio</u> de <u>2022</u>	 Firma del Solicitante	 Firma Autorizada

Dicha certificación (la cual era libre de firmar o no la asegurada, como quiera que para efectos de la solicitud y toma del seguro ya se había plasmado una firma anterior), se constituye entonces en una declaración expresa de voluntad de la señora Rubio Zuluaga, con la que inequívocamente manifestaba que para ese momento (en la misma constitución del negocio), **había conocido de manera clara y completa la existencia y el funcionamiento del producto. Esa misma atestación, es la que produce entonces una expectativa legítima de mi mandante y un convencimiento de que se cumplió a cabalidad el tantas veces nombrado deber de información y que se habían satisfecho las cargas previstas en los artículos 37 y 39 de la ley 1480 de 2011, la ley 1328 de 2009 y la circular básica jurídica.**

No obstante, y contraviniendo dicha manifestación expresa de su voluntad, vemos entonces como la señora Sandra Milena Rubio Zuluaga para el momento de rendir su interrogatorio de parte, manifestó no haber si quiera conocido de la existencia de un seguro, aun cuando se itera su rúbrica aparecía en el acto constitutivo del citado contrato.

¹³ Documento que no fue tachado ni desconocido por la demandante

Esta notoria contradicción en la actuación de la demandante y que podía ser advertida claramente por la delegatura, no fue tomada en cuenta a la hora de proferir la respectiva sentencia, ya que de haberlo así y bajo los cánones de la teoría de los actos propios, no le hubiera quedado otro camino si no el de desestimar la pretensión que emanaba de dicho acto contrario y que consistía en lograr la inoponibilidad o ineficacia de las cláusulas contractuales que regían el seguro, las cuales desde un inicio manifestó conocer y entender.

Ahora, en lo que tiene que ver de la tercera afirmación, tenemos entonces que obra en el plenario, además de la documental anteriormente mencionada (y con la que la misma demandante certifica que si se le brindó información completa), senda prueba testimonial e incluso confesión de la propia demandante, y con la que se corrobora periféricamente que (i) tanto banco como aseguradora cumplieron con el deber de diligencia e información y (ii) que la demandante como consumidora financiera cualificada, desatendió prácticas propias de autoprotección.

En efecto, en primera medida se cuenta con la declaración del representante legal del banco¹⁴ (**quien contrario a lo que manifestó la delegatura en la sentencia JAMAS tuvo confusión alguna en punto del tipo de seguro que se había colocado para este caso**), y quien con su dicho estableció que es política y práctica habitual de los funcionarios del BBVA Colombia S.A. (i) informar plenamente a sus usuarios respecto del mutuo y del seguro; (ii) sacar al menos tres juegos de copias, una de ellas con destino al consumidor y; (iii) capacitarse periódicamente con los aplicativos y charlas brindadas por su empleador y BBVA Seguros, de cara a prestar una correcta asesoría a sus clientes.

De igual manera, se cuenta con la atestación de la representante legal del BBVA Seguros de Vida Colombia¹⁵ (**quien contrario a lo que manifestó la delegatura en la sentencia JAMAS tuvo confusión alguna en punto del tipo de seguro que se había colocado para este caso**) con la que se acreditó en respuestas al interrogatorio oficioso (solo se le hicieron dos preguntas) (i) que si se habían remitido las condiciones generales del seguro, (ii) que si se había brindado la información pertinente y (iii) que en constancia de ello, obraba la rúbrica de la demandante en el último acápite de la declaración de asegurabilidad, el cual se infiere, solo se firma por el potencial asegurado, si ha recibido toda la información atinente al contrato de seguro.

En este punto, es importante también traer a colación las atestaciones/confesiones efectuadas por la señora demandante, tales como (i) **el hecho de que no leyó el documento constitutivo del negocio asegurativo (hora 1 con 1 minuto y 0 segundos de la grabación de la audiencia inicial)**, (ii) **que dicha decisión se produjo en virtud de su previo conocimiento del sector financiero pues en su concepto siempre llevaba “las de perder” (hora 1 con 31 minutos y 21 segundos de la grabación de la audiencia inicial) y (iii) que el producto lo adquirió en virtud de una operación de compra de cartera de otro crédito que tenía con Scotia Bank y que de igual manera tenía más créditos y productos para con BBVA Colombia (hora 1 con 40 minutos y 00 segundos de la grabación de la audiencia inicial)**

¹⁴ 1 hora, 43 minutos, 0 segundos de la grabación de la audiencia inicial

¹⁵ 1 hora, 58 minutos, 15 segundos de la grabación de la audiencia inicial

Esta situación claramente entonces demuestra, que, si hubo una falta de información parcial en punto de las condiciones de los contratos, la misma solo obedeció a la desidia y displicencia de la propia actora y no a la falta de diligencia de alguna de las entidades demandadas en este trámite.

Esta palmaria omisión y sus consecuencias frente al negocio aseguratorio fueron tratados por nuestra Corte Suprema de Justicia¹⁶, así:

*“Adviértase que las partes al celebrar un contrato razonablemente desean, quieren o procuran su eficacia y, por ende, el juez deberá preferir en toda circunstancia la consecuencia relativa a la preservación del mismo, porque, se itera, sería absurdo siquiera suponer la celebración de un contrato para que no produzca efecto alguno cuando las partes, por principio, lo hacen bajo la premisa cardinal de su cumplimiento y eficacia. Por lo mismo, a efectos de asegurar esta finalidad convergente, naturalmente perseguida con el pactum, las partes, contraen la carga correlativa de evitar causas de ineficacia del negocio jurídico y, el juzgador al interpretarlo y decidir las controversias, procurar dentro de los límites racionales compatibles con el ordenamiento jurídico, su utilidad y eficacia, según corresponde a la ratio legis de toda conocida ordenación normativa. La fisonomía de esta regla impone que la frustración del acto sólo es pertinente cuando no exista una alternativa diferente, según postula de tiempo atrás la doctrina de la Corte, al relieves la significativa importancia del contrato, su celebración, efecto vinculante, cumplimiento y ejecución de buena fe, destacando la directriz hermenéutica consagrada en el artículo 1620 del Código Civil.”). **En tales circunstancias, de la jurisprudencia reseñada en precedencia es patente que el actor se expuso injustificadamente al riesgo, en la medida que, tal y como él mismo lo indicó en su interrogatorio de parte no leyó el certificado de asegurabilidad, sin que tal conducta resulte excusable, pues de un lado, corresponde al consumidor financiero asesorarse respecto de los servicios que ésta contratando y, de otro, obrar con el mínimo de diligencia a fin de establecer qué tipo de legajos está firmando y cuál era su contenido.***

De igual manera y aun en el entendido de que sea posible darle más valor al propio dicho de la parte, que a las otras tres pruebas que obraban en el proceso (**tesis que contradeciría el principio general del derecho de que a nadie le es dable constituir su propia prueba**), se tiene que la declaración de Sandra Milena Rubio NO fue coherente ni resulta clara, pues (i) va contra las reglas de la experiencia que una persona con formación profesional y en el contexto de comprometer su patrimonio por casi 500 millones de pesos, no se detenga a leer el certificado de asegurabilidad que constaba de apenas de **un solo folio** (ii) la demandante atesto que fue notificada de su PCL solo hasta fines de agosto de 2022 (**Hora 1 con 8 minutos y 14 segundos de la audiencia inicial**) fecha en la que también presentó la reclamación ante el banco (29/08/2022) por lo que

¹⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sent. 28 de febrero de 2005. Exp. 7504, reiteradas en sent. 7 de febrero de 2008, [SC-007-2008], exp. 2001-06915-01, 30 de agosto de 2011, exp. 11001-3103-012-1999-01957-01, 5 de diciembre de 2011, exp. 25269-3103-002-2005-00199-01 y 21 de febrero de 2012. Exp. 2006-00537-01

no es lógico y creíble que no conociera de la existencia del seguro, ya que una vez se le expide la PCL superior al 50%, procede casi de manera inmediata a solicitar su afectación y (iii) la demandante manifestó que se retiró de la Fuerza Aérea para marzo de 2021 (un año y cuatro meses antes de la celebración del seguro) y que se había enterado del seguro en una reunión de miembros retirados, por lo que cabe la posibilidad de que se haya enterado del funcionamiento y forma de afectar el producto, para mucho antes de su suscripción.

Por las anteriores razones no era posible entonces que la delegatura pudiese tener como demostrado una supuesta infracción al deber de información, máxime si se tiene en cuenta que dicha tesis solo arribó al proceso, para el momento del interrogatorio de parte de la señora demandante y jamás fue formulado en la demanda o en la reclamación presentada ante el banco.

5) La parte demandante en contravía de la carga impuesta en el artículo 167 del C.G.P., no acreditó los elementos configurativos de la responsabilidad civil por infracción al deber de información.

Para no ahondar en mayores disquisiciones, resumidamente se expone en este reparo, que la parte demandante tampoco allegó material probatorio suficiente, para demostrar los elementos que estructuran la responsabilidad civil por infracción del deber de información, como lo son (i) el incumplimiento, (ii) el daño, (iii) la relación de causalidad y (iv) el factor de imputación.

En ese sentido, como se advirtió anteriormente, la parte demandante solo cuenta con su dicho para acreditar un incumplimiento de las entidades vinculadas por pasiva, y valga la pena resaltar nuevamente, existen al menos tres elementos de prueba que indican lo contrario.

De igual manera y en punto del daño y su causalidad, se tiene por acreditado conforme las ya citadas confesiones de la demandante, que la misma no procuró o puso en práctica conductas de autoprotección mínimas para prevenirlo como lo era leer por lo menos el acto constitutivo del negocio, analizar el riesgo patrimonial sobreviniente, por lo que, si el daño acaeció, el mismo solo le es imputable a la accionante y por lo tanto es la llamada a responder por las consecuencias propias de su actuar¹⁷

Expuesto lo anterior y entendiendo entonces que la actora en este caso obró con total pasividad frente a la carga que le imponían demostrar a cabalidad todos y cada uno de los elementos que configuran la responsabilidad civil derivada de la infracción al deber de información, desde ningún punto de vista era plausible, que se procediera al reconocimiento de las pretensiones, en la manera que lo hizo la Delegatura para asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, proferida el 10 de marzo de 2016, M.P. Marco Antonio Álvarez Gómez



Notificaciones:

Para todos los efectos de notificaciones, las mismas se reciben al correo abogado.civiles@luisavelasquezabogados.com.co o al teléfono 3107698667.

Sin otro particular, se suscribe:

Carlos Eduardo González Bueno
C.C. N°1.052.403.588 de Duitama
T.P. 285.175 del C.S de la J.

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA CRUZ MIRANDA RV: SUSTENTACION DE LOS REPAROS CONCRETOS - RECURSO DE APELACION SENTENCIA DE FECHA 04 DE OCTUBRE 2023

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Jue 2/11/2023 4:49 PM

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

 1 archivos adjuntos (1 MB)

SUSTENTACION RECURSO DE APELACION FIDEICOMISO PRADOS DEL ESTE - ACCION DDA CATALINA RODRIGUEZ URIBE .pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA CRUZ MIRANDA

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: Daniel Eduardo Ardila Paez <daniel.ardila@accion.co>

Enviado: jueves, 2 de noviembre de 2023 16:47

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: Carmen Helena Farias Gutierrez <cfarias@bancolombia.com.co>; emartinez@paezmartin.co

<emartinez@paezmartin.co>; Catalina Rodríguez <catalinaram@yahoo.com>

Asunto: SUSTENTACION DE LOS REPAROS CONCRETOS - RECURSO DE APELACION SENTENCIA DE FECHA 04 DE OCTUBRE 2023

Honorable Magistrada

DRA. MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA CIVIL DE DECISIÓN

secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

REF.: VERBAL DE LA SEÑORA CATALINA RODRIGUEZ URIBE CONTRA LA SOCIEDAD ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA en nombre propio y como vocera de FIDEICOMISO RECURSOS PRADOS DEL ESTE Y FIDEICOMISO PARQUEO PRADOS DEL ESTE Y LEASING BANCOLOMBIA.

DEMANDANTE: CATALINA RODRIGUEZ URIBE

DEMANDADO: ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. en nombre propio, FIDEICOMISO RECURSOS PRADOS DEL ESTE Y FIDEICOMISO PARQUEO PRADO DEL ESTE cuya vocera es Acción Sociedad Fiduciaria S.A., Y OTRO.

RADICADO: 11001-31-03-008-2019-00610-01

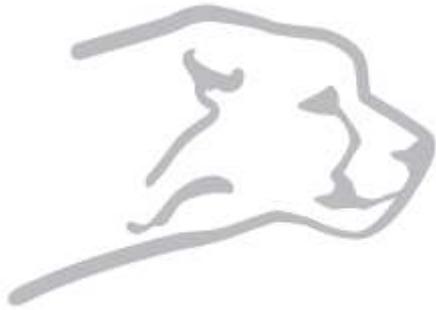
ASUNTO. SUSTENTACION DE LOS REPAROS CONCRETOS - RECURSO DE APELACION SENTENCIA DE FECHA 04 DE OCTUBRE 2023

Cordial saludo,

Por medio del presente y estando dentro del término conferido por el Despacho, remito los documentos de la referencia, con sus respectivos anexos.

Agradecemos confirmar el recibo.

Cordialmente,



ACCION FIDUCIARIA

Daniel Eduardo Ardila Paez

Abogado de Procesos Judiciales

✉ daniel.ardila@accion.co

☎ 60 (1) 6915090 Ext. 1392

📍 Cra. 23 #86a - 50 Bogotá D.C. - Colombia

🌐 www.accion.co

En atención a las disposiciones de la Ley 1328 de 2009, ACCION Fiduciaria cuenta con un Defensor del Consumidor Financiero quien podrá ser contactado en el Teléfono 60(1) 4898285 - Dirección: Carrera 16 A No 80-63 oficina 601. Edificio Torre Oval, Bogotá - Email: defensoria@semarojasasociados.com Defensor Principal: Carlos Mario Serna Jaramillo. Defensor Suplente: Patricia Amelia Rojas Amézquita. Horario de atención: lunes a viernes de 8:00 a.m. a 5:30 p.m. También le recordamos que el tratamiento de los datos personales contenidos en este mensaje se realizará en cumplimiento de la ley 1581 de 2012 y el decreto 1377 de 2013.

Este mensaje y sus anexos pueden contener información confidencial, si usted no es el destinatario del mensaje, se le notifica que la revisión, divulgación, distribución o cualquier acción relacionada con el mensaje y sus anexos está prohibida, por favor informar al emisor y borrar el mensaje.

Gracias. Consulte nuestra política de tratamiento de datos dando [Clic aquí](#).

Honorable Magistrada
DRA. MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA CIVIL DE DECISIÓN
secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co
E. S. D.

REF.: VERBAL DE LA SEÑORA CATALINA RODRIGUEZ URIBE CONTRA LA SOCIEDAD ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA en nombre propio y como vocera de FIDEICOMISO RECURSOS PRADOS DEL ESTE Y FIDEICOMISO PARQUEO PRADOS DEL ESTE Y LEASING BANCOLOMBIA.

DEMANDANTE: CATALINA RODRIGUEZ URIBE
DEMANDADO: ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. en nombre propio, FIDEICOMISO RECURSOS PRADOS DEL ESTE Y FIDEICOMISO PARQUEO PRADO DEL ESTE cuya vocera es Acción Sociedad Fiduciaria S.A., Y OTRO.

RADICADO: 11001-31-03-008-2019-00610-01

ASUNTO. SUSTENTACION DE LOS REPAROS CONCRETOS - RECURSO DE APELACION SENTENCIA DE FECHA 04 DE OCTUBRE 2023

DANIEL EDUARDO ARDILA PAEZ, mayor de edad, identificado con la cedula de ciudadanía número 1.026.272.654 de Bogotá D.C., abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional número 280.877 del Consejo Superior de la Judicatura, en calidad de apoderado especial de **Acción Sociedad Fiduciaria S.A.**, sociedad que actúa en nombre propio y en su calidad de vocera y administradora de los Patrimonios Autónomos denominados: **FIDEICOMISO RECURSOS PRADOS DEL ESTE Y FIDEICOMISO PARQUEO PRADOS DEL ESTE**, tal y como obra en el expediente,, por medio del presente escrito respetuosamente me dirijo a su Despacho para **SUSTENTAR POR ESCRITO LA CENSURA FORMULADA** conforme el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia proferida en la audiencia de fecha **04 DE OCTUBRE 2023**, en los siguientes términos:

I. OBJETO DEL RECURSO

El recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia de fecha 04 de octubre 2023 tiene por objeto lo siguiente:

Que se **REVOQUE** en integro la sentencia proferida en la audiencia de fecha 04 de octubre 2023, donde el Despacho **OCTAVO (8) CIVIL CIRCUITO DE BOGOTA D.C.**, concretamente respecto de la condena a ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. en nombre propio y como vocera y administradora de los Patrimonios Autónomos denominados: **FIDEICOMISO RECURSOS PRADOS DEL ESTE Y FIDEICOMISO PARQUEO PRADOS DEL ESTE**.

II. SUSNTENTACION DE LOS REPAROS EN CONTRA DE LA DECISIÓN.

Tal y como se informó al Despacho es menester precisar los siguientes argumentos que complementa la sustentación del recurso interpuesto contra la decisión proferida por el Juzgado en fecha 04 de octubre 2023:

1. El juzgado desconoce que la Demandante no tiene relación contractual con Acción Sociedad Fiduciaria S.A. a título institucional sino con el FIDEICOMISO RECURSOS PRADOS DEL ESTE.

Es importante indicarle al Despacho, que mediante escritura pública No. 3704 de octubre de 2011 se celebró contrato de fiducia mercantil mediante el cual se constituyó el FIDEICOMISO PARQUEO PRADOS DEL ESTE.

Así mismo, el pasado 30 de septiembre de 2011, se suscribió un Contrato de Fiducia Mercantil constitutivo del FIDEICOMISO RECURSOS PRADOS DEL ESTE, con las sociedades HABITAT CALERA & CIA SAS en su calidad de FIDEICOMITENTE APORTANTE, URBAN GROUP COLOMBIA S.A. en su calidad de FIDEICOMITENTE GERENTE, MBC – MARKET BUSINNES CENTER SAS en su la calidad de FIDEICOMITENTE PROMOTOR, y ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. en su calidad de FIDUCIARIA, actuando esta última única y exclusivamente como vocera y administradora del FIDEICOMISO RECURSOS PRADOS DEL ESTE.

Mediante contrato de vinculación de fecha 10 de abril de 2014 suscrito entre CATALINA RODRIGUEZ URIBE como beneficiaria de Área de la Casa: A4, la sociedad HABITAT CALERA & CIA SAS y ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. en calidad de fiduciaria.

Se hace necesario indicarle al Despacho la labor que desempeña mi representada, ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., en su calidad de FIDUCIARIA, actuando única y exclusivamente como vocera y administradora del FIDEICOMISO RECURSOS PRADOS DEL ESTE.

TERCERO. OBJETO: El presente contrato tiene por objeto que LA FIDUCIARIA reciba para EL FIDEICOMISO los aportes del FIDEICOMITENTE APORTANTE así como los de LOS BENEFICIARIOS DE ÁREA que se obligan a entregar mediante la suscripción de los contratos de vinculación y los invierta de conformidad con lo previsto en el presente documento y, los recursos de LOS BENEFICIARIOS DE ÁREA una vez cumplidos los requisitos que se establecen adelante, los entregue al FIDEICOMITENTE APORTANTE. En el evento en que no se den las condiciones dentro del término que se establezca en los correspondientes contratos de vinculación, LA FIDUCIARIA procederá a reintegrar a LOS BENEFICIARIOS DE ÁREA los recursos que se encuentren en el encargo fiduciario por éstos abierto, descontada la remuneración de LA FIDUCIARIA establecida en el contrato de vinculación y descontado el gravamen a los movimientos financieros y demás impuestos vigentes en la fecha del desembolso.

Manifestado lo anterior Señor Juez, habiendo expuesto los aspectos fundamentales del contrato de fiducia mercantil, el contexto normativo y operativo de los Fideicomisos y el papel que desempeña la Fiduciaria, para este caso, ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. como vocera y administradora de los FIDEICOMISOS RECURSOS Y PARQUEO PRADOS DEL ESTE, y la labor que desempeña por la sociedad FIDEICOMITENTE dentro del CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL, nótese que la demandante dirige su demanda a su vez en contra de ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. identificada con el NIT. 800.155.413-6 en nombre propio.

Resulta importante aclarar que todas las actuaciones relacionadas con la ejecución del CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL se encuentran a cargo de los patrimonios autónomos y NO a cargo de ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. como persona jurídica, razón por la cual, la presente demanda debió ser incoada directamente a los FIDEICOMISOS PARQUEO Y RECURSOS PRADOS DEL ESTE con NIT 805.012.921-0, y NO directamente a ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. con NIT 800.155.413-6 en

nombre propio, pues como se puede evidenciar en el CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL suscrito mediante escritura pública No. 3704 de octubre de 2011 constitutiva del FIDEICOMISO PARQUEO PRADOS DEL ESTE y el contrato de fiducia mercantil suscrito el pasado 30 de septiembre de 2011 constitutivo del FIDEICOMISO RECURSOS PRADOS DEL ESTE, ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. lo hace en calidad de FIDUCIARIA, y esta, actúa única y exclusivamente como vocera y administradora de los aludidos fideicomisos.

Con el fin de darle mayor claridad al argumento expuesto, entraremos a continuación a analizar la naturaleza jurídica de la Fiduciaria y de los Fideicomisos por ésta administrados, lo que nos permitirá concluir con claridad que ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. como persona jurídica absolutamente independiente, no debe ser el sujeto pasivo de la presente demanda.

Tal y como consta en el certificado de existencia y representación legal de **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.**, adjunto, este tipo de sociedades anónimas tienen por objeto social exclusivo las actividades de las sociedades de fiducia, entre ellas la celebración, como fiduciario, de contratos de fiducia mercantil. Así las cosas y para ilustrar mejor, debe precisarse que la fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona llamada fiduciante o fideicomitente transfiere uno o más bienes especificados a otra llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos, para cumplir una finalidad determinada por el fideicomitente, en provecho de éste o un tercero llamado beneficiario.

Ahora bien, bajo el entendido de que los patrimonios autónomos no son personas jurídicas, para efectos de la debida conformación del extremo pasivo de una actuación administrativa o judicial, deben comparecer para todos los efectos legales por conducto de las sociedades fiduciarias que los administran; PERO EN NINGÚN CASO SE ENTIENDE QUE LA FIDUCIARIA ACTÚA EN NOMBRE PROPIO.

En relación con este tema, la Ley 1564 de 2012 dispuso:

“Artículo 53. Capacidad para ser parte.

Podrán ser parte en un proceso:

- 1. Las personas naturales y jurídicas.*
- 2. Los patrimonios autónomos.** (Subrayas y Negrilla fuera del texto)
- 3. El concebido, para la defensa de sus derechos.*
- 4. Los demás que determine la ley.”*

En virtud de los argumentos antes presentados, es claro que la demanda de la referencia presentada por la demandante señora CATALINA RODRIGUEZ URIBE, carece de los presupuestos de procedibilidad mínimos para ser resuelto por el Despacho, razón por la cual, deberá rechazarse.

Con relación al tema de la legitimación en la causa, la sección segunda del Honorable Consejo de Estado, en sentencia del 25 de marzo de 2010 expediente 05001-23-31-000-2000-02571-01 (1275-08), M.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sostuvo:

“...En reciente jurisprudencia, esta Corporación ha manifestado en cuanto a la legitimación en la causa, que la misma no es constitutiva de excepción de fondo, sino que se trata de un presupuesto necesario para proferir sentencia de mérito favorable bien a las pretensiones del demandante, bien a las excepciones propuestas por el demandado. (...); dicha vertiente de la legitimación procesal se traduce en facultar a los sujetos litigiosos para intervenir en el trámite

del plenario y para ejercer sus derechos de defensa y de contradicción; pues la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra...”

Igualmente, por expresa disposición legal del Artículo 2.5.2.1.1 del Decreto 2.555 de 2010 que reglamentó los artículos 1.233 y 1.234 del Código de Comercio, corresponde a la Entidad Fiduciaria ser la vocera y administradora del Patrimonio Autónomo, toda vez que, éste último carece de personería jurídica por mandato legal.

“Artículo 2.5.2.1.1 Derechos y deberes del fiduciario.

Los patrimonios autónomos conformados en desarrollo del contrato de fiducia mercantil, aun cuando no son personas jurídicas, se constituyen en receptores de los derechos y obligaciones legales y convencionalmente derivados de los actos y contratos celebrados y ejecutados por el fiduciario en cumplimiento del contrato de fiducia. (subraya y negrita fuera de texto).

El fiduciario, como vocero y administrador del patrimonio autónomo, celebrará y ejecutará diligentemente todos los actos jurídicos necesarios para lograr la finalidad del fideicomiso, comprometiendo al patrimonio autónomo dentro de los términos señalados en el acto constitutivo de la fiducia. Para este efecto, el fiduciario deberá expresar que actúa en calidad de vocero y administrador del respectivo patrimonio autónomo. (subraya y negrita fuera de texto).

En desarrollo de la obligación legal indelegable establecida en el numeral 4 del artículo 1234 del Código de Comercio, el Fiduciario llevará además la personería del patrimonio autónomo en todas las actuaciones procesales de carácter administrativo o jurisdiccional que deban realizarse para proteger y defender los bienes que lo conforman contra actos de terceros, del beneficiario o del constituyente, o para ejercer los derechos y acciones que le correspondan en desarrollo del contrato de fiducia.

Parágrafo. *El negocio fiduciario no podrá servir de instrumento para realizar actos o contratos que no pueda celebrar directamente el fideicomitente de acuerdo con las disposiciones legales.”*

Para una mayor ilustración del Despacho sobre los aspectos procesales de los Patrimonios Autónomos, traemos a colación lo señalado por la Circular 046 de 2008, proferida por la Superintendencia Financiera de Colombia que señala, al hacer referencia al alcance del artículo 1.232 del Código de Comercio, lo siguiente en relación con los aspectos procesales:

“Como consecuencia de la formación de ese patrimonio autónomo y dada su afectación al cumplimiento de la finalidad señalada en el acto constitutivo, él se convierte en un centro receptor de derechos subjetivos pudiendo ser, desde el punto de vista sustancial, titular de derechos y obligaciones, y desde el punto de vista procesal, comparecer a juicio como demandante o demandado a través de su titular -el fiduciario-.” (Subraya y negrita fuera de texto).

Finalmente, a efectos de garantizar la total independencia del patrimonio de la Entidad Fiduciaria de los Patrimonios Autónomos administrados por LA FIDUCIARIA, el artículo 102 del Estatuto Tributario, señala el deber legal para la Entidad Fiduciaria de identificar con un número de identificación tributaria (NIT) distinto al

NIT con el cual se identifica la Entidad Fiduciaria en sí misma considerada a los Patrimonios Autónomos que ésta administre.

“Artículo 102. Modificado por la Ley 223 de 1.995, artículo 81. CONTRATOS DE FIDUCIA MERCANTIL. Para la determinación del impuesto sobre la renta en los contratos de fiducia mercantil se observarán las siguientes reglas:

5. Numeral modificado por la Ley 488 de 1998, artículo 82. Con relación a cada uno de los patrimonios autónomos bajo su responsabilidad, los fiduciarios están obligados a cumplir las obligaciones formales señaladas en las normas legales para los contribuyentes, los retenedores y los responsables, según sea el caso. **Para tal efecto, se le asignará un NIT diferente al de la sociedad fiduciaria, que identifique en forma global a todos los fideicomisos que administre.”**

Para el efecto ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., se identifica con el NIT. 800.155.413-6, y sus distintos patrimonios autónomos se identifican con el NIT. 805.012.921-0., entre ellos los patrimonios autónomos denominados FIDEICOMISO PARQUEO PRADOS DEL ESTE y FIDEICOMISO RECURSOS PRADOS DEL ESTE.

Ahora bien señor Juez, nótese que lo anteriormente expuesto, es de pleno conocimiento de la parte actora, pues a lo largo del escrito de la demanda, manifiesta que ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. actúa como vocera y administradora de los FIDEICOMISOS PARQUEO Y RECURSOS PRADOS DEL ESTE:

“HECHOS”

(...)

5. Así, entonces, ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA como administradora del FIDEICOMISO RECURSOS PRADOS DEL ESTE No. FA 1249 suscribió los respectivos contratos de vinculación con quienes en efecto entregaron los recursos en los términos y condiciones especificadas en cada contrato y respecto de cada inmueble.

(...)

2. FIDEICOMISO RECURSOS PRADOS DEL ESTE. legalmente constituida, administrado por ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., sociedad comercial legalmente constituida, identificada con Nit. 800.155.413-6, representada legalmente por PAULO ARMANDO ARANGUREN RIAÑO, también mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bogotá, identificado con cedula de ciudadanía N°. 70.601.281.

3. FIDEICOMISO PARQUEO PRADOS DEL ESTE, legalmente constituida, administrado por ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., sociedad comercial legalmente constituida, identificada con Nit. 800.155.413-6, representada legalmente por PAULO ARMANDO ARANGUREN RIAÑO, también mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bogotá, identificado con cedula de ciudadanía N°. 70.601.281.

Pero que como se evidencia en la demanda, erróneamente identifica los patrimonios autónomos con el nit de la Fiduciaria en nombre propio, siendo que ya se dijo, ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., se identifica con el NIT. 800.155.413-6, y sus distintos patrimonios autónomos se identifican con el NIT. 805.012.921-0., entre ellos los patrimonios autónomos denominados FIDEICOMISO PARQUEO PRADOS DEL ESTE y FIDEICOMISO RECURSOS PRADOS DEL ESTE.

Por lo que no se entiende Señor Juez, el por qué el actor instauró la demanda a su vez en contra de ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. con el NIT. 800.155.413-6, y no directamente en contra de los patrimonios autónomos denominados FIDEICOMISO PARQUEO PRADOS DEL ESTE y FIDEICOMISO RECURSOS PRADOS DEL ESTE identificados con NIT. 805.012.921-0, cuando es de su pleno conocimiento la labor que desempeña mi representada, únicamente como vocera y administradora de los aludidos fideicomisos.

Ahora bien, en línea con lo anterior Señor Juez, y en concordancia con las mencionadas estipulaciones contractuales del Contrato de Fiducia Mercantil, es importante mostrar al Despacho cual es la dinámica de los proyectos inmobiliarios que se comercializan a través de un esquema fiduciario, en especial sobre el rol y el alcance de las responsabilidades de la Fiduciaria y los **FIDEICOMISOS** dentro de dicho esquema.

Por lo tanto, me permito traer a colación lo dicho por la Superintendencia Financiera de Colombia, entidad encargada de la supervisión, control y vigilancias de las entidades financieras, entre ellas ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. actuando única y exclusivamente como vocera y administradora de los patrimonios autónomos denominados FIDEICOMISO PARQUEO PRADOS DEL ESTE y FIDEICOMISO RECURSOS PRADOS DEL ESTE, en la cartilla denominada “NEGOCIOS FIDUCIARIOS INMOBILIARIOS” la cual contiene una descripción general de los principales aspectos a tener en cuenta al vincularse en un proyecto inmobiliario administrado por una sociedad fiduciaria, como lo son los siguientes:

✓ *La fiduciaria no garantiza ni la viabilidad del proyecto ni su adecuada operación. No cubre los riesgos de construcción y/o los riesgos financieros propios de la inversión.*

- En la fase de *preventa*, una de las mayores bondades del negocio **fiduciario** es que durante la recepción de los recursos y antes del inicio de la construcción, la **fiduciaria** mantiene separados sus recursos de los del constructor y de los demás inversionistas, por lo que si el punto de equilibrio no se cumple, los recursos serán devueltos.
- Una vez alcanzado el punto de equilibrio los recursos de los inversionistas son entregados al constructor para la ejecución de la obra.
- Durante la *ejecución* también se corren riesgos ajenos a la responsabilidad de la **fiduciaria**, como los relacionados con fenómenos naturales, retrasos y/o problemas en el diseño, entre otros.

- Pregunte si el proyecto cuenta con seguros (pólizas) que lo amparen frente a los riesgos mencionados anteriormente, esto le permitirá tener una mayor seguridad en su inversión.
- A partir de la tercera etapa, la de *operación*, es cuando el proyecto inicia las actividades para las que ha sido destinado.
- En la fase de *operación* es cuando su inversión puede generar beneficios; sin embargo, puede verse afectado por otro tipo de riesgos como los financieros, de gestión, operativos y legales, entre otros.

2. Debido cumplimiento a las estipulaciones contractuales del contrato de vinculación por Acción Sociedad Fiduciaria S.A. vocera y administradora del FIDEICOMISO RECURSOS PRADOS DEL ESTE.

Es principio general el que los contratos se celebran para ser cumplidos y como consecuencia de su fuerza obligatoria, el que las partes deban ejecutar las presentaciones que emanan de él en forma íntegra, efectiva y oportuna, tal cual como hasta la fecha lo han hecho los patrimonios autónomos denominados **FIDEICOMISO PARQUEO PRADOS DEL ESTE y FIDEICOMISO RECURSOS PRADOS DEL ESTE** cuya vocera y administradora es Acción Sociedad Fiduciaria S.A., de suerte que el incumplimiento de las mismas, por falta de ejecución o ejecución tardía o defectuosa, es sancionada por el orden jurídico a título de responsabilidad

subjetiva y por culpa, que sólo admite exoneración, en principio, por causas que justifiquen la conducta no imputables al contratante fallido (fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa del contratante, según el caso y los términos del contrato).

En ese sentido, el contrato de vinculación de fecha 10 de abril de 201 suscrito entre CATALINA RODRIGUEZ URIBE como beneficiaria de Área de la casa: A4, la sociedad HABITAT CALERA & CIA SAS y ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. en calidad de fiduciaria., son una expresión de la autonomía de la voluntad, y se rige por el principio de “*lex contractus , pacta sunt servanda*” consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, según el cual los “*contratos válidamente celebrados son ley para las partes y solo pueden ser invalidado por consentimiento mutuo de quienes los celebran o por causas legales*”. En concordancia con la norma anterior, el artículo 1603 de la misma obra, prescribe que los contratos “*deben ser ejecutados de buena fe y, por consiguiente, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley le pertenecen a ella sin clausula penal*”.

Así las cosas, la CLAUSULA PRIMERA.- OBJETO de los CONTRATOS DE VINCULACIÓN, determinan con exactitud que los BENEFICIARIOS DE AREA se vinculan al FIDEICOMISO para que mediante la entrega de recursos de dinero les confiera el derecho de recibir como beneficio de propiedad y la entrega material las unidades inmobiliarias respecto de las cuales se vinculan. Así mismo indica, que los BENEFICIARIOS DE AREA suscriben el presente contrato, el cual reglamenta a las partes en el presente negocio, bajo en el entendido que ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. actuando única y exclusivamente como vocera y administradora del **FIDEICOMISO RECURSOS PRADOS DEL ESTE**, están circunscritas al cumplimiento de las instrucciones que en el contrato de fiducia mercantil se establecen, con total independencia del desarrollo del proyecto, **el cual es responsabilidad única y exclusivamente del FIDEICOMITENTE del contrato de fiducia mercantil mediante el cual se constituyó el FIDEICOMISO.**

Ahora bien, en la CLAUSULA TERCERA.- ADMINISTRACIÓN DE RECURSOS, indica que ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. actuando única y exclusivamente como vocera y administradora del **FIDEICOMISO RECURSOS PRADOS DEL ESTE** administrará los recursos de conformidad con lo previsto en el contrato de vinculación y en el contrato de fiducia por medio del cual se constituyó el FIDEICOMISO.

De acuerdo con lo anterior, es menester indicarle al Despacho que ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. actuando única y exclusivamente como vocera y administradora del **FIDEICOMISO RECURSOS PRADOS DEL ESTE** ha actuado conforme las estipulaciones contractuales del contrato de vinculación y el contrato de fiducia mercantil mediante cual se constituyó el **FIDEICOMISO RECURSOS PRADOS DEL ESTE**, de conformidad con lo establecido en el contrato de Fiducia mercantil.

Ahora bien, en la CLAUSULA CUARTA.- VINCULACIÓN DE LOS BENEFICIARIOS DE AREA, indica que los beneficiarios de área I) **una vez entreguen la totalidad de los recursos** a que se obligaron en el cronograma de aportes contenido en la primera página del contrato de vinculación , y II) **terminado por el FIDEICOMITENTE el PROYECTO**, les será transferido el dominio a título de beneficio del área mencionada en la primera página del mismo contrato, trasferencia que les hará ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. actuando única y exclusivamente como vocera y administradora del **FIDEICOMISO PARQUEO PRADOS DEL ESTE** en su oportunidad, **requisitos que no se acreditaron**, pues como ya se indicó, la señora **CATALINA RODRIGUEZ URIBE** como beneficiaria de área, frente a dicho contrato de vinculación, se encuentra pendiente de acreditar su plan de pagos, así mismo se ilustra a continuación:

Administrado: ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. Tel. 6915090
 Constructor: HABITAT CALERA Y CIA S.A.S. Nit. 900365440

PLAN DE PAGOS				DETALLE DE APORTES				
Cuota	Concepto	Fecha Compromiso	Valor Compromiso	Valor Pagado	Fecha Consignación	Fecha Aplicación	Valor Consignado	Observación
1	CUOTA INICIAL	16/08/2016	12.516.000,00	12.516.000,00	16/04/2014	16/04/2014	12.516.000,00	ADICION POR CONSIGNACION
2	CUOTA INICIAL	16/08/2016	233.484.000,00	233.484.000,00	08/05/2014	08/05/2014	233.484.000,00	TRASLADO ENTRE ENCARGOS DE LA MISMA
3	CUOTA INICIAL	16/08/2016	44.511.965,00	44.511.965,00	16/12/2015	16/12/2015	83.000.000,00	ADICION POR CONSIGNACION
4	CUOTA INICIAL	16/08/2016	59.064.111,00	59.064.111,00	18/12/2015	18/12/2015	17.000.000,00	ADICION POR CONSIGNACION
5	CUOTA INICIAL	16/08/2016	64.489.553,00	64.489.553,00	18/01/2016	18/01/2016	3.576.076,00	ADICION POR CONSIGNACION
6	CUOTA INICIAL	15/01/2017	64.489.553,00	0,00	19/04/2016	19/04/2016	64.489.553,00	ADICION POR CONSIGNACION
7	CUOTA INICIAL	15/03/2017	64.489.553,00	0,00				
8	CUOTA INICIAL	15/06/2017	64.489.553,00	0,00				
9	CUOTA INICIAL	15/06/2017	166.470.966,00	0,00				
10	CUOTA INICIAL	15/06/2017	90.987.246,00	0,00				
TOTAL COMPROMISO			\$ 864.992.500,00	\$ 414.065.429,00	TOTAL CONSIGNADO		\$ 414.065.429,00	

Para tales efectos la aquí demandante en calidad de beneficiaria de área, se encuentra incumplida y en consecuencia no puede en ningún momento pretender le sea entregado y transferido el inmueble objeto del aludido contrato de vinculación.

Así las cosas, claramente se puede evidenciar que mi representada ha cumplido a lo que contractualmente se había obligado en el mencionado contrato de vinculación y en el contrato de fiducia mercantil constitutivo del FIDEICOMISO PARQUEO PRADOS DEL ESTE y FIDEICOMISO RECURSOS PRADOS DEL ESTE.

3. Acción Sociedad Fiduciaria S.A. en su calidad de vocera y administradora del FIDEICOMISO RECURSOS PRADOS DEL ESTE no puede ser responsable por trámites pendientes de terceros.

Teniendo presente que ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. en calidad de vocera y administradora del FIDEICOMISO PARQUEO PRADOS DEL ESTE frente a la transferencia de dominio a título de beneficio a favor de la sociedad aquí demandante, debe validar previamente el cumplimiento de unos requisitos entre los cuales se encuentran: **i.** el cumplimiento del plan de pagos (aportes) por parte de los beneficiarios de área, **ii.** La terminación de la unidad a escriturar, **iii.** La instrucción por parte del Fideicomitente para proceder con la escrituración, **iv.** El cumplimiento por parte del Fideicomitente respecto de la obligación del pago de la prorrata correspondiente al pago del lote de la unidad inmobiliaria de la cual es Beneficiaria de Área la aquí demandante.

Requisitos de los cuales se encuentran pendientes, el cumplimiento por parte del Fideicomitente respecto de la obligación de terminación constructiva de la unidad, y pago de la prorrata correspondiente al pago del lote de la unidad inmobiliaria de la cual es Beneficiaria de Área la aquí demandante., y se reitera obligación de resorte del Fideicomitente, esto es, la Sociedad HABITAT CALERA Y CIA S.A.S. adicional a lo anterior, por parte de la beneficiaria de área acreditar el cumplimiento de su plan de pagos.

Ahora bien, es importante resaltar que la obligación subsiguiente de este acto es la de la entrega material del bien inmueble está en cabeza de la sociedad fideicomitente la Sociedad HABITAT CALERA Y CIA S.A.S., conforme la cláusula DECIMO PRIMERA, se dice:

“(…)

DECIMA PRIMERA. ENTREGA MATERIAL: EL FIDEICOMITENTE informará a EL (LOS) BENEFICIARIO(S) DE ÁREA la fecha de la entrega material de la unidad inmobiliaria, la cual se perfeccionará mediante acta suscrita por EL FIDEICOMITENTE y EL (LOS) BENEFICIARIO(S) DE ÁREA. No podrán abstenerse EL (LOS) BENEFICIARIO(S) DE

ÁREA de recibir la unidad inmobiliaria, por razón de no aceptar el estado de acabados o detalles, para lo cual podrán dejar las constancias que consideren pertinentes en el acta de entrega. Por tanto si se abstienen de recibir la unidad sin causa justificada, ésta se tendrá por entregada para todos los efectos a satisfacción. En este evento, la llave de la unidad quedará a disposición de EL (LOS) BENEFICIARIO(S) DE ÁREA en las oficinas de EL FIDEICOMITENTE. Si por cualquier circunstancia las partes acordasen entregar el inmueble antes de que sea desembolsado el crédito hipotecario o firmado la escritura pública de transferencia, la entrega se hará a título de mera tenencia.

(...)"

Así las cosas, le corresponde a la sociedad HABITAT CALERA Y CIA S.A.S. en su calidad de FIDEICOMITENTE, realizar la entrega material de la unidad inmobiliaria asignada en el contrato de vinculación, esto es, la CASA A 4, de resorte única y exclusivamente de este.

4. Ausencia de responsabilidad en razón al cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de Acción Sociedad Fiduciaria S.A. en nombre propio y en calidad de vocera y administradora del FIDEICOMISO RECURSOS PRADOS DEL ESTE.

En primer lugar vale la pena llamar la atención del Despacho, en que la parte actora pretende con la presente demandada obtener una sentencia favorable donde se condene a pagar unas sumas de dinero sin invocar la declaración de existencia o inexistencia de una relación jurídica y del daño causado en relación con ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. en nombre propio ni como vocera y administradora de los patrimonios autónomos denominados: FIDEICOMISO PARQUEO PRADOS DEL ESTE y FIDEICOMISO RECURSOS PRADOS DEL ESTE identificados con NIT: 805.012.921-0.

En segundo lugar, la parte demandante pretende obtener una sentencia favorable donde se declare solidariamente responsable a ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. de los presuntos incumplimientos al contrato de vinculación de fecha 10 de abril 2010 y sus respectivas modificaciones y otrosíes.

En tal sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional en Sentencia C – 1008/10:

(...) “3.1. La responsabilidad civil contractual[3] ha sido definida por la doctrina especializada como aquella que resulta de la inejecución o ejecución imperfecta o tardía de una obligación estipulada en un contrato válido[4]. De este modo, el concepto de responsabilidad civil contractual se ubica en el contexto de un derecho de crédito de orden privado, que solo obra en un campo exclusivo y limitado, vale decir, entre las partes del contrato y únicamente respecto de los perjuicios nacidos de ese negocio jurídico.”(…) (Subraya y en negrilla fuera del texto)

“Cuando se acuda a teorías como la que pregona la unidad de la culpa civil o a cualquiera otras de alcance similar, orientadas a poner de manifiesto por diversos caminos que sólo son accesorios o secundarios los matices diferenciales que registran los dos tipos de responsabilidad en cuestión, algo sí resulta ser indiscutible y es que en la tarea de distinguirlos e imprimirles el correspondiente tratamiento jurídico siempre habrá de tenerse en cuenta que la responsabilidad llamada “contractual”, concreta por esencia, juega de ordinario entre personas que se han ligado voluntariamente y que por lo mismo han procurado especificar el contenido de los

compromisos emergentes del negocio por ellas celebrado, mientras que la responsabilidad extracontractual opera entre quienes ha vinculado únicamente el azar y la extensión de los imperativos de conducta incumplidos en los que toma causa la respectiva prestación resarcitoria del daño en que dicha responsabilidad se traduce, es definida con frecuencia con normas de notoria abstracción, lo que en último análisis lleva a concluir que no es indiferente en modo alguno el régimen en que de hecho se sitúe una demanda entablada para obtener el pago de perjuicios[9]. (Subraya y en negrilla fuera del texto)

Así las cosas, Honorables magistrados, queda plenamente comprobado que ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. **no es responsable de los presuntos incumplimientos mencionados por la parte demandante en su escrito de demanda ni en la sentencia apelada,** pues mi representada ha dado cabal cumplimiento a sus obligaciones contractuales derivadas del contrato de vinculación y así mismo del marco del contrato de fiducia mercantil constitutivo del FIDEICOMISO RECURSOS PRADOS DEL ESTE.

Ahora bien, también se ha pronunciado la Corte Constitucional en la citada sentencia:

*3.4. En lo que concierne a la responsabilidad extracontractual, la jurisprudencia especializada la define como el encuentro accidental fortuito de una fuente de la obligación resarcitoria generada por mandato legal. Sobre la particular señala que: “como desde antaño lo viene predicando la Corporación con apoyo en el tenor del artículo 2341 del Código Civil, **para que resulte comprometida la responsabilidad de una persona natural o jurídica, a título extracontractual, se precisa de la concurrencia de tres elementos que la doctrina más tradicional identifica como “culpa, daño y relación de causalidad entre aquélla y este”.** Condiciones estas que además de considerar el cuadro axiológico de la pretensión en comentario, definen el esquema de la carga probatoria del demandante, pues es a este a quien le corresponde demostrar el menoscabo patrimonial o moral (daño) y que este se originó en la conducta culpable de quien demanda, por que al fin y al cabo la responsabilidad se engasta en una relación jurídica entre dos sujetos: el autor del daño y quien lo padeció”* (Subraya y en negrilla fuera del texto)

La responsabilidad civil en general existe cuando el incumplimiento ya sea de un contrato o de la ley ha causado un daño, y todo el que causa un daño debe pagarlo, daño que evidentemente no se evidencia en el libelo de la demanda frente a ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. en nombre propio y como vocera de los patrimonios autónomos denominados: **FIDEICOMISO PARQUEO PRADOS DEL ESTE** y **FIDEICOMISO RECURSOS PRADOS DEL ESTE** identificados con NIT: 805.012.921-0.; al respecto la Corte Constitucional en Sentencia de fecha 18 de diciembre de 2008, Exp: 88001-3103-002-2005-00031-01, considera al daño como un elemento estructural de la responsabilidad civil:

De suyo, que si el daño es uno de los elementos estructurales de la responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual, su plena demostración recae en quien demanda, salvo las excepciones legal o convencionalmente establecidas, lo que traduce que, por regla general, el actor en asuntos de tal linaje, está obligado a acreditarlo, cualquiera sea su modalidad, de donde, en el supuesto señalado, era -y es- imperioso probar que el establecimiento producía utilidades, o estaba diseñado para producirlas en un determinado lapso de tiempo, sin que este último caso, pueda confundirse con el daño meramente eventual o hipotético, que desde ningún punto de vista es admisible.» (Subraya y en negrilla fuera del texto)

Teniendo en cuenta lo expresado, si no hay daño no puede hablarse de responsabilidad civil contractual ni extracontractual, y si existiere, es carga de la prueba de quien demanda, prueba que brilla por su ausencia

frente a Acción Sociedad Fiduciaria S.A. en nombre propio y del patrimonio Autónomo denominado: **FIDEICOMISO PARQUEO PRADOS DEL ESTE** y **FIDEICOMISO RECURSOS PRADOS DEL ESTE** identificados con NIT: 805.012.921-0.cuya vocera y administradora es ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.

Por otro lado, cuando se causa y se prueba un daño, nace la obligación de repararlo, so pena que se esté exento de responder por algunas causas que se denominan eximentes de responsabilidad los cuales son, fuerza mayor y caso fortuito, culpa exclusiva de la víctima, y culpa exclusiva de un tercero.

En cuanto a la culpa de un tercero, el daño es causado por una persona diferente a la que es señalada, es decir, que acá no habría nexo causal entre el daño causado y la persona que causa el daño.

De lo anteriormente expuesto se puede inferir que, en primer lugar, no existe responsabilidad civil contractual de mi representada Acción Sociedad Fiduciaria S.A. en nombre propio ni tampoco de los patrimonios autónomos denominados: **FIDEICOMISO PARQUEO PRADOS DEL ESTE** y **FIDEICOMISO RECURSOS PRADOS DEL ESTE** identificados con NIT: 805.012.921-0. cuya vocera y administradora es ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., por los supuestos incumplimientos, pues como ya se dijo mi representada ha dado cabal cumplimiento a las estipulaciones contractuales aquí plucitadas.

Por lo tanto, No existe responsabilidad frente algún presunto incumplimiento de mi representada Acción Sociedad Fiduciaria S.A. en nombre propio ni tampoco de los patrimonios autónomos denominados: **FIDEICOMISO PARQUEO PRADOS DEL ESTE** y **FIDEICOMISO RECURSOS PRADOS DEL ESTE** identificados con NIT: 805.012.921-0, cuya vocera y administradora es ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., pues no existe un daño demostrado frente a mi representada, situación que puede corroborarse con la simple lectura de los hechos de la demanda y los documentos que se aportan a la misma teniendo en cuenta que el contrato de vinculación, objeto de la Litis, se encuentra vigente y en curso de conformidad con las condiciones suspensivas, incluso ajenas a mi representada.

5. La parte incumplida no puede solicitar el cumplimiento de las obligaciones de los demás contratantes.

En este caso la parte que ha cumplido puede optar por las opciones que le ofrece el artículo 1546 del código civil:

CONDICION RESOLUTORIA TACITA. En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios.»

Y al respecto tiene dicho la sala civil de la corte suprema de justicia en sentencia STC7636 – 2017 (01 de julio) con ponencia del magistrado Wilson Quirós:

«En los contratos bilaterales en que las recíprocas obligaciones deben efectuarse sucesivamente, esto es, primero las de uno de los contratantes y luego las del otro, el que no recibe el pago que debía hacersele previamente sólo puede demandar el cumplimiento dentro del contrato si él cumplió o se allanó a cumplir conforme a lo pactado, pero puede demandar la resolución si no ha cumplido ni

se allana a hacerlo con fundamento en que la otra parte incumplió con anterioridad”. Sin embargo, si las obligaciones son simultáneas, “el contratante cumplido o que se allana a cumplir con las suyas, queda en libertad de ejercer, o la acción de cumplimiento o la acción resolutoria si fuere el caso.»

Seguidamente ha dicho la misma sala.

«Si las obligaciones recíprocas son sucesivas, atendido este orden cronológico el contratante que no vio satisfecha la previa obligación sólo puede pretender el cumplimiento del contrato si cumplió o se allanó a cumplir. Si no ha cumplido ni se ha allanado a hacerlo, puede pretender la resolución con fundamento en el art. 1609, es decir, por el incumplimiento de las obligaciones antecedentes del otro contratante.

Tratándose de obligaciones simultáneas el contratante cumplido o que se allana a cumplir, cuenta sin limitación con la alternativa que le ofrece el art. 1546, o sea que puede pretender la resolución o el cumplimiento del contrato.»

Teniendo en cuenta lo anterior, se evidencia incumplida en su plan de pagos a saber:

- **CERTIFICACION DE APORTES DE LA BENEFICIARIA DE AREA:**

www.accion.com.co		ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. ESTADO DE CUENTA							
		Proyecto: FA-1249 FIDEICOMISO RECURSOS PRADOS DEL ESTE Inmueble: Unidad N. A4 / CASA							
Nombre:	CATALINA RODRIGUEZ URIBE								
Identificación:	CC 52691798								
Dirección:	catalinarum@yahoo.com BOGOTA								
Encargo:	0001700000738								
Valor Inmueble:	\$ 864.992.500,00								
		<table border="1"> <tr> <td>VALOR COMPROMISO</td> <td>\$ 864.992.500,00</td> </tr> <tr> <td>VALOR CONSIGNADO</td> <td>\$ 414.065.629,00</td> </tr> <tr> <td>VALOR PENDIENTE</td> <td>\$ 450.926.871,00</td> </tr> </table>		VALOR COMPROMISO	\$ 864.992.500,00	VALOR CONSIGNADO	\$ 414.065.629,00	VALOR PENDIENTE	\$ 450.926.871,00
VALOR COMPROMISO	\$ 864.992.500,00								
VALOR CONSIGNADO	\$ 414.065.629,00								
VALOR PENDIENTE	\$ 450.926.871,00								
		<small>Fecha de 04/07/2022 Pág 1 de 2</small>							

En conclusión, el principio general del derecho según el cual nadie puede obtener provecho de su propia culpa, si hace parte del ordenamiento jurídico colombiano, y en consecuencia, en virtud de dicho principio, la prosperidad de la demanda se debe condicionar también a la verificación de que los hechos que la originan, ocurrieron como consecuencia de la culpa, imprudencia, negligencia o voluntad propia de los aquí demandantes.

6. Las prestaciones surgidas a cargo del fideicomitente de efectuar la entrega material y la transferencia del derecho real de dominio de las unidades privadas a los beneficiarios de área están sujetas a condiciones suspensivas.

Resulta determinante poner de presente al Despacho, que, dado que tan solo cuando se reúnan los requisitos financieros, técnicos, jurídicos y administrativos del proyecto inmobiliario se podrá cumplir la finalidad de la fiducia mercantil.

Se precisa lo establecido en la cláusula SEPTIMA DECLARACION DE EL BENEFICIAIRO DE AREA: del contrato de vinculación suscrito por la aquí demandante:

“(…)

- En desarrollo del presente contrato, la gestión de LA FIDUCIARIA no se relaciona bajo ningún punto de vista con las actividades propias de la construcción y enajenación de inmuebles, ni constituye por parte de ésta directa, ni indirectamente, promoción de enajenación de los inmuebles que forman parte del PROYECTO.
- LA FIDUCIARIA no participa en el desarrollo del PROYECTO, ni como constructor, ni como GERENTE.
- Tampoco tiene ninguna injerencia en la determinación del punto de equilibrio que se requiera para llevar a cabo EL PROYECTO, ni en la viabilidad técnica, jurídica y financiera del mismo.
- LA FIDUCIARIA no verifica, ni ejerce control sobre la destinación de los recursos por ella recibidos, de manera que, una vez éstos sean entregados a EL FIDEICOMITENTE, la responsabilidad por la administración, utilización y destinación de los mismos es exclusiva de aquellos.
- LA FIDUCIARIA no es responsable de la comercialización, promoción, construcción, gerencia, interventoría de EL PROYECTO, pues no ostenta ninguna de dichas calidades, ni participa en manera alguna en el desarrollo del PROYECTO y en consecuencia no es responsable ni puede serlo en ninguno de los eventos previstos en este contrato, por la terminación, calidad, cantidad o valor de las unidades resultantes del mismo.
- LA FIDUCIARIA no es responsable de los aspectos técnicos, financieros y jurídicos requeridos para adelantar el PROYECTO, tales como estudios técnicos y de factibilidad, presupuestos, flujo de caja, licencias, planos arquitectónicos, programación general de EL PROYECTO, permisos para el desarrollo de las obras, estudios de suelos y recomendaciones de cimentación.
- Sin perjuicio del deber de diligencia y del cumplimiento de las obligaciones que LA FIDUCIARIA adquiere como vocera del FIDEICOMISO LOTE y el FIDEICOMISO RECURSOS queda entendido que la FIDUCIARIA no actuará en desarrollo del presente contrato como asesor jurídico, tributario, financiero, cambiario o de cualquier otra índole y por tanto no responderá por las consecuencias derivadas de las decisiones que EL FIDEICOMITENTE, EL(LOS) BENEFICIARIO(S) DE ÁREA o sus asesores tomen con respecto a dichos aspectos. Como consecuencia de lo anterior, no puede imputársele responsabilidad alguna a LA FIDUCIARIA por los conceptos contenidos en la anterior declaración.

(…)”

En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia ha precisado que:

“la condición suspensiva, como expresa su nomen, suspende el efecto definitivo, normal, usual e inherente al acto, sujetándolo a un evento objetivamente incierto en cuanto futuro, susceptible de ocurrir o no, cuya incertidumbre respecto de su realización ulterior, hace incierta la relación al someter su eficacia a su verificación oportuna e íntegra”, de ahí que “pendiente la condición el contrato existente naturalmente genera su efecto vinculante, pero en el estado de pendencia no es exigible su cumplimiento, ni los derechos y obligaciones dimanadas, sino una vez verificada”¹.

Igualmente, en un pronunciamiento más reciente, esa alta Corporación insistió en su doctrina de antaño al señalar que *“la obligación sujeta a condición suspensiva, tiene su nacimiento en suspenso hasta que ocurra el*

1 Sala de Casación Civil. Sentencia del 14 de octubre de 2010. Rad. 2001-00855-01.

acontecimiento futuro e incierto en que consiste la condición, ya que antes de ese momento no tiene vida jurídica, ni, por ende, posibilidad de exigirse su cumplimiento”2.

Por consiguiente, comoquiera que en los contratos de fiducia inmobiliaria se requiere la verificación de una serie de condiciones técnicas, financieras, administrativas y jurídicas para que se cumpla su finalidad, de conformidad con el apartado 5.2. del Capítulo Primero del Título Segundo de la Parte Segunda de la Circular Externa 029 de 2014 de la Superintendencia Financiera de Colombia, es necesario que se comprueben aquellas circunstancias para que sea procedente inferir, en el marco de la acción de protección al consumidor, que el productor y/o proveedor no realizó la entrega oportuna del producto objeto del contrato de vinculación.

Ahora bien, en el presente litigio se encuentra acreditado que la demandante, mediante el contrato de vinculación aquí pluricitado, adquirió derecho a recibir, como beneficio de área, la propiedad de la unidad inmobiliaria del Proyecto Prados Del Este, una **vez se encontrara acreditado su plan de pagos; y su entrega material, los cuales todavía no han sido obtenidos.**

La anterior situación, por sí sola, no significa que exista un incumplimiento de la garantía legal prevista en el Estatuto del Consumidor, imputable a un incumplimiento de mi representada.

Esto se debe a que, dado que la transferencia de la propiedad y la entrega material de los apartamentos está sujeta al cumplimiento de las condiciones técnicas, financieras, administrativas y jurídicas del negocio fiduciario inmobiliario.

Sin embargo, en el plenario no se aporta prueba alguna que corrobore, de forma clara, precisa, exhaustiva y detallada, que las unidades inmobiliarias hubieran sido terminadas, sino todo lo contrario, ocasionando una condición suspensiva que no permite materializar dicha transferencia, objeto del contrato.

Por consiguiente, en virtud de las anteriores circunstancias se observa que todavía no estaban dadas las condiciones para que se efectuara la entrega jurídica de la unidades inmobiliaria del Proyecto prados del Este ni tampoco para que se suscribiera la escritura pública de transferencia de la propiedad del bien inmueble al beneficiario de área, por cuanto todavía está a cargo del fideicomitente la realización y finalización de la construcción del proyecto, de conformidad con lo estipulado en el contrato de vinculación, de modo que aún no se han cumplido todos los requerimientos para finalizar el negocio fiduciario inmobiliario.

7. No es procedente censurar que en los contratos de vinculación no se hubiera establecido un plazo para la transferencia de los derechos de dominio y la entrega material de las unidades inmobiliarias derivadas del proyecto Prados del Este.

No es procedente censurar que en los contratos de vinculación no se hubiera establecido un plazo para la transferencia de los derechos de dominio y la entrega material de las unidades inmobiliarias, en atención a que, dadas las características del negocio de fiducia inmobiliaria, no era dable incluir el tiempo en que se llevarían a cabo tales actos, por cuanto aquellas situaciones tendrían lugar cuando se reunieran las condiciones financieras, técnicas y jurídicas, en virtud de las cuales se pudiera establecer que el proyecto inmobiliario había finalizado. De ahí que se pactaran condiciones suspensivas y mixtas para la realización de aquellos actos, al tenor de los artículos 1534 y 1536 del Código Civil, en virtud de las cuales los

2 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 8 de agosto de 1974, reiterada en la sentencia STC-720 del 4 de febrero de 2021.

fideicomitentes serían los que determinarían el momento de la entrega material de los bienes raíces y la suscripción por parte de la fiduciaria de las escrituras públicas de transferencia de la propiedad.

Y se reitera lo establecido en la cláusula DECLARACION DE EL BENEFICIAIRO DE AREA: del contrato de vinculación suscrito por la aquí demandante:

Bajo esta óptica, no existen elementos probatorios que permitan establecer que las condiciones técnicas, financieras, administrativas y jurídicas para la terminación del proyecto inmobiliario se encuentran cumplidas y que, por ende, se había verificado el hecho futuro e incierto que daba paso al cumplimiento de la condición suspensiva de la que dependía la obligación de transferir el derecho de dominio y efectuar la entrega jurídica de los inmuebles a los beneficiarios de área aquí demandantes.

8. Inexistencia de perjuicios derivados del supuesto e inexistente incumplimiento de Acción Sociedad Fiduciaria S.A.

Al ser cada demandado independiente y autónomo, los demandantes deben demostrar el perjuicio sufrido con ocasión al actuar de cada demandado. En otras palabras, debe demostrar la existencia del daño irrogado y su monto en atención al comportamiento de cada uno de los demandados.

En tal virtud, la parte actora debe demostrar la existencia del perjuicio sufrido y el monto del mismo **derivado de las actuaciones de Acción Fiduciaria en nombre propio y como vocera y administradora del FIDEICOMISO PARQUEO Y RECURSOS PRADOS DEL ESTE**. Dicho perjuicio, claro está, debe ser cierto, personal, directo, cuantificado y antijurídico y, en todo caso, relacionado causalmente con el comportamiento de la fiduciaria en nombre propio y en su calidad de Vocera y administradora del patrimonio autónomo anteriormente mencionado.

Situación que también aplica, en lo pertinente, frente al Fideicomiso.

En esta medida, al no encontrarse en la demanda prueba alguna tendiente a demostrar los perjuicios sufridos por los demandantes con ocasión de las actuaciones directas de la fiduciaria y del Fideicomiso, conforme no es procedente una condena de responsabilidad y, mucho menos, predicar una solidaridad, pues al no haber daños no hay responsabilidad contractual ante la carencia de su elemento axiológico.¹⁵

*“En especial, para lograr prosperidad en las pretensiones derivadas de la responsabilidad, cualquiera sea el origen de esta, **resulta indispensable que la parte interesada asuma la carga de acreditar los elementos axiológicos** que conduzcan a establecer, sin duda, la presencia de esa fuente de obligaciones, máxime si se trata del perjuicio, **pues como tiene dicho la Corte dentro del concepto y la configuración de la responsabilidad civil, es el daño un elemento primordial y el único común a todas las circunstancias, cuya trascendencia fija el ordenamiento**. De ahí que no se dé responsabilidad sin daño demostrado, y que el punto de partida de toda consideración en la materia, tanto teórica como empírica sea la enunciación, establecimiento y determinación de aquél, ante cuya falta resulta inoficiosa cualquiera acción indemnizatoria” (Sent. Cas. Civ. de 4 de abril de 1968, G.J. CXXIV, Pág. 62, reiterada en Sentencias de Casación Civil de 17 de julio de 2006, Exp. No. 02097-01 y 9 de noviembre de 2006, Exp. No. 00015).” (Destaco)*

9. El juzgado paso por alto que Acción Sociedad Fiduciaria S.A. vocera y administradora del FIDEICOMISO RECURSOS PRADOS DEL ESTE en ningún momento ha recibido la correspondiente instrucción por parte del fideicomitente la sociedad HABITAT CALERA, para proceder con la escrituración de conformidad con lo establecido en el contrato de vinculación y por ende no están dadas las circunstancias de modo, tiempo y lugar para la transferencia de la unidad al demandante, situación que no es reprochable a mi representada como vocera del FIDEICOMISO RECURSOS PRADOS DEL ESTE ni mucho menos en nombre propio.

De acuerdo con lo anterior, es menester indicarle a los Honorables Magistrados, que ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. actuando única y exclusivamente como vocera y administradora del FIDEICOMISO RECURSOS PRADOS DEL ESTE ha actuado conforme las estipulaciones contractuales del contrato de vinculación y el contrato de fiducia mercantil mediante cual se constituyó el FIDEICOMISO RECURSOS PRADOS DEL ESTE, de conformidad con lo establecido en el contrato de Fiducia mercantil.

Ahora bien, en la CLAUSULA CUARTA.- VINCULACIÓN DE LOS BENEFICIARIOS DE AREA, indica que los beneficiarios de área I) **una vez entreguen la totalidad de los recursos** a que se obligaron en el cronograma de aportes contenido en la primera página del contrato de vinculación , **y II) terminado por el FIDEICOMITENTE el PROYECTO**, les será transferido el dominio a título de beneficio del área mencionada en la primera página del mismo contrato, trasferencia que les hará ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. actuando única y exclusivamente como vocera y administradora del FIDEICOMISO PARQUEO PRADOS DEL ESTE en su oportunidad, **requisitos que no se acreditaron**, pues como ya se indicó, la señora **CATALINA RODRIGUEZ URIBE** como beneficiaria de área, frente a dicho contrato de vinculación, se encuentra pendiente de acreditar su plan de pagos, así mismo se ilustra a continuación:

PLAN DE PAGOS					DETALLE DE APORTES			
Cuota	Concepto	Fecha Compromiso	Valor Compromiso	Valor Pagado	Fecha Consignación	Fecha Aplicación	Valor Consignado	Observación
1	CUOTA INICIAL	16/08/2016	12.516.000,00	12.516.000,00	16/04/2014	16/04/2014	12.516.000,00	ADICION POR CONSIGNACION
2	CUOTA INICIAL	16/08/2016	233.484.000,00	233.484.000,00	08/05/2014	08/05/2014	233.484.000,00	TRASLADO ENTRE ENCARGOS DE LA MISMA
3	CUOTA INICIAL	16/08/2016	44.511.965,00	44.511.965,00	16/12/2015	16/12/2015	83.000.000,00	ADICION POR CONSIGNACION
4	CUOTA INICIAL	16/08/2016	59.064.111,00	59.064.111,00	18/12/2015	18/12/2015	17.000.000,00	ADICION POR CONSIGNACION
5	CUOTA INICIAL	16/08/2016	64.489.553,00	64.489.553,00	18/01/2016	18/01/2016	3.576.076,00	ADICION POR CONSIGNACION
6	CUOTA INICIAL	15/01/2017	64.489.553,00	0,00	19/04/2016	19/04/2016	64.489.553,00	ADICION POR CONSIGNACION
7	CUOTA INICIAL	15/03/2017	64.489.553,00	0,00				
8	CUOTA INICIAL	15/06/2017	64.489.553,00	0,00				
9	CUOTA INICIAL	15/06/2017	166.470.966,00	0,00				
10	CUOTA INICIAL	15/06/2017	90.987.246,00	0,00				
TOTAL COMPROMISO			\$ 864.992.500,00	\$ 414.065.429,00	TOTAL CONSIGNADO		\$ 414.065.429,00	

Para tales efectos la aquí demandante en calidad de beneficiaria de área, se encuentra incumplida y en consecuencia no puede en ningún momento pretender le sea entregado y transferido el inmueble objeto del aludido contrato de vinculación.

Así las cosas, claramente se puede evidenciar que mi representada ha cumplido a lo que contractualmente se había obligado en el mencionado contrato de vinculación y en el contrato de fiducia mercantil constitutivo del FIDEICOMISO PARQUEO PRADOS DEL ESTE y FIDEICOMISO RECURSOS PRADOS DEL ESTE.

10. Indevida interpretación de los deberes indelegables de la fiduciaria como profesional fiduciario, para soportar el fallo condenatorio a mi representada.

Debe indicarse al Honorable Despacho, que Acción Fiduciaria llevó la contabilidad de los Fideicomisos con apego a las políticas contables correspondientes y a nuestro ordenamiento jurídico.

Revisada la demanda, se anuncia, sin desarrollar, un supuesto incumplimiento en la administración de recursos y las normas contables y de administración de la contabilidad. Sin embargo, no se señala, ni tan siquiera en un renglón, a que se refiere dicha afirmación. Toda una violación al derecho de defensa la que pretenden los demandantes, quienes en esta demanda pretenden imponer el ejercicio de la defensa por adivinación.

Esta pretensión no podrá prosperar, independientemente del debate probatorio que se dé, porque la actora no cumplió con o mínimo que el derecho de defensa impone sobre la carga de la afirmación.

Entre sus características del contrato en estudio se encuentran las siguientes:

- Se funda en la confianza, razón por la cual el fideicomitente contrata a la sociedad fiduciaria para que con sus conocimientos profesionales y técnicos gestione la finalidad determinada en el negocio fiduciario.
- Puede ser consensual o solemne. Por regla general es solemne, esto es, debe constituirse mediante escritura pública, y será consensual en los casos que así lo autorice el Gobierno Nacional mediante norma de carácter general conforme lo prevé el artículo 16 de la Ley 35 de 1993.
- Es un contrato plurilateral, dado que intervienen tres partes, el fiduciante, la fiduciaria y el beneficiario.
- Es un negocio jurídico de colaboración, esto es, de aquellos en los cuales media una función de cooperación para alcanzar el fin que ha de determinar el advenimiento del contrato, y exige el deber de buena fe en relación con todos los intervinientes. Entre otros.

En el caso concreto concluyó que **el deber de información de la fiduciaria resulta trascendental en este tipo de negocios, y tiene aplicación no solo en la etapa precontractual sino durante todo el desarrollo del contrato e implica exponer situaciones de hecho de carácter objetivo que se conocen o deben ser conocidas**. Durante el desarrollo del contrato la obligación de información de la fiduciaria como profesional implica el deber de informar sobre los riesgos, así como de los demás aspectos inherentes al negocio celebrado. Al no invocarse una norma sustancial que soportara el cargo, implica que no esté llamado a prosperar, por lo que se resolvió no casar la sentencia (**M. P. Martha Patricia Guzmán Álvarez**).

11. La motivación del fallo, se desliga del marco del objeto del litigio, pretendiendo dar un alcance probatorio a algo que no se vislumbró en el proceso.

En primer lugar, conviene señalar el problema jurídico que fue fijado por el despacho respecto de mi representados consistió en: *“en determinar si existía:*

- Coligación entre el contrato de vinculación al fideicomiso Prados del Este celebrado entre Catalina Rodríguez Uribe y Acción Sociedad Fiduciaria el 10 de abril de 2014, y el contrato de leasing financiero suscrito entre Catalina Rodríguez Uribe y Leasing Bancolombia el 29 de mayo de 2015.
- Incumplimiento del contrato de vinculación al Fideicomiso Prados del Este por parte de Acción Sociedad Fiduciaria.
- Existencia de solidaridad entre las demandadas.”

De acuerdo con lo anterior, es claro que a la luz del ordenamiento jurídico estipula en el artículo 1546 del Código Civil cuáles son los presupuestos para que la acción resolutoria salga avante, esto es y como bien lo señaló el despacho: la existencia de un contrato bilateral válido, la existencia de un contratante cumplido o allanado a cumplir y la existencia de un contratante incumplido.

Pese a lo anterior, el despacho se apartó sustancialmente de la delimitación del problema jurídico e hizo referencia en la motivación de su providencia de aspectos que no guardan relación con los requisitos de prosperidad de dicha acción resolutoria, los cuales tuvieron una gran incidencia en la parte resolutoria de la sentencia, pues de dicha errada valoración y argumentación se desprendió esta decisión, incluso entrando a sustentar valoraciones que en el debate probatorio nunca salieron a relucir como lo es la destinación de los recursos, situación que nunca se cuestionó, solo hasta el final en el Fallo.

12. En ningún momento en el debate probatorio ni en el plenario de la demanda se estableció que los recursos aportados por la aquí demandante no fueron invertidos en el proyecto, todo lo contrario, los mismos fueron invertidos en el proyecto de conformidad con las estipulaciones contractuales, inclusive hoy representados en el inmueble.

En línea con lo anterior, Adicionalmente, porque dentro del trámite procesal se demostró que los dineros aportados por los demandantes se encuentran invertidos en el proyecto dada la etapa contractual del mismo, sumado a que, conforme el contrato de vinculación firmado por los demandantes, en el cual se estableció el procedimiento para la terminación del contrato de manera unilateral y las condiciones que deben darse para proceder a la devolución de los recursos.

Tal como lo expuso el representante legal de la Fiduciaria en su interrogatorio, así mismo, el mismo dictamen pericial aportada al proceso por la parte demandante, logro evidenciar la existencia del lote, con su correspondiente desarrollo.

13. Con el fallo apelado, el Juzgado desnaturaliza las obligaciones de las sociedades fiduciarias en el marco de fiducias inmobiliarias.

Se reitera al Honorable Despacho, que dentro del marco del contrato de fiducia mercantil originario del FIDEICOMISO PARQUEO Y RECURSOS PRADOS DEL ESTE, en donde debe tenerse claro que, esta sociedad Fiduciaria no tiene obligación ni responsabilidad en relación con el adelanto y desarrollo del Proyecto inmobiliario PRADOS DEL ESTE, todo lo cual es responsabilidad exclusiva y excluyente de la Sociedad HABITAT LA CALERA S.A.S. en su calidad de FIDEICOMITENTE en dicho contrato fiduciario, motivo por el cual esta sociedad fiduciaria ni a título institucional ni como vocera del FIDEICOMISO

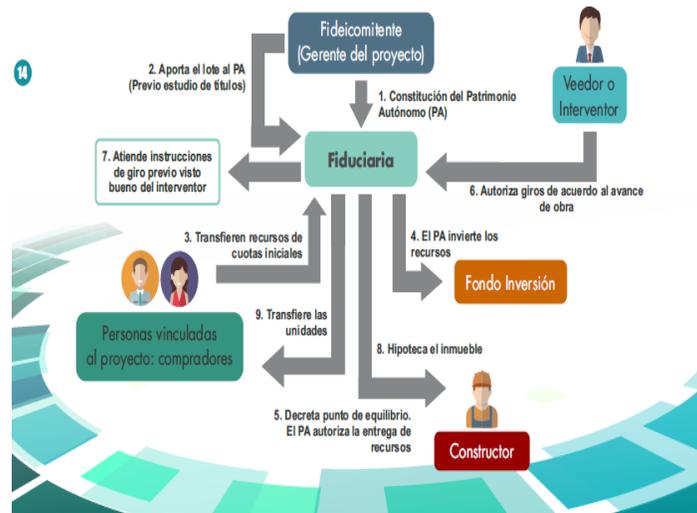
PARQUEO Y RECURSOS PRADOS DEL ESTE ha tenido, tiene, ni tendrá la calidad de constructor, gerente, promotor, desarrollador, interventor o supervisor técnico de dicho proyecto y por lo tanto, su deber como Sociedad Fiduciaria en dicho contrato fiduciario es exclusivamente llevar a cabo la administración de los activos fideicomitidos y la realización de los pagos que en desarrollo del mencionado contrato fiduciario instruya el FIDEICOMITENTE previa aprobación del interventor, quien es el único obligado a verificar que los recursos fideicomitidos que materializan los pagos así ordenados se destinen al desarrollo del proyecto inmobiliario Prados Del Este.

En línea con lo anterior, y en concordancia con las mencionadas estipulaciones contractuales consagradas en el CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL como las consagradas en el CONTRATO DE VINCULACIÓN, es importante mostrar al Despacho cual es la dinámica de los proyectos inmobiliarios que se comercializan a través de un esquema fiduciario, en especial sobre el rol y el alcance de las responsabilidades de la Fiduciaria y el **FIDEICOMISO** dentro de dicho esquema. Por lo tanto, me permito traer a colación lo dicho por la Superintendencia Financiera de Colombia, entidad encargada de la supervisión, control y vigilancias de las entidades financieras, entre ellas ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., actuando única y exclusivamente como vocera y administradora del FIDEICOMISO PARQUEO Y RECURSOS PRADOS DEL ESTE, en la cartilla denominada "NEGOCIOS FIDUCIARIOS INMOBILIARIOS" la cual contiene una descripción general de los principales aspectos a tener en cuenta al vincularse en un proyecto inmobiliario administrado por una sociedad fiduciaria, como lo son los siguientes:

3. Esquema Inmobiliario completo

Este esquema incluye la fase de *preventa*, la fase de *construcción* y, en ocasiones, la fase de *escrituración* de los proyectos.

Al incluir la fase de *construcción*, se constituye un **patrimonio autónomo** para entregar a título de **fiducia mercantil** el lote donde se construirá el proyecto. En éste se registran todos los costos en los que se incurre durante el diseño y construcción del proyecto e ingresan los recursos del constructor y, en algunos casos, los créditos bancarios con los que se financia la obra ("crédito constructor"), así como sus recursos, una vez cumplido el punto de equilibrio.



En la etapa de construcción la **fiduciaria** tiene la obligación de girar los recursos, previa verificación de requisitos indicados en el contrato, tal como puede ser la autorización del interventor.

Si bien la **fiduciaria** no es responsable de los riesgos técnicos de la obra, debe estar atenta a cualquier hecho que pueda afectar su terminación o que retrase los plazos, para informarles a los adquirientes.

Finalizada la *construcción* inicia la fase de *escrituración* en la que, como se indicó, puede o no participar la **sociedad fiduciaria**.

Así mismo deberá tenerse en cuenta:

✓ La **fiduciaria** no garantiza ni la viabilidad del proyecto ni su adecuada operación. No cubre los riesgos de construcción y/o los riesgos financieros propios de la inversión.

- En la fase de *preventa*, una de las mayores bondades del negocio **fiduciario** es que durante la recepción de los recursos y antes del inicio de la construcción, la **fiduciaria** mantiene separados sus recursos de los del constructor y de los demás inversionistas, por lo que si el punto de equilibrio no se cumple, los recursos serán devueltos.
- Una vez alcanzado el punto de equilibrio los recursos de los inversionistas son entregados al constructor para la ejecución de la obra.
- Durante la *ejecución* también se corren riesgos ajenos a la responsabilidad de la **fiduciaria**, como los relacionados con fenómenos naturales, retrasos y/o problemas en el diseño, entre otros.

En línea con lo anterior, en la cartilla denominada “NEGOCIOS FIDUCIARIOS INMOBILIARIOS” indica lo siguiente:

(...) “La misión principal de la fiduciaria en este esquema es verificar el cumplimiento de los requisitos previos al giro de los recursos, pero no puede garantizarle un rendimiento de los mismos.

(...) La fiduciaria no respalda patrimonialmente el proyecto ni es responsable de los aspectos técnicos del mismo, por lo que se recomienda indagar sobre las coberturas del proyecto (pólizas) y si los mismos contarán con interventores

(...) Como en algunos esquemas la fiduciaria no participa ni revisa la promesa de compraventa, infórmese sobre las obligaciones que adquiere a través de este instrumento jurídico.

Inclusive, en la guía para el consumidor en el Sector Vivienda, expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio en el año 2016, se hace claridad del alcance de la participación de las fiduciarias en el proyecto:

“Tenga en cuenta que, si en la publicidad del proyecto encuentra leyendas como: “Con el respaldo de la fiduciaria Z” o “Este proyecto es financiado por Banco X o Y”, dichas entidades no son responsables de la ejecución del proyecto y por lo tanto no aseguran la ejecución del mismo”

En efecto, en el Contrato de Fiducia, se establecieron, por una parte, las obligaciones a cargo de la sociedad Fideicomitente, es decir la sociedad **HABITA LA CALERA S.A.S** y, por otra parte, la del Patrimonio Autónomo y de la Fiduciaria. Al respecto, es claro que no hay confluencia de las obligaciones en cabeza de estas. Lo anterior implica que **no hay pluralidad de sujetos pasivos de una misma obligación, pues no hay identidad en el objeto de la obligación.**

En consecuencia, imponer cargas que se encuentran inmersas en la esfera de los demás intervinientes del contrato de fiducia mercantil, termina desnaturalizando el mismo negocio fiduciaria inmobiliario.

Por lo que, de indicarse alguna presunción de solidaridad del Código de Comercio implica, naturalmente, el cumplimiento de los supuestos básicos de una obligación solidaria, como la identidad de la prestación a cargo de dos o más deudores. En tal sentido, el artículo 1569 del Código Civil establece que hay identidad de la cosa debida, **uno de los requisitos de las obligaciones solidarias**, cuando lo que se debe es una misma prestación.

*“La cosa que se debe solidariamente por muchos o a muchos, **ha de ser la misma**, aunque se deba de diversos modos; por ejemplo, pura y simplemente respecto de unos, bajo condición o a plazo respecto de otros” (Destaco)*

En el Contrato de Fiducia y en el contrato de vinculación se establecieron las obligaciones de cada una de las partes, en forma separada y no idéntica. En atención al rol que cada una asumió en el negocio fiduciario, siendo en tal sentido, las obligaciones de unos y otros enteramente distintas en su alcance, naturaleza y efectos.

Por un lado, la fiduciaria asumió las obligaciones a su cargo derivadas de su rol de Fiduciario y establecidas en el contrato. Por otro lado, la sociedad **HABITA LA CALERA S.A.S** asumió las obligaciones

correspondientes al carácter de Fideicomitente Desarrollador y también establecidas en el contrato. Igualmente, el aquí demandante asumió sus obligaciones como beneficiaria de Área.

14. No hay nexo de causalidad entre los supuestos incumplimientos de Acción Sociedad Fiduciaria S.A. y el fracaso del proyecto inmobiliario. Concorre culpa exclusiva del constructor y promotor del proyecto.

Para que proceda la declaratoria de responsabilidad contractual es necesario que: exista un contrato válido 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 personal, directo, cierto y cuantificado de la conducta desplegada por el deudor incumplido.

Desde ya debo anticipar que la conducta reprochada por la parte demandante no es cierta, pues, primero, Acción Fiduciaria cumplió con sus obligaciones, y, segundo, dichas obligaciones no se encontraban a cargo de la fiduciaria o de los Fideicomisos. Situaciones que, de suyo, son suficientes para descartar cualquier juicio de responsabilidad en su contra.

Pero ocurre, además, que todos los restantes requisitos necesarios para que tal responsabilidad se abra paso brillan por su ausencia. En efecto, ni conducta reprochable hay que endilgarle a Acción Fiduciaria, quien ha honrado sus compromisos contractuales, ni existe, daño derivado de su actuar por el que deba resultar comprometido su patrimonio. Tampoco relación causal.

En efecto, en la demanda se echa de menos una determinación precisa de cuál es la obligación contractual específica que la parte demandante considera que Acción Fiduciaria incumplió y la forma como la incumplió.

Basta con leer las obligaciones que Acción Fiduciaria asumió para advertir sin asomo de duda que no existe obligación alguna que le permita a la parte demandante formular la reclamación que acá nos convoca o efectuarle un juicio de reproche en materia de responsabilidad.

15. La administración de los recursos se hizo en debida forma conforme lo establecido en el contrato.

En línea con todo lo anterior, se reitera no solo que, en el proceso, **esto nunca se puso en duda**, ni se reprochó, pues todos los recursos se pusieron a disposición del fideicomitente desarrollador para el desarrollo de conformidad con los lineamientos establecidos en el contrato de fiducia mercantil.

Por el tipo de negocio, debe indicarse que el negocio fiduciario contempla con seriedad un estándar de negocios que se sustentan en la confianza, y la fiducia inmobiliaria no es la excepción. La confianza, elemento fundamental para comprender ese tipo de negocios, está sustentada en dos pilares³, es decir, no se puede analizar esta categoría contractual dejando de lado la diligencia y la buena fe:

³ Apuntes de clase de Contratos. Luis Gonzalo Baena. 2022.

1. La diligencia en estos negocios no es un querer hacer, sino que es un hacer, conducta o comportamiento. La diligencia cumple con dos papeles fundamentalmente: Por una parte, la diligencia forma parte de la prestación y por otra, promueve el cumplimiento.
2. La buena fe, la cual debe ser entendida como una regla de comportamiento o de conducta que es exigible en las relaciones negociales, es decir, como una buena fe objetiva.

16. La demandante conocía los pormenores del proyecto y fue debidamente informada de esto.

En cumplimiento de lo dispuesto en la Circular Básica Jurídica No. 007 de 1996 y Circular Externa No. 046 de 2008 de la Superintendencia Financiera de Colombia, y de conformidad con las condiciones del Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable, de manera atenta informamos que se presentaron los correspondientes informes periódicos a la beneficiaria aquí demandante, de los cuales ninguno recibió objeción alguna, situación que se acreditó dentro del plenario en los interrogatorios de parte.

17. El contrato de fiducia no es un fideicomiso de garantía, por lo que no puede entenderse que los patrimonios autónomos denominados: FIDEICOMISO RECURSOS PRADOS DEL ESTE y FIDEICOMISO PARQUEO PRADOS DEL ESTE son garantes de las obligaciones que tenga el fideicomitente, bajo ese entendido no puede garantizarse el éxito del proyecto.

Contrario a lo señalado por los demandantes, el propósito del Fideicomiso parqueo y recursos prados del Este no es el de garantizar obligaciones de terceros.

Como se ha señalado a lo largo de la demanda, la fiduciaria tiene un marco contractual determinado y, por ende, no es posible extenderle obligaciones propias de otras partes contractuales a la entidad fiduciaria. Recuérdese que en los contratos plurilaterales cada centro de interés tiene su propio marco obligaciones y, por tanto, no responde por el cumplimiento o incumplimiento de otro centro de interés.

En tal sentido, el profesor Ernesto Rengifo en su libro sobre fiducia mercantil tuvo a bien explicar que la fiduciaria no es un ente asegurador y no responde por un resultado específico con ocasión de la ejecución de un negocio fiduciario. Veamos:⁴

*“Dos comentarios adicionales. En este tema de causalidad es conveniente mencionar, para evitar equívocos, que **el fiduciario no es un asegurador. En efecto, se tiene la proclividad de demandar a la fiduciaria siempre que al acreedor no se le satisface su acreencia garantizada o porque el fideicomitente no obtuvo las ganancias esperadas al momento de celebrar el negocio, pero esto no significa que el proceso deba terminar con una sentencia de condena en contra del fiduciario dado que en la insatisfacción del crédito o en la gestión del negocio pudo no haber existido una conducta culposa o negligente de éste. Valga aquí la ilustrativa reflexión del profesor RAMIRO RENGIFO:***

¿Deberá el fiduciario responder por el monto del avalúo ante los terceros acreedores que, confiados en la experiencia del fiduciario, aceptaron otorgar un crédito que después no pudo ser pagado porque del producto

⁴ RENGIFO GARCÍA, Ernesto. *La fiducia Mercantil y pública en Colombia*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2012. Páginas 211 y siguientes.

de la venta de los bienes no alcanzó para tales pagos en su totalidad? **Una respuesta negativa parece obvia, si se recuerda una expresión que define la esencia de la fiducia y que expresa que el fiduciario no es un asegurador.** En realidad, con la expresión se quiere recalcar que **el fiduciario no puede garantizar un resultado específico al beneficiario**, como sería, por ejemplo, un determinado porcentaje de ganancias en un negocio realizado por el patrimonio autónomo administrado por el fiduciario

(...)

Resulta, pues, ilustrativa la cita anterior para que **antes de iniciar un proceso de responsabilidad civil en contra de un fiduciario se examine con exquisito cuidado el papel de éste en su gestión y saber si en ésta hubo un comportamiento alejado de los estándares que se esperan de un profesional y el cual sería la causa del daño padecido por el fideicomitente o el beneficiario.**" (Destaco)

18. Con el fallo, el Juzgado manifiestamente expone un entendimiento equivoco del negocio de fiducia inmobiliaria.

La fiducia inmobiliaria es una de las modalidades de negocio fiduciario dependiendo de su finalidad, con el cual comparte la estructura general de todo negocio fiduciario. Cuenta con un particular régimen jurídico aplicable dada su importancia en las relaciones comerciales y de consumo inmobiliaria, así pues, se muestra como un contrato que puede ser celebrado con diferentes finalidades, dependiendo de la tipología que se trate y así mismo, variarán las obligaciones de las partes.

Para efectos de ubicar la tipología contractual sub examine, hay que indicar que la Fiducia inmobiliaria es una modalidad de fiducia mercantil según la finalidad que persigue el constituyente, a esta clasificación se suman la fiducia de administración, la fiducia de garantía y la fiducia de inversión⁵

Aunque la fiducia inmobiliaria antes era incluida dentro de los contratos de fiducia de administración por compartir rasgos con esta, hoy en día se tiene como un contrato diferente y autónomo, pues a diferencia de la primera, el contrato de fiducia inmobiliaria solo se ejecuta sobre bienes inmuebles y comporta actividades adicionales a la mera administración⁶.

Hablar de negocios fiduciarios es hablar de negocios que se sustentan en la confianza, y la fiducia inmobiliaria no es la excepción. La confianza, elemento fundamental para comprender ese tipo de negocios, está sustentada en dos pilares⁷, es decir, no se puede analizar esta categoría contractual dejando de lado la diligencia y la buena fe:

1. La diligencia en estos negocios no es un querer hacer, sino que es un hacer, conducta o comportamiento. La diligencia cumple con dos papeles fundamentalmente: Por una parte, la diligencia forma parte de la prestación y por otra, promueve el cumplimiento.

5 La Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia, en la Parte II, Título II, Capítulo I, Numeral 8, clasifica los negocios fiduciarios por tipos: fiducia de inversión, fiducia inmobiliaria, fiducia de administración, fiducia de garantía y fiducia con recursos del sistema de seguridad social y otros relacionados

6 MATEUS BOHORQUEZ, LEZLY. El contrato fiduciario inmobiliario: Un estudio comparado entre el contrato de vinculación por beneficio de área y la promesa de compraventa. Optando al título de abogada. Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2015, p. 20.

7 Apuntes de clase de Contratos. Luis Gonzalo Baena. 2022.

2. La buena fe, la cual debe ser entendida como una regla de comportamiento o de conducta que es exigible en las relaciones negociales, es decir, como una buena fe objetiva.

Así las cosas, el contrato de fiducia inmobiliaria, fiel su carácter de negocio fiduciario, cuenta como característica neurálgica el elemento de la confianza, sin la cual sería imposible entender la funcionalidad de esa tipología contractual. Entonces, el contrato de fiducia inmobiliaria no tiene una función distinta a la de:

“[O]torgar confianza a los promotores/constructores y a los terceros interesados en la adquisición de las unidades inmuebles resultantes de la construcción, en la formalidad y en la reputación negocial de las sociedades fiduciarias, de quienes se espera de modo razonable que se responsabilicen de la normal y adecuada ejecución de la gestión que se les ha encomendado, independientemente de si la ejecutan a través de sus dependientes”⁸.

Entonces, el contrato de fiducia inmobiliaria brinda una estructura formal para distribuir y hacer exigibles a las diferentes partes que participan dentro del contrato sus obligaciones y así hacer que constructores, promotores y compradores de vivienda acudan a este contrato como un instrumento jurídico que brinda seguridad y confianza, determinadas por una parte en la reputación comercial de la sociedad fiduciaria como profesional del mercado financiero y, por otra parte, en el hecho de tratarse de una entidad vigilada por el Estado, por medio de la Superintendencia Financiera como más adelante recordaremos. Lo anterior, permite, tal como lo apunta la doctrina:

“Que tanto constructores/promotores y compradores confíen en que la sociedad fiduciaria administrará diligente y profesionalmente los recursos aportados, de tal suerte que el constructor sienta confianza en que contará con los recursos para la construcción del proyecto. Los compradores por su parte, sentirán la seguridad de que los recursos solo se destinarán para el desarrollo del proyecto y que la sociedad fiduciaria, como profesional especializado, evaluó que estaban dadas las condiciones técnicas, jurídicas y financieras para que el proyecto inmobiliario se desarrolle exitosamente, lo que les permitirá a su culminación adquirir la propiedad de la unidad inmobiliaria prometida por el constructor o promotor”⁹.

En línea con lo anterior, en la cartilla denominada “NEGOCIOS FIDUCIARIOS INMOBILIARIOS” indica lo siguiente:

(...) “La misión principal de la fiduciaria en este esquema es verificar el cumplimiento de los requisitos previos al giro de los recursos, pero no puede garantizarle un rendimiento de los mismos.

(...) La fiduciaria no respalda patrimonialmente el proyecto ni es responsable de los aspectos técnicos del mismo, por lo que se recomienda indagar sobre las coberturas del proyecto (pólizas) y si los mismos contarán con interventores

(...) Como en algunos esquemas la fiduciaria no participa ni revisa la promesa de compraventa, infórmese sobre las obligaciones que adquiere a través de este instrumento jurídico.

⁸ BAENA CÁRDENAS, LUIS GONZALO. Fiducia inmobiliaria: tensión entre la autonomía privada, el derecho a vivienda digna y el derecho del consumo. Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 206.

⁹ BOTERO DERAZO, RICARDO. Tutela jurídica de los compradores de vivienda desarrollados bajo el esquema de fiducia inmobiliaria frente al incumplimiento contractual del fiduciario. Optando al título de Magister en Derecho Privado, Persona y Sociedad con énfasis en Contratación Contemporánea. Bogotá, C Universidad Externado de Colombia. 2021. Pp. 13.

Inclusive, en la guía para el consumidor en el Sector Vivienda, expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio en el año 2016, se hace claridad del alcance de la participación de las fiduciarias en el proyecto:

“Tenga en cuenta que, si en la publicidad del proyecto encuentra leyendas como: “Con el respaldo de la fiduciaria Z” o “Este proyecto es financiado por Banco X o Y”, dichas entidades no son responsables de la ejecución del proyecto y por lo tanto no aseguran la ejecución del mismo”

19. Fueron situaciones externas las que llevaron al no cumplimiento del proyecto, entre las cuales se encuentran el no cumplimiento pleno de los compromisos de pago de la aquí demandante y los demás beneficiarios de área.

Honorable Magistrada, sin perjuicio de manifestar de entrada que la capacidad financiera del fideicomitente estaba acreditada, debo precisar que no necesariamente puede reprocharse que el desarrollador tiene que tener la solvencia y los recursos para desarrollar el proyecto, con lo cual pretendería romperse la dinámica de las sociedades Fiduciarias y el mismo esquema inmobiliario, sustento de lo anterior, me permito citar:

A lo suyo, el tratadista Sergio Rodríguez Azuero en su obra “Negocios Fiduciarios”, explica cómo opera en la práctica el negocio fiduciario inmobiliario: “Ahora bien, la visualización del papel de la fiducia en un proyecto inmobiliario parte de un esquema teórico de general ocurrencia.

Es frecuente, en efecto, que existan disgregados distintos potenciales actores que han de juntarse en escena para lograr un resultado. Que una persona tenga un lote de terreno pero que no tenga los recursos ni la capacidad empresarial para acometer por sí sola su desarrollo. Que existan en el mercado entidades financieras en condiciones y aun deseosas de proveer los recursos. Que puedan conseguirse personas interesadas en la adquisición de las unidades de vivienda que van a construirse, pero que no están dispuestos a anticipar recursos al dueño del terreno ni al promotor sin contar con las seguridades específicas sobre el manejo de su dinero. Pues bien, con el propósito de diseñar acuerdos jurídicos con múltiples partes con intereses distintos y frecuentemente contrapuestos, la fiducia aparece como una respuesta eficiente no solo para montar un mecanismo estructural enderezado a la culminación de la obra sino para garantizar, como una especie de fiel de la balanza, la protección de los intereses legítimos de las distintas partes involucradas”. (Página 473 Segunda edición).¹⁰

20. No existió desviación de recursos, los recursos aportados por la beneficiaria de área aquí demandante, fueron destinados para el desarrollo del proyecto inmobiliario.

En línea con todo lo anterior, se reitera no solo que en el proceso, esto nunca se puso en duda, ni se reprochó, sino que adicional resulta claro que los recursos aportados por los beneficiarios de área, durante la fase pre operativa fueron invertidos de conformidad con lo dispuesto en el contrato de vinculación y ya en la etapa operativa estos fueron destinados al proyecto inmobiliario de conformidad con las instrucciones impartidas por el fideicomitente, quien acreditó las condiciones necesarias para dar cumplimiento a la fase pre-operativa y por ende para que se dé inicio a la fase operativa.

21. No existe incumplimiento contractual por parte de Acción Sociedad Fiduciaria S.A. en nombre propio ni como vocera y administradora de los patrimonios autónomos denominados:

¹⁰ Rodríguez Azuero - Fiduciaria inmobiliaria libro “Negocios Fiduciarios”

FIDEICOMISO RECURSOS PRADOS DEL ESTE y FIDEICOMISO PARQUEO PRADOS DEL ESTE.

Lo anterior, en el entendido de que el marco contractual es el que fija las obligaciones de la fiduciaria y de las demás partes contractuales.

Ahora bien, 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.

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, deben establecer en forma detallada su conducta, pues las normas supletivas tienen un alcance limitado respecto del proyecto pretendido por el fideicomitente y demás terceros.

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. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, **en fallo reciente de 2020 con ponencia del Magistrado Francisco Ternera Barrios**, señaló que:¹¹

“Como se recordará, las reflexiones basilares del Tribunal para la confirmación de la sentencia apelada, que denegó las pretensiones de la 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***

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, caso de *Jesús María Murgueitio contra Helm Fiduciaria S.A.*, M.P. Francisco Ternera Barrios.

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)

Lo anterior, se acompasa con el deber de regulación que tienen las partes del contrato. En efecto, las partes de un negocio jurídico tienen el deber de regular en forma detallada el marco obligacional de forma tal que mediante esta herramienta se satisfaga, en forma íntegra, sus necesidades y los riesgos asumidos por cada una de ellas, en especial respecto de aquellas cláusulas accidentales.

Al respecto, al estudiar otro tipo de cláusulas accidentales en el laudo arbitral de *Teleupar S.A. ESP. Contra Angelcom (2005)*, se señaló:¹²

“Reconociendo que el contrato es un medio, más nunca fin, para la satisfacción de necesidades de muy variada índole y que por ello corresponde a las partes cumplir con responsabilidad las cargas de legalidad, claridad y diligencia o también denominados por la doctrina deberes secundarios o accesorios de comportamiento, en aras de lograr los fines perseguidos con el acuerdo dentro del marco de la función económica y jurídica que cada contrato contiene, es claro que son las propias partes las llamadas a regular en detalle y de manera eficiente el tema de los llamados riesgos, en particular de aquellos que resultan evidentes e identificables y con mayor veras de esos que encierran un alto porcentaje de realización.

Es ese, entonces, un tema que en principio cae bajo el resorte exclusivo de los contratantes, quienes dentro de una amplia gama de posibilidades pueden regular el asunto de muy abundante manera. Sobre este tópico son varias las disposiciones que invitan a ese ordenamiento voluntario y bilateral o que asumen la forma de normas supletivas, mas no imperativas, a falta de acuerdo expreso. A manera ilustrativa, baste rememorar el artículo 1604 del Código Civil, a cuyo amparo se infiere la posibilidad para las partes de reglar a su conveniencia lo relativo al caso fortuito o fuerza mayor, incluso en relación con la manera en que se asume y sin perjuicio del otro papel que de dichas figuras se derivan y que tiene que ver con su poder exonerativo frente a incumplimientos obligacionales.” (Destaco)

En consecuencia, al revisar los reproches de la parte demandante, en especial frente a mi representados, se debe revisar el marco obligacional a cargo de cada parte contractual y, de allí, determinar si la conducta reprochada podía ser desplegada por la parte pasiva o si, tal actividad, implicaría la asunción de obligaciones de otra parte contractual, o un incumplimiento del contrato o de la Ley.

¹² Laudo arbitral de Empresa de Telecomunicaciones de Valledupar, Tleupar S.A. ESP En liquidación contra Angelcom S.A: de 18 de mayo de 2005, árbitros Fernando Sarmiento Cifuentes, Manuel Pretelt de la Vega, y Luis Guillermo Dávila Vinuesa.

22. Ausencia de solidaridad entre las demandadas. El negocio fiduciario es plurilateral con varios centros de intereses y, por tanto, no hay identidad de la cosa entre HABITAT CALERA SAS. (fideicomitente Desarrollador) y Acción Sociedad Fiduciaria S.A. (fiduciaria) en nombre propio y en calidad de vocera y administradora de LOS PATRIMONIOS AUTÓNOMOS DENOMINADOS: FIDEICOMISO RECURSOS PRADOS DEL ESTE y FIDEICOMISO PARQUEO PRADOS DEL ESTE.

Frente al presente reparo, se resalta y reitera lo expuesto en el numeral anterior en cuanto a las obligaciones contractuales a cargo de cada una de las partes conforme lo establecido en los contratos de fiducia mercantil y contrato de vinculación, obligaciones, derechos y manifestaciones que en manera alguna y conforme el objeto social de cada uno de los intervinientes, podría predicarse la solidaridad en el cumplimiento de las mismas.

A su vez, respecto de los contratos plurilaterales y bilaterales señala el Profesor Massimo Bianca que los primeros tienen varios centros de intereses y el contrato bilateral solo tiene dos centros de intereses (a pesar de que en ellos confluyen varias personas):¹³

*“Contrato **plurilateral es el contrato conformado por más de dos partes en sentido sustancial.***

*Según la opinión común, **la parte debe entenderse como centro de intereses (n. °21). Por lo tanto, el contrato plurilateral se caracteriza ante todo por la presencia de varios centros de intereses (ej., el contrato de sociedad), al paso que no deben considerarse contratos plurilaterales aquellos en los que participa una pluralidad de personas remisibles a dos centros de interés contrapuestos (...). Estos contratos son llamados con parte compleja.**” (Destaco)*

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 2011 tuvo a bien precisar la naturaleza de los contratos bilaterales y la de los contratos plurilaterales y, en particular, que en esta clase de contratos cada parte se vincula de manera individual y autónoma de las otras y, por tanto, la suerte de cada una de sus obligaciones no se extienden a las demás. Veamos:¹⁴

*“Con todo, estima pertinente la Sala puntualizar que los contratos con prestaciones recíprocas, tradicionalmente denominados **bilaterales, son aquellos en los que cada contratante se obliga para con su contraparte a ejecutar el objeto debido con el fin de satisfacer su interés en la realización de la prestación, es decir, que en tales negocios jurídicos las prestaciones de las partes son interdependientes, razón por la cual el incumplimiento de una de ellas habilita a la otra para impetrar la acción resolutoria.** (...).*

*Por el contrario, **en los contratos denominados plurilaterales, en los que las prestaciones de todos los sujetos involucrados están enderezadas a la obtención de un propósito que es común, como ocurre de***

¹³ BIANCA, C. Massimo, *El contrato*. Traducción: Fernando Hineostroza y Edgar Cortés. 1ª Ed., Bogotá, Edit. Universidad Externado de Colombia, 2007. Pág. 77.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 26 de agosto de 2011. Ref. 05001-3103-016-2002-00007-01. M. P. Arturo Solarte Rodríguez.

manera paradigmática en los contratos de naturaleza asociativa, **el incumplimiento de alguno de los contratantes no produce, necesariamente, el decaimiento del contrato para todos los que a él se encuentran vinculados**, particularmente porque tal anomalía no debe producir, por regla general, la frustración de la finalidad perseguida por los contratantes, aserto que se ratifica con la circunstancia atinente a que en los **contratos de esta clase cada parte se vincula de manera individual e independiente de las otras, de tal manera que la suerte de dicha relación particular o sus vicisitudes, no se extienden, necesariamente, a las demás.** (...).

Ahora bien, en materia de resolución por incumplimiento, el artículo 1546 del Código Civil exige que la resolución verse sobre un contrato bilateral, requisito que se repite en el artículo 870 del estatuto mercantil. **En los contratos plurilaterales, al no estar ellos referidos a prestaciones interdependientes, el eventual incumplimiento de alguno de los contratantes no ocasiona necesariamente el abatimiento de todo el acto para los restantes intervinientes**, salvedad hecha de que la prestación incumplida sea esencial para lograr la finalidad del acuerdo. En ese sentido, el artículo 865 del Código de Comercio colombiano establece que '[e]n los negocios jurídicos plurilaterales, el incumplimiento de alguno o algunos de los contratantes no liberará de sus obligaciones a los otros, a menos que aparezca que el negocio se ha celebrado en consideración a tales contratantes o que sin ellos no sea posible alcanzar el fin propuesto'." (Destaco)

Por ende, no hay solidaridad alguna entre los aquí demandados, que emane de la ley y, mucho menos, del contrato de fiducia, pues, itero, en este negocio jurídico existen varios centros de interés (partes) cada uno con su marco obligaciones.

Así lo entendió el demandante, por lo menos en los hechos de su demanda, pues acada una de las sociedades demandadas le efectúa un juicio de reproche particular y no un mismo incumplimiento a ambas sociedades

Así las cosas, le corresponde a la sociedad HABITA CALERA S.A.S en su calidad de FIDEICOMITENTE DESARROLLADOR del PROYECTO PRADOS DEL ESTE, **desarrollar el proyecto inmobiliario y la posterior entrega de la unidad inmobiliaria asignada en el contrato de vinculación, pues es de resorte única y exclusivamente de este.**

III. NOTIFICACIONES

Recibiré notificaciones en la Calle 85 # 9-65 de la ciudad de Bogotá D.C., y en el correo electrónico; notijudicial@accion.com.co.

Respetuosamente,



DANIEL EDUARDO ARDILA PAEZ

Apoderado Especial

ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. en nombre propio y como

Vocera y administradora de los patrimonios autónomos denominados:

FIDEICOMISO RECURSOS PRADOS DEL ESTE Y FIDEICOMISO PARQUEO PRADOS DEL ESTE

Identificados con NIT: 805.012.921-0

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA CRUZ MIRANDA RV: Sustentación apelación Catalina Rodríguez Proceso 11001310300820190061001

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Vie 27/10/2023 11:32 AM

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

 1 archivos adjuntos (338 KB)

27-10-2023 Sustentación recurso de apelación.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA CRUZ MIRANDA

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: Administrativo Páez Martín Abogados S.A.S <administrativo@paezmartin.com>**Enviado:** viernes, 27 de octubre de 2023 11:16**Para:** Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Carmen Helena Farias Gutierrez <cfarias@bancolombia.com.co>; notijudicial@accion.com.co <notijudicial@accion.com.co>; daniel.ardila@accion.com.co <daniel.ardila@accion.com.co>; lula.posadae@gmail.com <lula.posadae@gmail.com>; Catalina Rodríguez <catalinarum@yahoo.com>

Asunto: Sustentación apelación Catalina Rodríguez Proceso 11001310300820190061001

Señores

HONORABLES MAGISTRADOS

TRIBUNAL SUPERIOR DEL

DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

M.P.: MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDAsecsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

Referencia:	Proceso verbal de mayor cuantía
Radicación:	11001310300820190061001
Demandante:	Catalina Rodríguez Uribe
Demandadas:	Acción Sociedad Fiduciaria Fideicomiso Parqueo Prados del Este Leasing Bancolombia S.A. Hábitat La Calera

Asunto: **SUSTENTACIÓN DE
APELACIÓN**

Enrique Martínez Reyes, actuando como abogado de la parte demandante, estando dentro de la oportunidad procesal, me permito SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN que interpuso contra la sentencia proferida en la audiencia del 4 de octubre de 2023.

--

Enrique Martínez Reyes

Abogado Socio

Páez Martín Abogados

(571) 4577079 | (571) 315 7512218

emartinez@paezmartin.co

www.paezmartin.com

Calle 93 #17-45, Oficina 702

PAEZ MARTIN

Señores
HONORABLES MAGISTRADOS
TRIBUNAL SUPERIOR DEL
DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
M.P.: MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA
secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

Referencia: Proceso verbal de mayor cuantía
Radicación: 11001310300820190061001
Demandante: Catalina Rodríguez Uribe
Demandadas: Acción Sociedad Fiduciaria
Fideicomiso Parqueo Prados del Este
Leasing Bancolombia S.A.
Hábitat La Calera

Asunto: **SUSTENTACIÓN DE APELACIÓN**

Enrique Martínez Reyes, actuando como abogado de la parte demandante, estando dentro de la oportunidad procesal, me permito SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN que interpuse contra la sentencia proferida en la audiencia del 4 de octubre de 2023.

I. ANTECEDENTES

1.1. EL OBJETO DEL LITIGIO

Tal como fuera precisado por la Señora Juez de primera instancia en la audiencia del 24 de abril de 2023, tanto en la demanda como en la fijación del objeto del litigio las pretensiones se concretaron a las siguientes declaraciones y condenas:

- 1) Se declare que existe coligación entre el contrato de vinculación al fideicomiso Prados del Este celebrado entre Catalina Rodríguez Uribe y Acción Sociedad Fiduciaria el 10 de abril de 2014, y el contrato de leasing financiero suscrito entre Catalina Rodríguez Uribe y Leasing Bancolombia el 29 de mayo de 2015.
- 2) Se declare el incumplimiento del contrato de leasing por parte de Bancolombia.
- 3) Se declare el incumplimiento del contrato de vinculación al Fideicomiso Prados del Este por parte de Acción Sociedad Fiduciaria.
- 4) Se declare la culpa de las entidades demandadas por haber infringido sus deberes contractuales y legales como profesionales del sector financiero.
- 5) Se declare la terminación del contrato de leasing y la cancelación de los pagarés que lo respaldaban.

6) Se condene solidariamente a Acción Sociedad Fiduciaria (a nombre propio) y a Leasing Bancolombia a pagar a la demandante una indemnización por los perjuicios económicos que le ocasionaron con su conducta culpable, los cuales se tasaron en la suma de \$841.618.275, más su respectiva indexación e intereses.

1.2. PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN SUSTANCIAL

Para la prosperidad de las pretensiones de la demanda tenían que quedar demostrados –como en efecto ocurrió– los siguientes presupuestos fácticos:

1) El contrato de vinculación al fideicomiso celebrado entre Acción Sociedad Fiduciaria y Catalina Rodríguez, el contrato de leasing celebrado entre Catalina Rodríguez y Leasing Bancolombia, y el contrato de cesión de derechos fiduciarios celebrado entre Acción Sociedad Fiduciaria, Catalina Rodríguez Uribe y Leasing Bancolombia.

2) La coligación entre los mencionados negocios jurídicos.

3) El cumplimiento de las obligaciones contractuales de la demandante.

4) El incumplimiento de las obligaciones contractuales de las demandadas.

5) El perjuicio sufrido por la demandante.

La señora juez tuvo por demostrada la existencia de los contratos mencionados, el cumplimiento de la demandante y el incumplimiento de Hábitat La Calera y de Acción Sociedad Fiduciaria. Estos hechos no se ponen en discusión, por lo que no serán materia de la apelación.

También tuvo por probada una parte del perjuicio sufrido por la víctima.

En consecuencia, la apelación se circunscribirá a que se adicione la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar la coligación de los mencionados contratos, la terminación del contrato de leasing, la cancelación de los títulos valores que lo respaldan, la responsabilidad solidaria entre Acción Sociedad Fiduciaria y Leasing Bancolombia, y el pago solidario a la demandante de la totalidad de la indemnización que se solicitó en la demanda.

1.3. HECHOS PROBADOS

1. Está probado que mediante Escritura Pública N°3704 del 4 de octubre de 2011, se celebró un contrato de fiducia mercantil mediante el cual se constituyó el FIDEICOMISO PARQUEO PRADOS DEL ESTE, administrado por ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA.

2. Está probado que el 10 de abril de 2014 la señora CATALINA RODRIGUEZ URIBE suscribió con ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. el Contrato de Vinculación de Área Fideicomiso Prados del Este,

para la adquisición de la Casa A4 de la AGRUPACIÓN DE VIVIENDA RINCON ALPINO.

3. El precio del referido inmueble fue de \$1.293.000.000, tal como consta en el aludido contrato de vinculación. [pdf 001CuadernoPrincipal, folio 29 del expediente digital]

4. Está probado que la señora CATALINA RODRÍGUEZ URIBE pagó al FIDEICOMISO las siguientes sumas de dinero:

FECHA	APORTE	CONCEPTO
18 de abril 2016	\$428.007.500	Lote aportado por Catalina Rodríguez
16 de abril de 2014	\$ 12.516.000	Dinero en efectivo
8 de mayo de 2014	\$233.484.000	Dinero en efectivo
18 diciembre 2015	\$ 44.064.111	Dinero en efectivo
18 enero 2016	\$ 59.064.111	Dinero en efectivo
15 de abril de 2016	\$ 64.489.553	Leasing Bancolombia
TOTAL	\$841.618.275	

5. Las sumas de dinero en efectivo entregadas por la señora Catalina Rodríguez están probadas por los certificados expedidos por Acción Sociedad Fiduciaria, el contrato de leasing y las confesiones del representante legal de la fiduciaria, siendo ese punto una prueba pacífica al interior del proceso.

6. Con relación al reconocimiento del valor del lote, está probado que el precio de la Casa A4 más su respectivo lote fue de \$1.293.000.000, tal como se estipuló en el contrato de vinculación.

Posteriormente, mediante otrosíes firmados por las partes, el precio del inmueble se redujo a la suma de \$864.992.500 porque se descontó el valor del lote (\$428.007.500) que fue reconocido por la constructora fideicomitente en una transacción consensual con la señora Catalina Rodríguez. Es decir que la demandante quedó obligada a pagar al fideicomiso únicamente el valor de la construcción (\$864.992.500) y, una vez terminado el inmueble a satisfacción, el fideicomiso tenía que transferir a la compradora la propiedad de un inmueble que, incluyendo el lote, costaba \$1.293.000.000.

7. El reconocimiento del precio del lote a favor de la demandante también quedó demostrado con la declaración rendida por la representante legal de Leasing Bancolombia en la audiencia del 24 abril 2023, quien, al ser interrogada por la señora juez sobre las causas del contrato de leasing, contestó:

1:50:27: *“La señora Catalina se acerca a las instalaciones de Bancolombia, indicando que quiere adquirir un inmueble. Nos señala el inmueble, nos trae el valor de este inmueble; nosotros compramos el inmueble y posteriormente le indicamos que parte de este valor va a ser financiado por Bancolombia. En este contrato exactamente se financiaron aproximadamente 424.000.000 con la señora Catalina e indicamos que se tenía que ceder la posición como beneficiario de área para nosotros llegar a ser los propietarios directamente de este inmueble y cumplir posteriormente con algunas obligaciones que teníamos como era*

básicamente la única realizar los desembolsos de estos anticipos que incluían el valor total del financiamiento realizado a la señora Catalina para la adquisición de este inmueble”.

Seguidamente, la señora juez le preguntó a la representante legal de Leasing Bancolombia:

1:51:34: *“¿El contrato de leasing versó sobre el lote de terreno o sobre la construcción de la casa?”*

A lo que la representante legal de Leasing Bancolombia respondió:

1:52:00: *“No, sí, ¡discúlpeme! **Nosotros adquirimos el lote y financiamos \$424.000.000 para la construcción sobre este lote**”.*

Para aclarar aún más la anterior respuesta, la señora juez preguntó:

1:52:09: *“¿Ustedes adquirieron el lote que dijo Catalina que es donde se suponía que se iba a construir la casa, ese lote es de propiedad de Leasing Bancolombia actualmente, sí?”*

A lo que la representante legal de Leasing Bancolombia respondió con vehemencia:

- *“Actualmente, sí señora”.*

Y para que no quedaran dudas, la señora juez preguntó:

1:52:20: *“¿Y lo que ustedes iban a financiar a través del contrato de leasing era la construcción de la casa con los \$400.000.000 aproximadamente, sí?”*

Frente a lo cual la representante legal de Leasing Bancolombia contestó de modo contundente:

- *“De acuerdo, sí señora”.*

De manera que, a partir de la confesión de la representante legal de Leasing Bancolombia, no hay ninguna duda de que el lote donde se iba a construir la Casa A4 fue reconocido por la constructora fideicomitente y por la fiduciaria a favor de Catalina Rodríguez, razón por la cual se descontó su precio en el contrato de vinculación. Posteriormente, Catalina Rodríguez transfirió los derechos de beneficio para adquirir la propiedad del inmueble (lote más construcción a Leasing Bancolombia como parte de la negociación, tal como lo confesó la representante legal de la entidad financiera.

8. A la misma conclusión llegó la representante legal de Hábitat La Calera, quien, al ser preguntada por la señora juez sobre el negocio celebrado con la demandante, contestó:

2:02:08: *“El contrato de beneficio de área en el caso de Catalina tenía dos componentes: **1) el valor del lote y 2) la construcción de la casa**”.*

9. Lo mismo aseveró el testigo Juan Carlos Bernal en la audiencia del 23 de agosto de 2023 quien, al ser preguntado por la señora Juez sobre la negociación del lote por valor de \$428.000.000, respondió:

1:19:32: *“Sí, si bien entiendo eso, está dividido en dos partes, Señoría. La primera parte, es que por la estructuración del negocio nosotros nos asociamos con el señor Alí López. Después de un tiempo, los tres socios de Hábitat La Calera adquirieron un derecho a recibir un lote como beneficio del proyecto. Eso fue una condición que ellos tuvieron y cada uno recibió su lote”.*

“Entre, digamos, el acuerdo privado que tendríamos entre Alí López, Catalina Rodríguez y yo acordamos después dividirnos todo lo que le ingresaba a Alí López entre nosotros tres, en una división 60% - 40%. Sí, es de ahí que la primera parte de todo este proceso es que Catalina asumió el lote que digamos correspondía al Señor Alí López en un comienzo como derecho que tenían todos los socios como socios del proyecto, sí, entonces esa fue la primera parte”.

Seguidamente, la señora juez preguntó al testigo detalles de esa negociación, a lo que éste respondió:

1:21:13: *“Le voy a decir más o menos cómo fue lo del lote, lo recibimos en ese momento. Alí dijo: yo no tengo nada que hacer con el lote. Me preguntaron a mí, y yo dije: pues yo tampoco puedo hacer nada. Catalina en ese momento tenía la intención de desarrollar su propia casa y dijo: bueno, entonces, como parte de mi acuerdo que tengo entre las partes, yo recibo el lote y yo comienzo a desarrollarlo. Sí, o sea, eso ya era algo implícito que iba”.*

De inmediato, aclaró:

“En la negociación el primer pedazo lo había recibido Alí López por ser uno de los tres socios que conformaban Hábitat La Calera, el proceso continuó y ella ya digamos que entre nosotros tres ya sabíamos que eso estaba en cabeza de ella y ella comenzó a hacer toda la documentación ante la fiduciaria para que el lote quedará a nombre suyo una vez quedó el nuevo lote a nombre suyo no sea (...), fue un fideicomiso”.

1:22:53: *“Ella lo recibió por toda esa gestión que hizo, entiendo de lo que usted no entiende mencionar. Entonces ella recibió el lote de Alí López por esa gestión”.*

Enseguida, reiteró que la demandante recibió el lote de Hábitat La Calera (1:22:58):

1:24:02: *“Porque pues el lote se suponía que era de ella, entonces no había que volverlo a cobrar dos veces en el valor del fideicomiso de esa plata”.*

1:25:43: *“Ella primera firmó, o sea, se entendía que el lote ya era de ella, que el lote por, digamos por descarte, era de ella. Entonces cuando se firmó el primer contrato, por eso lo tengo presente, salió como por 1.200.000.000 y después ellos mismos hicieron, o sea se dieron cuenta que estaban cobrando el lote dos veces y dijeron no, pongámosle el valor real a la casa, que si no estoy mal ese fue de 800.000.000 de pesos y ese valor y eso fue a través ya directamente con la fiduciaria.*

10. También la testigo María Mejía Uribe manifestó que el precio del lote le había sido reconocido a la demandante por salarios y por todo su trabajo de comercialización (1:47:31); por lo que la señora Catalina Rodríguez solo tenía que pagar al fideicomiso *“algo más de \$800.000.000”*.

11. En el mismo sentido se pronunció el testigo Juan Pablo Osorio Dávila, quien al ser preguntado por la juez sobre la negociación que hizo Catalina Rodríguez para la adquisición de la construcción y su respectivo lote, contestó:

2:17:47: *“Cuando nosotros hicimos la venta de nuestras acciones, cada uno de los socios tenía derecho a quedarse con uno de los lotes. La acción que ejerció Urban Realty fue cederle el lote A4 a Catalina Rodríguez”*.

Seguidamente, al ser preguntado sobre la persona con la que Catalina Rodríguez hizo la negociación para la adquisición de ese lote, contestó:

- *“Con Hábitat La Calera”*. (2:19:15)

A lo que la señora juez inquirió:

- *“O sea, ¿Con hábitat Calera ya negoció el lote y la casa?”*.

A lo que el testigo contestó:

- *“Correcto”*.

12. En contra de la suposición de la señora juez de primera instancia, para quien el reconocimiento del precio del lote a favor de la señora Catalina Rodríguez no quedó demostrado en el proceso, lo cierto es que abundan las pruebas de este hecho; sin que su falta de mención expresa en el contrato de vinculación sea óbice para su reconocimiento, pues al tratarse de una negociación consensual pero no de venta de un inmueble, su prueba es absolutamente informal y libre.

Claro está que, en virtud de la naturaleza de la negociación, a la demandante no se le “transfirió la propiedad del lote”, ni mucho menos pudo haberse registrado dicha transferencia en el fideicomiso.

Lo que sí se le reconoció fue el derecho a que no se le cobrara el valor del lote o, lo que es lo mismo, que el precio del lote se descontara del precio total del inmueble.

En ese orden, al haberse obligado la fiduciaria y la constructora a entregar a la señora Catalina Rodríguez una casa con su respectivo lote, cuya sola construcción valía \$864.992.500, hay que deducir de manera necesaria que el precio del lote no se le cobró porque ya se le había reconocido su derecho sobre el mismo. Precisamente por ello el precio del contrato de vinculación se redujo de \$1.293.000.000 a la suma de \$864.992.500.

Memórese que la obligación principal de la fiduciaria y de la constructora consistió en entregar a la beneficiaria de área (Catalina Rodríguez inicialmente, y Leasing Bancolombia después) la Casa A4 más su respectivo lote, pero no únicamente la construcción por valor de \$864.992.500.

Por consiguiente, el reconocimiento del precio del lote a favor de la señora Catalina Rodríguez quedó suficientemente probado en el proceso.

13. Está probado que la constructora y fideicomitente Hábitat La Calera incumplió sus obligaciones contractuales al disponer de los recursos del fideicomiso, no hacer un buen uso de ellos, darles una destinación diferente a la construcción del proyecto inmobiliario y no entregar a la demandante el inmueble objeto del contrato de fiducia.

14. Está demostrado que Acción Sociedad Fiduciaria incumplió sus deberes legales y obligaciones contractuales al no verificar que el activo del patrimonio autónomo que ella administraba se invirtiera correcta y diligentemente para la realización exitosa del proyecto inmobiliario.

15. Está probado que la fiduciaria infringió sus obligaciones contractuales y legales al no verificar el cumplimiento real del punto de equilibrio para el desembolso de los recursos del patrimonio autónomo, según las condiciones previstas en el contrato de fiducia.

16. Está probado que la fiduciaria no exigió al fideicomitente constructor soportes contables, facturas, contratos de vinculación, comprobantes de pago u otros documentos para verificar el cumplimiento del punto de equilibrio, lo que es constitutivo de culpa.

17. Está probado que la fiduciaria no realizó acciones tendientes a la consecución de la finalidad de la fiducia y a evitar el perjuicio que sufrieron los adquirentes de área.

18. Está probado que en los otrosíes al contrato de vinculación Catalina Rodríguez cedió la totalidad de sus derechos fiduciarios a Leasing Bancolombia (Otrosí N°1 del 18 de abril de 2016).

En este otrosí se reconoció a LEASING BANCOLOMBIA como cesionario “*de la totalidad del derecho de adquirir lo propiedad*” sobre el inmueble objeto de la demanda. Es decir, Leasing Bancolombia asumió la posición jurídica de cesionario, beneficiario de los derechos fiduciarios sobre la unidad habitacional y futuro propietario del

inmueble objeto del contrato de fiducia que es materia del presente proceso.

Al haber asumido Bancolombia la propiedad de todos los derechos fiduciarios que tenía Catalina Rodríguez en el Fideicomiso Prados del Este entró a ser un agente preponderante en el contrato de vinculación al fideicomiso, desplazando a Catalina Rodríguez de su posición respecto de los derechos sobre ese fideicomiso; pero, eso sí, tomando la precaución de que la usuaria quedara vinculada al negocio fiduciario únicamente respecto de sus obligaciones.

La cesión contenida en el otrosí firmado por Acción Fiduciaria, Leasing Bancolombia y Catalina Rodríguez fue el puente que unió el contrato de vinculación al fideicomiso con el contrato de leasing, de manera indisoluble.

19. Está probado el contrato de leasing N°179211 suscrito el 29 de mayo de 2015 entre Leasing Bancolombia y Catalina Rodríguez.

20. Está probado que el precio de la sola construcción de la casa objeto del leasing fue de \$864.992.500 porque así se reconoció tanto en el contrato de vinculación al fideicomiso como en el contrato de leasing.

21. Está probado, a partir del tenor literal del contrato de leasing, que el valor del activo al momento de la celebración de ese convenio era de \$864.992.500.

22. Está demostrado que en el contrato de leasing se estipuló como “canon inicial” la suma de \$440.063.322; es decir que esta cantidad de dinero fue reconocida por Leasing Bancolombia como “pago anticipado” del arrendamiento financiero, por concepto de la cesión de sus derechos fiduciarios.

Lo anterior demuestra el error en el razonamiento del abogado de Bancolombia (acogido por la sentenciadora de primera instancia), quien sostuvo en el proceso que su representada no está obligada a “restituir” una suma de dinero a Catalina Rodríguez porque ésta jamás entregó dineros a Bancolombia; olvidando que si bien es cierto que Catalina Rodríguez no entregó dineros en efectivo a Bancolombia, sí le cedió todos sus derechos de beneficio en el fideicomiso, los cuales estaban conformados para ese momento por los dineros que la demandante pagó en efectivo a la fiduciaria y por su derecho a obtener la propiedad de la casa A4 junto con su respectivo lote de terreno.

Bancolombia, en síntesis, compró un activo avaluado en su momento en \$864.992.500 (ver contrato de leasing), obligándose a darlo en arriendo a Catalina Rodríguez cuando la constructora y la fiduciaria le entregaran la propiedad, la cual debía transferir, a su vez, a Catalina Rodríguez cuando ésta terminara de pagar a Bancolombia la suma de dinero a financiar (\$440.063.322) en un plazo de 240 meses y una vez ejercida la opción de compra por el 1% del valor financiado.

Es decir que el precio del activo de \$864.992.500 se incrementaría a \$1.305.055.822 con los \$440.063.322 que Catalina Rodríguez pagaría

a la fiduciaria con la financiación obtenida del contrato de leasing con Bancolombia.

Si Catalina Rodríguez incumplía el contrato de leasing, Bancolombia se quedaba con un activo de \$1.305.055.822. En caso contrario, Bancolombia obtenía la restitución del dinero financiado más sus intereses comerciales, logrando los beneficios de un crédito.

Bancolombia, según esas previsiones, no tenía nada que perder; y el negocio planeado de esa manera resultaba conveniente para todas las partes.

Lo que Bancolombia no previó fue el fracaso del proyecto inmobiliario y la disminución del valor de su activo fiduciario por la negligencia de la fiduciaria. Y ahora que sus derechos de beneficio en el fideicomiso no valen mucho pretende “restituirlos” a su clienta de manera conveniente, exigiéndole, eso sí, el pago de la suma de \$64.489.553 que desembolsó a la fiduciaria el 15 de abril de 2016 sin cumplir su obligación contractual de verificar que la obra estuviera avanzada en un 30%.

Este fue, a grandes rasgos, el problema que la sentenciadora de primera instancia consideró no estar relacionado con el contrato de leasing, a pesar de que todos los hechos probados en el proceso apuntan inevitablemente a este negocio jurídico.

23. Está probado que Leasing Bancolombia hizo un único desembolso a la fiduciaria por la suma de \$64.489.553 el 15 de abril de 2016, sin constatar que la obra hubiera alcanzado un avance de, al menos, el 30%.

24. Está demostrado, mediante dictamen pericial debidamente aportado al proceso, que el precio actual del lote A4 de la Agrupación de Vivienda Rincón Alpino es de \$642.385.732.

25. Está demostrado, mediante dictamen pericial debidamente aportado al proceso, que la señora Catalina Rodríguez ha dejado de recibir los frutos civiles que el lote habría podido producir durante todo el tiempo en que se ha visto privada del disfrute predio, los cuales se estimaron en \$2.737.439 mensuales. De ahí que la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la respectiva suma de dinero.

26. Está probado, incluso por confesión de la representante legal de Leasing Bancolombia realizada en el interrogatorio de parte que rindió en la audiencia del 24 abril 2023, que el contrato de leasing fue y sigue estando coligado al contrato de fiducia, tanto así que no ha sido posible terminar un leasing que actualmente carece de objeto debido a su dependencia necesaria con la vinculación al fideicomiso.

Así lo expresó la representante legal de Leasing Bancolombia al ser interrogada sobre las causas de ese convenio:

1:50:27: “La señora Catalina se acerca a las instalaciones de Bancolombia, indicando que quiere adquirir un inmueble. Nos señala el inmueble, nos trae el valor de este inmueble; **nosotros compramos el inmueble** y posteriormente le indicamos que parte de este valor va a ser financiado por Bancolombia. En este contrato exactamente se financiaron aproximadamente 424.000.000 con la señora Catalina e indicamos que se tenía que ceder la posición como beneficiario de área **para nosotros llegar a ser los propietarios directamente de este inmueble** y cumplir posteriormente con algunas obligaciones que teníamos como era básicamente la única realizar los desembolsos de estos anticipos que incluían el valor total del financiamiento realizado a la señora Catalina para la adquisición de este inmueble”.

Al minuto **1:51:34**, la juez preguntó: “¿El contrato de leasing versó sobre el lote de terreno o sobre la construcción de la casa?”

A lo que la representante legal de Bancolombia respondió:

1:52:00: “No, sí, ¡discúlpeme! **Nosotros adquirimos el lote y financiamos \$424.000.000 para la construcción sobre este lote**”.

Al ser preguntada sobre la relación entre el leasing y la vinculación al fideicomiso, contestó que la celebración del contrato de leasing sí estuvo condicionado a la cesión de la posición contractual en el contrato de vinculación al fideicomiso. (1:56:40)

Finalmente, al preguntársele si el contrato de leasing estaba o no estrechamente vinculado al fideicomiso Prados del Este, la representante legal de Leasing Bancolombia contestó:

1:58:00: “**Sí doctor, de hecho, el fin de esta financiación fue realizar la obra que la señora catalina había indicado**”.

27. Está probado que, en la cláusula cuarta del Otrosí del 19 de enero de 2016 al contrato de vinculación, Leasing Bancolombia se obligó a hacer pagos al fideicomiso, en virtud del contrato de leasing suscrito con Catalina Rodríguez, únicamente cuando el constructor demostrara avances en la obra de al menos un 30%.

28. La anterior obligación adquirida por Leasing Bancolombia S.A. – contrario a la errónea suposición de la juzgadora de primera instancia– no supuso una labor de “interventoría”, administración o vigilancia por parte de Leasing Bancolombia S.A. sino, únicamente, la verificación de una condición objetiva (avance de obra del 30%) para el desembolso del leasing, aunque el cumplimiento de esa condición no estuviera a cargo de la entidad financiera.

La juez, en suma, confundió la obligación a cargo de la constructora de hacer avances de obra por lo menos del 30%, con la obligación contractual de Bancolombia de constatar el cumplimiento de ese avance como condición objetiva para el desembolso del crédito.

En todo caso, el principal deber de Bancolombia consistía en ser diligente y cuidadosa de su propio patrimonio pues, en virtud de la cesión que le hizo Catalina Rodríguez, la entidad financiera era la propietaria de los derechos fiduciarios que le permitirían adquirir el dominio pleno y la posesión del inmueble.

Si bien es cierto que Leasing Bancolombia jamás adquirió la obligación de responder por la ejecución de la obra ni tenía que inspeccionar el avance de la misma, sí contrajo la obligación contractual de hacer el desembolso a la fiduciaria únicamente cuando se probara el avance de la obra de, al menos, el 30%; lo cual evidentemente no cumplió, pues ningún avance se hizo en el proyecto.

29. Está probado que, en la cláusula cuarta del Otrosí al contrato de vinculación del 18 de abril de 2016, Leasing Bancolombia reiteró la obligación anterior.

30. Está probado que, en la cláusula cuarta del Otrosí al contrato de vinculación del 16 de agosto de 2016, Leasing Bancolombia reiteró la obligación anterior.

31. Bancolombia incurrió en culpa contractual al violar su obligación de desembolsar los recursos del leasing financiero a la fiduciaria únicamente cuando se hubiese alcanzado un avance de la obra del 30%, por lo que esa entidad financiera está llamada a soportar las consecuencias de su negligencia; es decir que tiene que asumir la pérdida de los \$64.489.553 que desembolsó al fideicomiso, absteniéndose de seguir cobrando ese dinero a la demandante e indemnizándola por los intereses de mora que le ha venido cobrando desde el 15 de abril de 2016.

32. Está probado que la constructora no hizo ninguna obra en el predio objeto del presente proceso pues, incluso en el interrogatorio que rindió la representante legal de la fideicomitente, la señora juez rechazó la pregunta por inútil, dado que, en su criterio, ese hecho ya había quedado suficientemente demostrado.

33. Está probado, incluso por confesión de la representante legal de Leasing Bancolombia, que el contrato de leasing sigue activo y Catalina Rodríguez ha pagado desde el 15 de abril de 2016 hasta la fecha presente intereses de mora sobre la suma de \$64.489.553; **y tendrá que seguir pagándolos hasta el 15 de abril de 2036** si esta instancia judicial no lo termina.

34. Está demostrado que la señora Catalina Rodríguez cumplió todas sus obligaciones frente a la fiduciaria y frente a Leasing Bancolombia, y las ha seguido cumpliendo hasta la fecha presente.

35. Está probado que se dan los presupuestos para la terminación del contrato de leasing, pues es un hecho demostrado que Leasing Bancolombia S.A. no ha cumplido, ni podrá cumplir jamás, el objeto del leasing, es decir la entrega material del inmueble a la arrendataria para que ésta lo use y disfrute, toda vez el inmueble materia del

arrendamiento financiero no existe ni hay ninguna probabilidad de que pueda llegar a existir.

Como Bancolombia no ha cumplido ni cumplirá esa prestación, deviene necesaria la terminación del contrato de leasing, pues carecería de todo propósito continuar con la existencia de un contrato que solo ha generado obligaciones para la arrendataria.

No es jurídicamente posible, en suma, mantener a la arrendataria indefinidamente vinculada a Leasing Bancolombia mediante un contrato que sólo le genera obligaciones sin obtener ninguna contraprestación.

De ahí que deba declararse la terminación de este negocio jurídico.

36. Por cuanto la señora Catalina Rodríguez cedió a Leasing Bancolombia sus derechos en el contrato de vinculación al fideicomiso Prados del Este, la sola terminación de este negocio jurídico no le reportaría a la actora ninguna utilidad, dado que en ese caso las prestaciones entregadas al fideicomiso serían restituidas a Leasing Bancolombia, sin que la demandante obtuviera ningún provecho de ello.

El interés de la actora se concreta, entonces, en la terminación del leasing con la condena solidaria a Acción Fiduciaria S.A. por haber violado sus deberes legales y obligaciones contractuales, puesto que la conducta culpable de todas las demandadas incidió de modo relevante, necesario y suficiente en el daño sufrido por la víctima.

Por ello, la única forma de restablecer el detrimento patrimonial ocasionado a la demandante consiste en declarar la coligación negocial que persiste en la actualidad, la responsabilidad solidaria de los tres demandados y la terminación del contrato de leasing con las restituciones obligatorias e indemnizaciones a las que haya lugar.

37. Por las razones expresadas y con fundamento en las pruebas obrantes en el proceso, se debe declarar la responsabilidad solidaria de las demandadas, la terminación del contrato de leasing y la condena al pago de la indemnización del perjuicio que ocasionaron a la víctima, consistente en la devolución de la suma de dinero que invirtió en el proyecto inmobiliario, es decir \$841.618.275, debidamente indexados y con intereses moratorios a la tasa máxima permitida desde la fecha de entrega de esos recursos a la fiduciaria hasta cuando se realice su pago efectivo.

38. Asimismo, la demandante tiene derecho a que, una vez declarada la terminación del contrato de leasing, se le reconozcan y paguen los frutos civiles que dejó de percibir durante todo el tiempo que estuvo privada del disfrute del inmueble, de conformidad con lo establecido en los artículos 961 a 971 del Código Civil, los cuales el juez está obligado a reconocer, aún de oficio, tal como lo ha precisado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Para tal efecto, habrá de tomarse como prueba de tales frutos el dictamen pericial que se aportó al proceso, según el cual se deben a la demandante frutos

civiles por valor de \$2.737.439 mensuales desde la fecha del reconocimiento del precio del inmueble a favor de la demandante (18 de abril 2016) hasta cuando se realice su pago efectivo.

II. RAZONES PARA MODIFICAR LA SENTENCIA APELADA Y CONCEDER LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

2.1. FRENTE A LA COLIGACIÓN CONTRACTUAL

La juez de primera instancia negó la declaración de coligación contractual porque –en su sentir– la conexidad de los contratos de vinculación al fideicomiso y de leasing no era necesaria, dado que el pago del precio del inmueble bien podía hacerse mediante una forma de financiación distinta al leasing.

El error de tal razonamiento consiste en que la figura de la coligación contractual no depende “del mundo de lo posible”, es decir de lo que pudo o no haber sucedido en un contexto de infinitas posibilidades o hipótesis imaginarias, sino de lo que realmente aconteció. Y en el negocio que dio origen al presente proceso el contrato de vinculación al fideicomiso celebrado entre Catalina Rodríguez y Acción Fiduciaria quedó atado al leasing, y este último, a su vez, quedó condicionado al cumplimiento del contrato de vinculación; de suerte que el fracaso de uno de ellos habría de incidir –como en efecto ocurrió– en el fracaso de la operación negocial en su totalidad.

Generalmente, la función o causa objetiva que incita a los contratantes a celebrar el acuerdo de voluntades se concreta en un único negocio jurídico. Pero puede darse el caso –y de hecho ocurre con cierta frecuencia– que para la materialización del fin propuesto se requiera la celebración de varios contratos esencialmente autónomos pero vinculados entre sí por una operación económica unitaria y compleja a la que subyace un interés común.

Al referido supuesto de hecho se le conoce con el nombre de ‘coligación de contratos’ o ‘conexidad contractual’, y *“revela que, en procura de la realización de una operación económica, los interesados celebran diversos contratos, de manera que solo el conjunto de ellos y, más concretamente, su cabal ejecución, los conduce a la consecución del objetivo que persiguen. Por ello acuden a la pluralidad negocial, como quiera que dicho objetivo, en sí mismo, no siempre pueden obtenerlo a través de un solo tipo negocial. De ahí que, lato sensu, se aluda a la expresión ‘operación económica’, sin duda de carácter más omnicomprendensiva, a la vez que desprovista de alcances puramente jurídicos, ya que es una locución ante todo descriptiva”*. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 25 de septiembre de 2007. Exp.: 2000-00528-01)

La figura no se fundamenta en un contrato individualmente considerado sino en la interacción de todos ellos para realizar una operación negocial que requiere de la presencia de varios convenios jurídicos.

La coligación contractual presupone varios convenios vinculados en relación de mutua dependencia, de suerte que la ejecución de uno queda supeditada a la realización del otro: sin uno de ellos el otro no tiene ninguna razón de ser dentro del contexto de la operación en la que se celebran. Aunque también puede suceder que la relación no sea de dependencia recíproca sino de subordinación de uno respecto del otro.

En estos supuestos –explica Lorenzetti–:

“...hay ‘una pluralidad coordinada de contratos, cada uno de los cuales responde a una causa autónoma, aun cuando en conjunto tiendan a la realización de una operación económica unitaria y compleja’ (Galgano). Hay un negocio único que se desmembra en distintos contratos. De este modo se prescinde de un enfoque subjetivista que encuentra el nexo en la voluntad de los contratantes para pasar a un abordaje objetivo basado en la noción de causa.

Esta conexión entre contratos puede darse unilateralmente (contrato accesorio de uno principal), o recíprocamente (contratos dependientes entre sí por una operación económica). Se indica que la relevancia principal de este instituto es que, si bien los contratos mantienen su individualidad, los efectos de uno (invalidez, resolución) pueden repercutir sobre el otro (Galgano).” (Lorenzetti, Ricardo Luis. Contratos, Parte especial, Tomo I. Buenos Aires, 2004. Pág. 32)

El elemento jurídico que vincula a esos contratos es su razón económica o causa objetiva. Pero esa causa no se identifica únicamente con la que subyace a cada uno de los contratos individualmente considerados, sino que atiende a una finalidad ‘supracontractual’, es decir al propósito económico que llevó a las partes a celebrar dos o más actos jurídicos.

“La causa de cada uno de los contratos coligados o conexos en particular –ha sostenido esta Corte–, no puede confundirse con la del negocio, en definitiva, perseguido por los interesados, analizado como una operación jurídica, en sentido amplio.” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 25 de septiembre de 2007. Exp.: 2000-00528-01)

El carácter supracontractual de la operación que involucra varios contratos coligados impone, además de los deberes de conducta propios de cada tipo de contrato en particular, unos deberes sistemáticos de conducta, pues las partes no solo confían en los resultados que producirá cada acto jurídico individual, sino que sus expectativas legítimas se fundan, principalmente, en el funcionamiento y sostenimiento de la estructura comercial como un todo.

La buena fe que se impone a los contratantes como mandato legal (1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio) da origen a una obligación de colaborar con el sostenimiento de la coligación de

negocios. El principio de coordinación surge, entonces, como otro de los deberes normativos de conducta, y consiste en *“la existencia de obligaciones de colaboración en el funcionamiento del sistema para todos sus integrantes, obrando de modo tal que su conducta sirva para el mantenimiento del mismo. Estas obligaciones también alcanzan al organizador del sistema, quien no puede adoptar conductas o imponer medidas que lleven a la destrucción”*. (Lorenzetti, Ricardo Luis. Op. Cit. Pág. 38)

Los deberes sistemáticos de conducta que surgen de las obligaciones coligadas aparejan como consecuencia necesaria –más allá de la exigencia del cumplimiento de las prestaciones recíprocas a las que dan origen los contratos bilaterales–, que las partes reclamen una correspondencia entre lo que cada uno aporta y lo que esperan que la operación compleja les retribuya de acuerdo con su racionalidad económica y los compromisos jurídicos que le son inherentes.

La existencia de un grupo de contratos conexos permite el establecimiento de unos compromisos entre los miembros del sistema negocial, aun cuando a la luz de cada convenio individualmente considerado esos sujetos puedan tener la condición de terceros relativos. Es decir que la figura que se analiza hace posible que quienes ostentan la calidad de terceros relativos frente a un contrato en particular sean considerados como partes integrantes de la operación total; lo cual le otorga a la víctima del incumplimiento contractual acción directa en contra del deudor incumplido, al hacer posible que aquélla pueda reclamar el pago de una indemnización a la que de otro modo no habría tenido acceso: *“El grupo sólo desempeña una función: conceder a sus miembros una acción de reparación a la que no podían acceder por su condición de terceros...”* (ARNAU MOYA, Federico. Acción directa y vinculación contractual. Castellón de la Plana (Comunidad Valenciana): Universidad Jaime I, 2005. Pág. 366)

Más que una excepción al principio de la relatividad de las convenciones, la coligación contractual supone un complemento de ella, al propender por la defensa de una voluntad supracontractual que vincula a todos los miembros de la estructura.

Por cuanto la coligación de contratos cumple la importante función de permitir a un miembro del grupo endilgar responsabilidad al deudor incumplido, es apenas esperable que el contratante cumplido pueda exigir el cumplimiento de las obligaciones que los demás integrantes del sistema adquirieron, aunque no las hayan contraído directamente frente a quien reclama.

Lo anterior asegura no solo el respeto de las estipulaciones de un contrato particularmente considerado, sino también el de la voluntad de las personas que han participado en la formación de un contrato conexo y que imprime a la operación en conjunto una identidad de previsiones. *“Esa identidad de previsión existe cuando los dos contratos están unidos por una identidad de objeto en una de sus obligaciones, dicho de otro modo, puesto que los dos contratos forman un grupo contractual”*. (Ibid, pág. 369)

En el caso que nos ocupa, la coligación negocial entre el contrato de vinculación al fideicomiso celebrado entre Catalina Rodríguez y Acción Sociedad Fiduciaria, por un lado, y el de leasing financiero celebrado entre la demandante y Bancolombia, por el otro, está demostrada, entre otros elementos de conocimiento obrantes en el proceso, por el contenido del contrato de cesión de derechos fiduciarios suscrito entre Catalina Rodríguez, Leasing Bancolombia y Acción Sociedad Fiduciaria, el cual sirvió de puente o conexión entre los dos negocios jurídicos primigenios.

En los otrosíes contentivos de la cesión se reconoció a LEASING BANCOLOMBIA como cesionaria “*de la totalidad del derecho de adquirir la propiedad*” sobre el inmueble objeto de la demanda.

Es decir, Leasing Bancolombia asumió la posición jurídica de cesionario y propietario de los derechos fiduciarios sobre el inmueble objeto del contrato de fiducia. Este otrosí fue firmado por Acción Fiduciaria, Leasing Bancolombia y Catalina Rodríguez.

Pero, aunque Leasing Bancolombia pasó a ser la propietaria de la totalidad de derechos fiduciarios derivados del contrato de vinculación, se cuidó bien de no desplazar del todo a la cedente, quien permaneció vinculada al fideicomiso únicamente respecto de sus obligaciones; lo que evidencia el desequilibrio contractual y abuso de la posición dominante de Bancolombia, tal como se deduce de la simple lectura del numeral 2º de la cláusula primera del contrato de cesión:

*“2. Cesión de Derecho. Por lo anterior EL BENEFICIARIO DE AREA Y/O EL CONSTITUYENTE cede irrevocablemente a título gratuito a LEASING, la totalidad del derecho a adquirir la propiedad sobre el(los) inmueble(s) escrito(s), **quedando por tanto, en cabeza de EL BENEFICIARIO DE AREA Y/O EL CONSTITUYENTE las demás obligaciones y derechos que le corresponden en virtud del presente contrato por cuanto no existe cesión de posición contractual**”.*

Al haber cedido Catalina Rodríguez a Bancolombia “*la totalidad del derecho a adquirir la propiedad sobre el inmueble*”, resulta difícil imaginar qué otro derecho pudo haberle quedado. De ahí que la estipulación contractual impuesta por Bancolombia, según la cual la usuaria debía permanecer atada al contrato de vinculación únicamente para cumplir obligaciones, se muestra a todas luces abusiva.

Por su parte, en el numeral 3º de la cláusula primera del otrosí al contrato de cesión, las obligaciones de Leasing Bancolombia quedaron supeditadas al cumplimiento de las obligaciones de la locataria:

“3. Condición para pago de los aportes. La obligación de LEASING de pagar el (los) aportes del (los) bien(es), está condicionada a que EL BENEFICIARIO DE AREA Y/O EL CONSTITUYENTE esté cumpliendo con la totalidad de las obligaciones que adquirió frente a LEASING y en general que se encuentre vigente, y no se

*haya finalizado, terminado o resuelto por ninguna razón el contrato de leasing anteriormente mencionado. En caso contrario, LEASING notificará a LA FIDUCIARIA COMO VOCERA DEL PATRIMONIO AUTONOMO el incumplimiento, terminación o resolución del mencionado contrato de leasing, mediante comunicación escrita en la cual informará si se cede **automáticamente y de pleno derecho** la posición contractual a favor de BENEFICIARIO DE AREA Y/O EL CONSTITUYENTE, la cual tendrá efectos desde el recibe de la mencionada comunicación por parte de LA FIDUCIARIA, quien con la firma del presente documento declara conocer y aceptar la mencionada cesión, o si por el contrario continuará al frente de la obligación de pago de los aportes con el fin de adquirir la propiedad”.*

Es decir que la vinculación de Leasing Bancolombia al fideicomiso quedó supeditada al cumplimiento del contrato de leasing por parte de la locataria, a tal punto que, en caso de incumplimiento de este convenio por la arrendataria, Leasing Bancolombia podría dar por terminado el contrato de vinculación, cediendo “*automáticamente y de pleno derecho*” su posición contractual a la beneficiaria de área, o pagando los saldos que existieren para adquirir la propiedad del inmueble (ver contrato de cesión).

El éxito del contrato de vinculación al fideicomiso dependía, a su vez, tanto del cumplimiento de la constructora, como de la existencia del leasing como fuente de los recursos.

De manera que un contrato dependía del otro para su cumplimiento y todos ellos tuvieron el mismo fin: transferir a Catalina Rodríguez la propiedad de la Casa A4 de la Agrupación de Vivienda Rincón Alpino con su respectivo lote de terreno después de que se cumplieran todas las prestaciones establecidas en la red contractual que se estructuró para tal fin.

Luego, está demostrado que en la estructura comercial acordada por las partes el leasing no podía cumplirse sin el éxito del contrato de vinculación al fideicomiso, ni éste sin aquél; siendo el contrato de cesión suscrito entre los tres intervinientes, el puente que unió los distintos negocios jurídicos.



Una de las pruebas más contundentes sobre la coligación de los contratos es, sin lugar a duda, la confesión realizada por la representante legal de Leasing Bancolombia, quien al ser interrogada acerca de si el contrato de leasing estaba o no estrechamente vinculado al fideicomiso Prados del Este, contestó:

1:58:00: “Sí doctor, de hecho, el fin de esta financiación fue realizar la obra que la señora catalina había indicado”.

Ninguna de estas pruebas sobre la coligación contractual fue valorada por la juez de primera instancia, por lo que la sentencia debe revocarse en ese respecto para, en su lugar, declarar la coligación negocial, la responsabilidad solidaria de Leasing Bancolombia, la terminación del leasing y la cancelación de los pagarés que respaldan esa obligación. De hecho, es manifiestamente absurdo y antijurídico que se obligue a la señora Catalina Rodríguez a mantener un vínculo contractual indefinido con Bancolombia y a pagarle intereses mensuales durante veinte años cuando no ha recibido ni recibirá jamás contraprestación alguna por el contrato de leasing.

En un caso de similares contornos fácticos, el TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, en sentencia del 23 de julio de 2021 (SOLUCIONES INMOBILIARIAS FUTURA S.A.S. Vs. BANCOLOMBIA S.A., y ALIANZA FIDUCIARIA S.A. y FIDEICOMISO VÍA 7. M.P.: RICARDO ACOSTA BUITRAGO) declaró que el contrato de leasing y el de vinculación al fideicomiso están coligados:

«En los esquemas fiduciarios es frecuente la participación de varios sujetos con intereses diversos pero convergentes, algunas veces, como los promotores, constructores, desarrolladores, los terceros interesados en adquirir los inmuebles resultantes de la edificación y los establecimientos bancarios financiadores, entre otros, todos articulados por las sociedades fiduciarias autorizadas para celebrar estos negocios, con el fin de lograr que cada uno de los sujetos que intervienen alcancen su objetivo, lo que exige “la celebración de otros contratos como, por ejemplo, reserva de inmueble, promesa de compraventa, pacto de opción, o contrato de vinculación”, presupuestos necesarios y “determinantes de la consecución de los fines individuales de cada contrato”, siendo “bastante probable que la falta de alguno de ellos, como sus vicisitudes, repercuten en los demás.»

Por lo tanto, le asistió razón a la parte demandante cuando afirmó que entre el contrato de leasing y el de vinculación existe conexidad, pues Leasing Bancolombia no hubiera celebrado ese negocio sin la suscripción de otro que le permitiera acceder al proyecto donde se construiría el inmueble que estaba financiando, que es el que necesitaba su cliente...»

No hay, entonces, ninguna duda de que el contrato de Leasing y el de vinculación al fideicomiso están coligados, pues Leasing Bancolombia sigue conservando la propiedad de los derechos fiduciarios sobre el bien y no lo ha entregado (ni lo entregará) a la arrendataria para que se cumpla la finalidad del arriendo financiero.

En fin, Leasing Bancolombia, como cesionaria de los derechos del contrato de vinculación, debía comenzar a pagar al patrimonio autónomo el resto del precio del inmueble objeto de ese contrato, con el fin de adquirir su propiedad y, de esa manera, continuar la ejecución del leasing hasta que se dieran las condiciones para que la locataria ejerciera la opción de compra inherente a ese convenio.

Como puede advertirse sin dificultad, se trata de obligaciones sistemáticamente coligadas, las cuales había que cumplir de manera conjunta y colaborativa, pues frente al incumplimiento de uno cualquiera de los cuatro actores, no podía lograrse el objeto perseguido por la operación negocial en conjunto, como en efecto ocurrió.

El éxito del leasing dependía del cumplimiento del fideicomitente constructor de su obligación de construir y entregar el inmueble; pero también dependía del cumplimiento de la fiduciaria de sus deberes profesionales, contractuales y legales de buena administradora; así como del cumplimiento de la obligación de Leasing Bancolombia de verificar el avance de la obra en un 30% por lo menos. Finalmente, cumplidas todas esas obligaciones, la locataria debía comenzar a pagar los cánones de arrendamiento una vez el inmueble le fuera entregado en arriendo.

Tan coligados están los mencionados contratos que no ha sido posible terminarlos porque sus efectos jurídicos se irradian entre sí de manera indisoluble.

El leasing se celebró para que la locataria tuviera la posibilidad de usar y disfrutar el inmueble que Bancolombia le daría en arriendo una vez cumplidas las obligaciones de todos los miembros de la operación negocial. Pero no se celebró para cobrar a la futura arrendataria cánones anticipados de un arriendo que jamás ha existido, ni existirá por ausencia de la cosa arrendada.

De ahí que al no haberse consumado jamás el objeto del arrendamiento, Bancolombia está obligada a pagarle a Catalina Rodríguez no sólo el precio que tenían los derechos fiduciarios al momento de celebrarse el contrato de leasing (\$864.992.500) sino, además, los frutos civiles que esa suma de dinero habría producido si hubiera permanecido en su poder.

Ahora bien, si el activo que compró Bancolombia se diluyó por la culpa de la constructora, la fiduciaria y la propia entidad financiera, ello no es una consecuencia que deba asumir la consumidora del sistema financiero quien, por lo demás, es la parte débil, inexperta e ignorante de todo el entramado negocial.

Desde luego que si el proyecto inmobiliario hubiera sido exitoso y se hubiera logrado la finalidad de la operación negocial coligada entonces Bancolombia no estaría ofreciendo ahora la restitución del inmueble a la demandante a cambio de nada.

Entre las múltiples posibilidades que tiene Bancolombia para resolver el conflicto jurídico con la fiduciaria, la restitución de los derechos fiduciarios a la demandante se muestra ostensiblemente como la peor decisión para los intereses de la consumidora del sistema financiero.

De hecho, esa decisión sería, además de injusta, jurídicamente improcedente porque los contratos de ejecución sucesiva no son materia de “resolución” sino de terminación, y esta consecuencia no admite “devolver las cosas al estado en que se hallaban al momento de celebrarse el contrato”, sino la cesación de todos los efectos hacia el futuro, eso sí, con la consecuente indemnización de perjuicios a cargo de la parte incumplida.

Una vez declarada la terminación del contrato de ejecución sucesiva, como es el leasing financiero, a la demandante no hay que hacerle devolución de prestaciones en sentido estricto (restituciones recíprocas), pero sí se le debe indemnizar por el daño emergente (\$864.992.500) y el lucro cesante (intereses moratorios sobre esa cantidad) que sufrió.

Otra alternativa de indemnización sería pagarle la suma de dinero que aportó al fideicomiso (\$413.617.775), debidamente indexada y con intereses, más el precio actual del lote de terreno según el dictamen pericial que se allegó al proceso (\$642.385.732) con los frutos civiles que habrían podido producir ese inmueble.

Por su parte, la suerte que pueda correr la relación contractual vigente entre Acción Sociedad Fiduciaria y Bancolombia –por ser esta última la actual titular de los derechos de beneficio de la Casa A4– es un asunto que no concierne a los intereses de la señora Catalina Rodríguez, máxime cuando ninguna de esas entidades ha hecho absolutamente nada por solucionar la controversia. De ahí que esas sociedades deban resolver su conflicto en proceso separado, luego de que la demandante salga definitivamente de ese entramado negocial y subsista la vinculación de Bancolombia con Acción Sociedad Fiduciaria a través del fideicomiso Prados del Este, pues la adquisición de los derechos fiduciarios fue un riesgo que la entidad crediticia asumió y aceptó como profesional experta del sector financiero.

Por estas razones, se debe confirmar la sentencia apelada en la parte que declaró la responsabilidad de Acción Sociedad Fiduciaria a nombre propio. Adicionalmente, se debe modificar el fallo para declarar la responsabilidad solidaria de Leasing Bancolombia, la terminación del contrato de leasing suscrito entre esta entidad y la señora Catalina Rodríguez, y la condena solidaria en contra de las demandadas a pagar la indemnización de perjuicio correspondiente a las sumas de dinero que la demandante invirtió en el proyecto inmobiliario, la restitución de los frutos dejados de percibir y indexación e intereses moratorios a las que hubiere lugar.

Asimismo, pido se dejen sin valor ni efecto los pagarés que respaldan el aludido contrato de leasing.

2.2. FRENTE AL MONTO DE LA INDEMNIZACIÓN QUE DEBE PAGARSE A LA DEMANDANTE.

Líneas arriba quedó demostrado que a Catalina Rodríguez se le reconoció el precio del Lote A4 de la Agrupación de Vivienda Rincón Alpino, pues se le descontó ese valor en los otrosíes al contrato de vinculación al fideicomiso.

Este hecho quedó probado, incluso, por la confesión de la representante legal de Leasing Bancolombia, por lo que no existe ninguna razón para negar el reconocimiento de ese rubro, con los respectivos frutos civiles según lo probado en el dictamen pericial que se presentó para tal efecto.

También se demostró que Catalina Rodríguez cedió a Leasing Bancolombia la totalidad de sus derechos para adquirir la propiedad del mencionado inmueble.

Es decir que Bancolombia es en la actualidad la propietaria de la totalidad de los derechos fiduciarios sobre la Casa A4 de la Agrupación de Vivienda Rincón Alpino, mientras que Acción Sociedad Fiduciaria se prestó para que tales derechos no se concretaran según lo estipulado en los contratos que dieron origen a la presente controversia.

Por lo anterior, a la suma de condena ordenada por la señora juez de primera instancia deberá añadirse la condena solidaria en contra de Bancolombia para que pague a la demandante una indemnización correspondiente al precio actualizado del inmueble, más los frutos civiles dejados de percibir, la respectiva indexación y los intereses moratorios a la tasa máxima permitida.

III. PETICIÓN

Por las razones jurídicas expresadas con anterioridad y con base en las pruebas que obran en el proceso, solicito a los Señores Honorables Magistrados se sirvan hacer las siguientes declaraciones y condenas.

1. Confirmar la sentencia apelada en cuanto declaró la responsabilidad de Acción Sociedad Fiduciaria a nombre propio por violar sus deberes legales, contractuales y profesionales.
2. Adicionar el fallo para declarar la responsabilidad solidaria de Leasing Bancolombia y la terminación del contrato de leasing suscrito entre esta entidad y la señora Catalina Rodríguez.
3. Condenar a Acción Sociedad Fiduciaria y a Leasing Bancolombia a pagar a Catalina Rodríguez, de manera solidaria, la indemnización de perjuicios correspondiente a las sumas de dinero que la demandante invirtió en el proyecto inmobiliario, esto es \$864.992.500 por concepto de daño emergente, más sus respectivos intereses moratorios e indexación.

4. Dejar sin valor ni efecto los pagarés que respaldan el aludido contrato de leasing.

En los términos esbozados, dejo sustentado el recurso de apelación frente a la sentencia de primera instancia; manifestando que no renuncio al término para sustentar y, por tanto, me reservo el derecho de sustituir, ampliar o modificar los argumentos plasmados en el presente escrito dentro de la respectiva oportunidad procesal.

De los Señores Honorables Magistrados,

Enrique Martínez Reyes
enrimartirey@hotmail.com
emartinez@paezmartin.co
administrativo@paezmartin.com

De conformidad con lo previsto en los artículos 3° y 9° de la Ley 2213 de 2022, se remite el presente memorial a las direcciones de notificación judicial electrónica de las demandadas y sus apoderados, las cuales han sido reconocidas dentro del proceso:

- Leasing Bancolombia:
cfarias@bancolombia.com.co

- Acción Sociedad Fiduciaria:
notijudicial@accion.com.co
daniel.ardila@accion.com.co

Hábitat La Calera:
lula.posadae@gmail.com

**SEÑOR
JUEZ (10) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.
E. S. D.**

RAD: 11001310301020190025000

REF: PROCESO DE PERTENENCIA POR PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA

DEMANDANTE: ROSALBA PARADA CAPERA

DEMANDADOS: FERMIN RODRIGUEZ PRADA, HECTOR DAVID
RODRIGUEZ HERNANDEZ, STELLA RODRIGUEZ PRADA
y YOLANDA RODRIGUEZ PRADA

RECURSO DE APELACIÓN

En mi condición de apoderado judicial conforme a la sustitución de poder otorgado por el DR. Abogado CARLOS JULIO RAMIREZ RODRIGUEZ, apoderado de la señora: ROSALBA PRADA CAPERA, en el proceso de Pertenenencia con radicado No. 2019-00250, me permito presentar APELACIÓN a la sentencia del 22 de junio de 2023 de la siguiente manera:

La parte actora considera que se han cumplido a cabalidad lo dispuesto por el artículo 2512 del Código Civil, la prescripción es un modo de adquirir las cosas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las primeras, o no ejercitarse los segundos durante cierto tiempo, concurriendo además los restantes requisitos legales. Dispone el artículo 2518 de la citada codificación, que se gana por prescripción el dominio de los bienes corporales, raíces o muebles, que están en el comercio humano y que se hayan poseído cumpliendo las condiciones legales, por tanto, para que opere dicho fenómeno deviene necesario que el accionante demuestre haber poseído el bien durante el lapso que establece la ley en cada caso.

La posesión que tiene la señora ROSALBA PRADA CAPERA sobre el bien objeto de prescripción, esto es: una casa de habitación situada en la ciudad de Bogotá (Cundinamarca), ubicado en la AK 60 # 67B -42 (DIRECCION CATASTRAL) antes CARRERA 48 69-42 LOTE MANZANA 69-A-48, CON UNA EXTENSION SUPERFICIARIA DE 173.94 METROS CUADRADOS, CODIGO CATASTRAL: **AAA0054KBRU** y matricula inmobiliaria número **50C-203** de la Oficina de Instrumentos Públicos de Bogotá Zona Centro, cuyos linderos se describen en al hecho primero de la demanda y se pudieron corroborar en la inspección realizada el día 16 de Junio de 2023, por parte del juzgado y del auxiliar de la Justicia designado; pero de la cual el juzgado negó por considerar que no cumplía con lo dispuesto por cuanto se hizo una visita de una entidad el 23 de abril de 2014, es de aclarar que pese a que esta visita se efectuó no

interrumpió el derecho que le asiste a señora ROSALBA PRADA CAPERA, puesto que en ningún momento se ha dejado que otra persona distinta a la demandante ejerza su ánimo de dueña conforme se dio en las declaraciones de las señoras: **ELVIA ISABEL JIMÉNEZ ACOSTA, REYNEL ANTONIO VALENCIA RODRIGUEZ Y LEONOR ADRIANA ORDOÑEZ ACOSTA.**

Todo su actuar ha sido de manera pública, pacífica e ininterrumpida, sin violencia, declaraciones que se plasman en actos de posesión como es el pago del servicios públicos de agua, luz, gas, telefonía, así mismo mejoras locativas según el peritazgo realizado, y tener el bien en arriendo a terceros, quienes han reconocido en la diligencia realizada al bien, a la señora ROSALBA PRADA CAPERA como la dueña del inmueble, y que no conocen otro dueño, es decir, que ha ejercido la posesión del bien como señora y dueña sin reconocer dominio ajeno, y sin que de otras entidades se hayan hecho presentes en las etapas procesales de este proceso ni mucho menos quien pudiese haber sido designado como secuestre, quien tampoco se presentó a las diligencias y mucho menos se pronunció ante el juzgado 10 civil del circuito de Bogotá, teniendo en cuenta que en el inmueble antes descrito se encontraba la valla con los datos del inmueble y del proceso.

Por otra parte el señor **RODRIGUEZ HERNANDEZ HECTOR DAVID**, quien manifestó por apoderado la existencia de un proceso divisorio, y el cual se hizo parte dentro del presente proceso y teniendo la oportunidad procesal para ejercer su derecho de interrogar y contradecir a la señora **ROSALBA PRADA CAPERA**, con su apoderado en la audiencia del día 8 de junio de 2023, no se presentó; y se debe tener presente su señoría que el proceso divisorio no tiene como finalidad la recuperación de la posesión, por tanto, no se opone al ejercicio de la acción de pertenencia.

Para el caso que nos corresponde consideramos que este proceso reúne todos y cada uno de los requisitos indispensables, como son: 1- posesión material actual del prescribiente 2- El bien inmueble a usucapir, tal como se demuestra ha sido poseído durante el tiempo exigido por la ley, en forma pública, pacífica e ininterrumpida 3- Se ha identificado de manera plena y certera el bien a usucapir, 4- El bien inmueble, materia de este proceso, es susceptible de adquirirse por pertenencia.

Se demostró por parte de la señora ROSALBA PRADA CAPERA, con pruebas documentales, testimoniales y físicas que ha ejecutado actos positivos y/o materiales que exteriorizan su señorío, puesto que ha estado al cuidado, mantenimiento del bien inmueble y como poseedora, sobre el bien a usucapir, sin ningún tipo de interrupción a la presente fecha, pues como pudo constatar en las audiencias el despacho no se hicieron presentes aquellos que pudieran refutar lo manifestado por la demandante ni terceros, sin que a la fecha tampoco estos se hayan opuesto y/o manifestado frente a la demanda de pertenencia que cursa en su despacho.

Es de anotar que la señores **RODRIGUEZ HERNANDEZ HECTOR DAVID, RODRIGUEZ PRADA FERMIN, RODRIGUEZ PRADA STELLA y RODRIGUEZ PRADA YOLANDA**, llevan más de 10 años de no ejercer actos de señor y dueño del inmueble y han dejado que **ROSALBA PRADA CAPERA**, ejerza funciones de dueña, demostrando así su poco interés por el cuidado, mantenimiento y sostenimiento que el inmueble requiere.

Visto lo anterior, solicito que la sentencia del 22 de junio de 2023, sea modificada y sea favorable para mí apoderada señora Rosalba Prada Capera, concediéndole la titularidad legal del bien inmueble materia de este proceso.

Atentamente.

JHON JAIRO PULIDO ROJAS.
C.C. 1.019.017.847
T.P. 262.075 DEL C.S.J

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA PELAEZ ARENAS RV: PROCESO EJECUTIVO No 2019-00120-01

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Jue 26/10/2023 16:05

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

📎 2 archivos adjuntos (348 KB)

SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN.pdf; RECURSO DE APELACION .pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA PELAEZ ARENAS

Atentamente,



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

Av. Calle 24 No 53-28 Torre C Oficina 305
PBX 6013532666 Ext. 88349 – 88350 – 88378
Línea Nacional Gratuita 018000110194
Email: secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co



OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA
Secretario Judicial

De: adeodato jaimé murillo <adeodatojaimé@gmail.com>

Enviado el: jueves, 26 de octubre de 2023 3:57 p. m.

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Pedro Jimenez C. <MDIVENTAS@yahoo.com>; Carol Huguett Henriquez <carolhuguett@yahoo.es>

Asunto: PROCESO EJECUTIVO No 2019-00120-01

Señores:

HONORABLES MAGISTRADOS TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA CIVIL

H.M. ANGELA PELAEZ ARENAS

E.S.D.

Ref.: PROCESO EJECUTIVO No 2019-00120-00

DEMANDANTE: ELSA ALVAREZ FIGUEROA

DEMANDADOS: PEDRO HUMBERTO JIMENEZ CALA E INGENIERIA DE DISEÑO Y MANTENIMIENTO LTDA MDI LTDA.

ADEODATO JAIME MURILLO, mayor de edad, abogado en ejercicio, identificado con la cédula de ciudadanía No 4.239.510 de La Uvita y portador de la Tarjeta Profesional No 90248 del Consejo Superior de la Judicatura, por medio de los escritos adjuntos y estando dentro de los términos legales, respetuosamente acudo ante su Despacho con el fin de SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN en contra de la sentencia calendada el 7 de julio de 2023, y notificada mediante estado del 17 de julio del año en curso.

Se adjuntan los escritos presentados ante el Juzgado 13 Civil del Circuito de Bogotá y el que se envía a ese Honorable Tribunal.

De los señores Magistrados,

ADEODATO JAIME MURILLO
C.C. N° 4.239.510 de La Uvita
T.P. N° 90248 del Honorable Consejo Superior de la Judicatura

Señores:
HONORABLES MAGISTRADOS TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CIVIL
H.M. ANGELA PELAEZ ARENAS
E.S.D.

Ref.: PROCESO EJECUTIVO No 2019-00120-00
DEMANDANTE: ELSA ALVAREZ FIGUEROA
DEMANDADOS: PEDRO HUMBERTO JIMENEZ CALA E INGENIERIA DE
DISEÑO Y MANTENIMIENTO LTDA MDI LTDA.

ADEODATO JAIME MURILLO, mayor de edad, abogado en ejercicio, identificado con la cédula de ciudadanía No 4.239.510 de La Uvita y portador de la Tarjeta Profesional No 90248 del Consejo Superior de la Judicatura, por medio del presente escrito y estando dentro de los términos legales, respetuosamente acudo ante su Despacho con el fin de SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN en contra de la sentencia calendada el 7 de julio de 2023, y notificada mediante estado del 17 de julio del año en curso, el cual se sustenta en los siguientes términos y consideraciones:

1. Al momento de presentar el recurso, en cumplimiento de las normas procesales se procedió a enunciar los asuntos sobre los cuales se finco el recurso, y se procedió a sustentar cada uno de los reparos.
2. En aras de la economía procesal, se solicita se tengan como sustento del recurso los argumentos de índole fáctico y jurídico que se presentaron al momento de interponer el respectivo recurso, y para ello se hace un sucinto recuento de cada situación de inconformidad.

A) INCONGRUENCIA ENTRE LA SENTENCIA Y LOS SUSTENTOS JURÍDICOS Y FACTICOS

Adicional a lo indicado em el texto del recurso, se debe tener en cuenta que referente a este asunto objeto de reparos a la sentencia, se debe tener presente aspectos fundamentales así:

No existe duda que al no existir un recibo donde se tengan los pagos realizados como intereses, estos en aplicación estricta de las normas civiles y mercantiles, deberán tomarse como abono a capital, es decir, que al no existir evidencia de la imputación de pagos conforme lo prevén la normas mercantiles, cualquier pago deberá aplicarse a capital.

Además también, debe tenerse en cuenta que el testimonio rendido por parte del hijo de la demandante, de forma inequívoca dijo que nunca se generaron recibos de pago, por ello, no existe duda de la aceptación tácita respecto de los pagos realizados eran sobre capital, y también no es menos importante, que tal crédito no fue tenido en cuenta dentro de las declaraciones tributarias de la demandante, por ende, no puede ser parte del patrimonio de esta, e intentarse incluir se con base en la decisión judicial, se estaría frente a una manera de generar un detrimento al fisco, ya que la demandante, al ocultar intencionalmente este activo, esta

defraudando a los impuestos al sustraerse intencional e indebidamente al reconocimiento y pago de los impuestos pertinentes.

Adicional a ello, es menester precisar que en el mismo expediente, el Despacho le solicitó a la parte demandante que indicara que si luego de la fecha de vencimiento del pagaré, se hizo documento adicional modificando la fecha de exigencia de este, a lo que claramente indicó que no existía tal situación o documento, de donde sin dubitación alguna, y basados en los principios generales del derecho y de la sana crítica, la demandante asintió con su silencio, y ninguna manifestación respecto de los pagos realizados, que eran pagos a capital.

No existe duda que la sentencia proferida no guarda congruencia con los elementos fácticos, probatorios, y jurídicos que se encuentran plenamente demostrados en desarrollo del proceso, por ende, adicional a lo presente, se deben tener como sustento lo referido al impetrar el recurso de apelación, y proceder a revocar la sentencia recurrida.

B) INTERPRETACIÓN ERRADA DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO

Es evidente como en la sentencia se aplican en preferencia las normas por analogía que aquellas que deben primar teniendo en cuenta la especialidad de la materia.

Es menester precisar como las normas referentes a la imputación de pagos, a los efectos de la confesión a través de apoderado, así como el alcance de la confesión y demostración de los hechos a través del testimonio fueron obviados adrede por el fallador de primera instancia.

Es importante tener presente varios aspectos pasados por alto por el a quo:

- a) La demandada a través de apoderado indica que el vencimiento del pagaré se dio en abril del 2012,
- b) Que no hubo documento que modificara la fecha de vencimiento o la literalidad del mismo,
- c) El contrato de mutuo es un contrato mercantil, por ende, quienes los ejercer se reputan como comerciantes,
- d) La demandada y el testigo ratificaron lo referente que la demandada como comerciante no cumplió con los deberes de comerciante al emitir los recibos referentes a los pagos realizados, discriminando como se aplicaron,
- e) Los documentos donde constan los pagos son los extractos bancarios, y no le dio el alcance a estos en lo referente de tenerlos como carta del acreedor a favor del deudor como constancia de pago, y que con ello, se tiene que el valor recibido corresponde a capital,
- f) Al no existir imputación de pagos y solo existiendo los extractos, debe sin dubitación alguna que todo ello debe hacerse hacia capital.
- g) El Despacho ordena seguir adelante con la ejecución, en los términos del mandamiento de pago, olvidando que estaban probados los pagos realizados.

En lo atinente a la prescripción el Despacho desconoce de plano la aplicación de esta en los términos de las normas especiales del derecho mercantil, en tratándose de la acción cambiaria, y lo que corresponde a las acciones que tiene en los eventos de darse la prescripción, y busca con estas omisiones revivir un fenómeno que ya se dio tal como se explica y sustenta en el escrito de apelación.

C) FALTA DE PRONUNCIAMIENTO RESPECTO DE LOS PAGOS E IMPUTACION DE LOS MISMOS AL CAPITAL EN LOS TÉRMINOS DE LAS NORMAS LEGALES

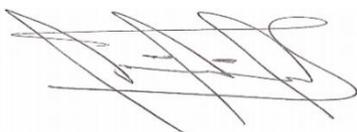
Como se indicó anteriormente, y con un análisis superficial y sin tener en cuenta las pruebas allegadas, y los hechos probados, guarda total silencio respecto de los pagos realizados, suma que no es insignificante, sino que como se puede evidenciar, supera el mismo capital por la suma de \$199.080.000, valor que no fue refutado por la demandante, y que tampoco tuvo en cuenta lo previsto en el artículo 281, referente a la congruencia, y principalmente en que no se tuvo en cuenta los hechos modificatorios o extintivos de la obligación como se ha dicho y demostrado en el transcurso del proceso.

Son aspectos importantes que no se comprende por que motivos se obvian en una decisión, y se ordena seguir con la ejecución en los términos del mandamiento de pago, guardo silencio sobre hecho relevantes en el proceso, y que por su importancia, ya que prueban la extinción de la obligación era necesario e imprescindible hacer un pronunciamiento al respecto.

Como se evidencia claramente, deberá revocarse la sentencia y tenerse como probado el pago de la obligación en los términos del artículo 282 del C.G.P. , o en su defecto emitir el pronunciamiento ajustado a las circunstancias fácticas y jurídicas.

Como se indicó deberá tenerse como sustentación al recurso, lo expresado en el escrito remitido y presentado ante el Juzgado de primera instancia, para no volver a hacer una transcripción nuevamente, se adjunta junto con el presente escrito.

De los señores Magistrados,



ADEODATO JAIME MURILLO
C.C. N° 4.239.510 de La Uvita
T.P. N° 90248 del Honorable Consejo Superior de la Judicatura

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA PELAEZ ARENAS RV: REF. VERBAL DE R.C.E. DE LUIS EDILBERTO RONDON HERNANDEZ VS HENRY BUITRAGO RUIZ Y OTROS. Recurso de Reposición en subsidio EL DE QUEJA. Rad. No. 2021-0001301

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mié 01/11/2023 16:42

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

 1 archivos adjuntos (620 KB)

20231101165240783.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA PELAEZ ARENAS

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: Wilmar Orozco Duque <wllylegal@hotmail.com>

Enviado: miércoles, 1 de noviembre de 2023 16:36

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>; charryabogado@hotmail.com <charryabogado@hotmail.com>; edilbertoler@hotmail.com <Edilbertoler@hotmail.com>; secretariagerente@flotavalledetenza.com <secretariagerente@flotavalledetenza.com>

Asunto: REF. VERBAL DE R.C.E. DE LUIS EDILBERTO RONDON HERNANDEZ VS HENRY BUITRAGO RUIZ Y OTROS. Recurso de Reposición en subsidio EL DE QUEJA. Rad. No. 2021-0001301

Bogotá D.C., Noviembre 01 de 2023

Honorables Magistrados

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÀ SALA CIVIL
Ciudad.

Atn.
Honorable Magistrada
Dra. ANGELA MARÌA PELÀEZ ARENAS
Magistrada Sustanciadora

REF. VERBAL DE R.C.E. DE LUIS EDILBERTO RONDON HERNANDEZ VS HENRY BUITRAGO RUIZ Y OTROS. Recurso de Reposición en subsidio EL DE QUEJA. Rad. No. 2021-0001301.

De manera respetuosa, dentro del término legal para el efecto me permito allegar MEMORIAL DE INTERPOSICIÓN Y SUSTENTACIÓN RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO EL DE QUEJA en contra del auto que declaró DESIERTO EL RECURSO DE ALZADA interpuesto por el suscrito frente a la SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA dictada por el Juzgado 29 Civil del Circuito de Bogotá en el referido proceso civil.

Por favor confirmar el recibido.

Atte.

WILMAR OROZCO DUQUE
C.C. No. 10.265.968 de Manizales.
T.P. No. 74.323 del C.S. DE LA J.
Apoderado

Bogotá D.C., octubre 31 de 2023

Honorables Magistrados

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÀ-SALA CIVIL

Ciudad.

Referencia. VERBAL DE R.C.E. DE LUIS EDILBERTO RONDÒN HERNANDEZ VS. HENRY BUITRAGO RUIZ Y OTROS. Rad. No. 11001310302920210001301. **RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO EL DE QUEJA.**

Atn.

Honorable Magistrada

ANGELA MARÌA PELÀEZ ARENAS

Magistrada Sustanciadora.

WILMAR OROZCO DUQUE, mayor de edad y vecino de Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía No. 10.265.968 de Manizales, Abogado titulado con T.P. No. 74.323 del C.S. de la J., correo electrónico wllylelgal@hotmail.com, conocido dentro de las referidas diligencias como apoderado judicial del demandante dentro del mismo asunto, esto es; el señor LUIS EDILBERTO RONDÒN HERNANDEZ; estando dentro del término legal para el efecto, me PERMITO **INTERPONER ANTE SU DESPACHO RECURSO DE REPOSICIÓN Y DE SER DEL CASO Y PROCEDENTE RECURSO DE QUEJA** en contra del auto adiado 27 de Octubre de la presente anualidad NOTIFICADO POR ANOTACIÓN EN ESTADO DEL DÌA 30 DE OCTUBRE HOGAÑO, **por medio del cual DECLARA DESIERTO EL RECURSO DE ALZADA QUE HUBE DE INTERPONER Y SUSTENTAR** DENTRO DEL TÈRMINO LEGAL PARA EL EFECTO Y QUE OBRA EN EL EXPEDIENTE; Y ASÌ SE DEMOSTRARÀ EN EL DECURSO PROCESAL DE SÒLO OTEAR CON DEBIDO JUICIO Y DETENIMIENTO LA TOTALIDAD DEL EXPEDIENTE DIGITAL.

Fundo mis recursos en los siguientes:

1º. ANTECEDENTES:

- a. Cuenta la Historia procesal que el juzgado VEINTINUEVE CIVIL DEL CIRCUITO (29), de esta municipalidad y Distrito Judicial dictó sentencia de primera instancia el pasado 03 de agosto de 2023; por medio de la cual NIEGA LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA; es de resaltar que dicha diligencia se realizó y notificó de manera verbal u oral, vale decir en estrados.
- b. Inconforme con la decisión de primer grado; inmediatamente, el suscrito INTERPONE EL RECURSO VERTICAL DE APELACIÓN y de manera sucinta expone de manera oral en desarrollo de dicha audiencia y sustente grosso modo los motivos de inconformidad y manifiesta que se sustentará y complementará dentro del término legal para el efecto. RECURSO DE ALZADA QUE ES CONCEDIDO EN DEBIDA FORMA POR EL JUZGADO CONOCEDOR DE PRIMERA INSTANCIA.
- c. Como se puede observar de OTEAR CON DETENIMIENTO, JUICIO Y SIGILO, el suscrito PRESENTA SUSTENTACIÓN DEL REFERIDO RECURSO DE ALZADA DIRIGIDO EN DEBIDA

FORMA AL HONORABLE TRIBUNAL SUPERIOR SALA CIVIL DE ESTA DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA, señalando los motivos de inconformidad, las leyes violadas y los yerros eso sí con todo respeto en los que consideré incurrió el A QUO en su sentencia. (EN 10 FOLIOS), Y LO remití al correo institucional del juzgado que conoció del asunto en primera instancia, pero eso sí, se repite; DIRIGIDO A ESA COLEGIATURA EN SU SALA CIVIL, SUSTENTACIÓN QUE FUE REMITIDA Y PRESENTADA POR EL SUSCRITO con fecha DEL PASADO 08 DE AGOSTO DE 2023, y remitido el día siguiente 09 de Agosto del año en curso, DESDE MI CORREO ELECTRÓNICO WLLYLEGAL@HOTMAIL.COM al correo institucional del juzgado VEINTINUEVE CIVIL DEL CIRCUITO (29); ES DECIR DENTRO DEL TÉRMINO LEGAL PARA EL EFECTO. (DENTRO DE LOS CINCO DÍAS SIGUIENTES A LA FECHA EN QUE ME FUE CONCEDIDO (5).

- d. No obstante lo anterior, el suscrito, revisa los estados y movimientos del proceso en el tribunal en su secretaría común previa visita al mismo y se nota que el 14 de agosto de 2023 llega a esa colegiatura, el reparto del proceso se hace el 09 de septiembre de esta anualidad, correspondiéndole el asunto al conocimiento de usted HONORABLE MAGISTRADA, y en visita a esa SECRETARÍA DEL TRIBUNAL SUPERIOR SALA CIVIL DE ESTA DISTRITO JUDICIAL, el pasado 29 de septiembre de 2023 no se había pronunciado el mismo y menos aún se me había corrido traslado del recurso para sustentarlo.
- e. Así mismo, cuando se me corre traslado PARA LA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE ALZADA, recurso mediante auto del 06 de octubre de la presente anualidad, anotado por estado del 09 de octubre de los corrientes, el suscrito NO SE PRONUNCIA Y GUARDA SILENCIO DENTRO DE DICHO TÉRMINO, POR CUANTO YA HABÍA SIDO SUSTENTADO EL MISMO POR ESCRITO Y OBRABA Y OBRA EN EL EXPEDIENTE (OBSÉRVESE EL MEMORIAL PRESENTADO POR EL SUSCRITO Y DIRIGIDO A ESE HONORABLE TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÀ EN SU SALA CIVIL DE FECHA 08 DE AGOSTO DE 2023 EN 10 FOLIOS PERO REMITIDO EL PASADO 09 DE AGOSTO DE ESTA ANUALIDAD AL MISMO), que salió de mi correo electrónico wllylegal@hotmail.com, y dirigido al correo electrónico institucional del JUZGADO 29 CIVIL DEL CIRCUITO DE ESTA CIUDAD que conoció en primera instancia del asunto y que emitió la sentencia de primer grado que fue objeto de disenso por parte DEL SUSCRITO; INISISTIMOS DIRIGIDO A ESA COLEGIATURA, INTITULADO "SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN". PRECISAMENTE PARA QUE HICIERA PARTE DEL PROCESO Y DAR CUMPLIMIENTO A MI CARGA PROCESAL DE ALLEGAR EL RECURSO Y SU SUSTENTACIÓN DENTRO DE LOS CINCO DIAS SIGUIENTES A LA FECHA EN QUE ME FUE NOTIFICADA LA SENTENCIA DE PRIMER GRADO DE MANERA DESFAVORBALE EN ESTRADOS).
- f. Finalmente, con sorpresa encuentro que el despacho, en cabeza en este caso concreto de la Honorable Magistrada Sustanciadora DRA. ANGELA MARÍA PELÀEZ ARENAS, dicta un auto el pasado 27 de Octubre de esta anualidad, notificada por anotación en estado del día 30 de octubre hogaño, POR MEDIO DEL CULA DECLARA DESIERTO EL RECURSO DE ALZADA QUE EN TIEMPO HUBE DE INTERPONER Y SUSTENTAR, decisión

que lesiona los intereses de la parte que represento y que con todo respeto lo señalo NO COMPARTO Y MENOS AÚN CONSIDERAMOS ESTÀ AJUSTADO A LA REALIDAD PROCESAL NI A DERECHO, por **cuanto obra en el plenario EL MEMORIAL CONTENTIVO DE LA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE ALZADA QUE EXTRAÑÒ EL HONORABLE TRIBUNAL** y que dio al traste con le DECLARATORIA DE DESIERTO DEL MISMO claudicando de manera fatal la última posibilidad de análisis jurídico y procesal del asunto en favor de mi procurado y por parte de ese HONORABLE CUERPO COLEGIADO, **lo que es motivo del presente RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO Y DE SER PROCEDENTE LEGAL Y PROCESALMENTE EL RECURSO DE QUEJA en contra del señalado auto, estando dentro del término legal de ejecutoria del mismo y por ende dentro del término procesal para el efecto.**

2º. MOTIVOS DE INCONFORMIDAD.

- a. Respeta el criterio tenido en cuenta por el despacho, EN ESTE ASUNTO CONCRETAMENTE, bajo la dirección de la Honorable Magistrada DRA. ANGELA MARÍA PELÁEZ ARENAS y las razones para determinar que debía DECLARAR DESIERTO EL RECURSO de alza por cuanto presuntamente NO SE HABÍA SUSTENTADO DENTRO DEL TÉRMINO LEGAL DE CINCO DÍAS (5) conferidos por el despacho para el efecto; pero por manera alguna los podemos compartir; veamos por qué:

-En primer término, mal puede decirse que el suscrito NO SUSTENTÒ EL RECURSO DE ALZADA interpuesto en contra de la SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA proferida por el JUZGADO VEINTINUEVE CIVIL DEL CIRCUITO DE ESTA CIUDAD DE BOGOTÀ (29), y menos aún puede decirse que fue EX TEMPORÀNEO, PUES CON TODO RESPETO LO SEÑALO CUANDO SE ABRE LA OPORTUNIDAD Y EXIGENCIA DE SUSTENTAR EL RECURSO; EL MISMO YA SE ENCONTRABA DENTRO DEL EXPEDIENTE Y ERA EL MOMENTO, VENCIDO LOS CINCO DÍAS (5) HÀBILES QUE CONFIRIÒ EL DESPACHO Y SEGÙN LA LEY DONDE ERA PROCEDENTE REVISAR, EN PRIMER TÉRMINO QUE YA OBRABA DENTRO DEL EXPEDIENTE; Y EN SEGUNDO TÉRMINO QUE SE HABRÌA APORTADO O ANEXADO DENTRO DEL TÉRMINO LEGAL PARA EL EFECTO; HUELGA DECIR DENTRO DEL TÉRMINO DE CINCO DIAS (5) A QUE SE REFIERE LA LEY QUE ADELANTE SE CITARÀ, y en gracia de discusión cuando el despacho lo ordenó corriendo TRASLADO, POR CUANTO YA ESTABA EN EL EXPEDIENTE EN 10 FOLIOS Y PRESENTADO DESDE EL 09 DE AGOSTO DE 2023; LUEGO ENTONCES, CON TODO RESPETO, HACIENDO PARTE INTEGRANTE DEL PROCESO, MAL PODRÌA DECIRSE QUE NO OBRA EN EL MISMO O QUE FUE EX TEMPORÀNEO, CON TODO EL RESPETO Y CONSIDERACIÒN ESA COLEGIATURA NO PUEDE TAPARSE NI CERRAR LOS OJOS PARA NO VER EL MEMORIAL CONTENTIVO DE LA SUSTENTACIÒN DE LA APELACIÒN A SABIENDAS QUE ES UNA REALIDAD QUE SE PRESENTÒ, EN TIEMPO, ESTÀ Y EXISTE DENTRO DEL PLENARIO Y ELLO SE AVISORA EN EL MOMENTO EN QUE EL DESPACHO REvisa EL PROCESO A EFECTO DE DETERMINAR SI EFECTIVAMENTE EL RECURSO Y SU SUSTENTACIÒN OBRA EN EL EXPEDIENTE, COSA DIFERENTE ES QUE NO SE QUIERA VER O NO SE QUIERA ACEPTAR QUE EXISTE, QUE ESTÀ, EN EL EXPEDIENTE DIGITALY SE TOMA LA DECISIÒN INFORTUNADA QUE LESIONA LOS INTERESES DE MI PROCURADO.

En efecto, según la definición **DE EX TEMPORÁNEO**, encontrado en el DICCIONARIO de la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA "RAE", el término proviene del LATÍN EX TEMPORANEUS que traduce 1. adj. IMPROPIO DEL TIEMPO EN QUE SUCEDE O SE HACE; 2. ADJ. INOPORTUNO, INCONVENIENTE.

Así mismo, el Diccionario PANHISPÁNICO DEL ESPAÑOL JURÍDICO, DEFINE LA EXPRESIÓN EX TEMPORÁNEO COMO "Dicho de un documento, trámite, reclamación o recurso; inadmisibles por haber sido realizado o presentado fuera del plazo establecido".

Por ejemplo, un recurso contencioso-administrativo es inadmisibles por ex temporáneo cuando se interpone una vez finalizado el plazo establecido en la ley: "La jurisprudencia de esta sala, recogida en las sentencias que dicha representación cita viene repetidamente declarando que el cómputo del plazo fijado por meses, según dispone el art. 5º del Código Civil, el cual es el caso enjuiciado, debe hacerse de fecha a fecha como lo ha efectuado la sentencia recurrida para declarar inadmisibles por ex temporáneo el recurso contencioso-administrativo, basándose para ello en la doctrina jurisprudencial" STS, 3 A. 27-VII-2011, REC 4212/2007. **(DERECHO COMPARADO)**.

De igual manera, es claro que procede la declaración de DESIERTO, CUANDO EL RECURSO DE APELACIÓN NO ES SUSTENTADO OPORTUNAMENTE O SE SUSTENTA DE MANERA DEFICIENTE. Valga decir, sin argumentación suficiente para respaldar el disenso, decisión contra la cual sólo procede el recurso de reposición.

Finalmente, en esta primera parte, mal puede decirse QUE EL SUSCRITO NI INTERPUSO EL RECURSO Y MUCHO MENOS QUE NO LO SUSTENTÒ por cuanto obra en el expediente el escrito de SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE ALZADA PRESENTADO DESDE EL PASADO 09 DE AGOSTO DE 2023, y dirigido a ese HONORABLE TRIBUNAL SUPERIOR SALA CIVIL DE ESTE DISTRITO JUDICIAL, COSA DIFERENTE ES QUE SE HAYA REMITIDO AL CORREO ELECTRÓNICO INSTITUCIONAL DEL JUZGADO 29 CIVIL DEL CIRCUITO DE ESTA CIUDAD QUE CONOCIÒ DEL ASUNTO EN PRIMERA INSTANCIA, pero que sin lugar a dudas DEBE APARECER EN EL EXPEDIENTE DIGITAL Y HABER SIDO REMITIDO JUNTO CON TODAS SUS PIEZAS A ESE HONORABLE TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL EN SU SALA CIVIL. Y además lo evidencio con la prueba que allego DE REMISIÓN DE LA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE ALZADA DESDE MI CORREO ELECTRÓNICO PROFESIONAL WLLYLEGAL@HOTMAIL.COM y dirigido al del juzgado 29 civil del circuito de BOGOTÀ, el pasado miércoles 09 de agosto de 2023 a las 4:30 P.M. AL CORREO INSTITUCIONAL DE DICHO DESPACHO CCTO29@CENDOJ.RAMAJUDICIAL.GOV.CO,

- b. Ahora bien, el inciso 3º. Del Art. 14 del Dec. 806 de 2020, prescribe que si el recurso de apelación no se sustenta dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria del auto que lo admite, se declarará desierto. Así lo estipula:

"Ejecutoriado el auto que Admite el recurso o el que niega la solicitud de pruebas, el apelante deberá sustentar el recurso a más tardar dentro de los cinco días (5) siguientes. De la sustentación se correrá traslado a la parte contraria por el término de cinco días (5).

Vencido el término de traslado se proferirá sentencia escrita que se notificará por estado. Si no se sustenta oportunamente el recurso, se declarará desierto”.

Al respecto, la Honorable Corte Suprema de Justicia de Colombia SALA DE CASACIÓN CIVIL en **sentencia STC5168-2020** señaló la procedencia de la citada consecuencia cuando la alzada no se sustenta en la oportunidad comentada así:

“Al margen de lo expresado en precedencia, ninguna irregularidad revela la gestión del colegiado atacado, pues, de conformidad con el Decreto Legislativo 806 del 04 de junio de 2020, expedido por el Gobierno Nacional, con miras a “(...), Implementar el uso de las tecnologías de la información (...), en las actuaciones judiciales (...)”, en el marco de la pandemia por el virus SARS-Co.V-2, la sustentación de la alzada frente a sentencias, debe realizarse en la oportunidad consagrada en el inciso tercero de su artículo 14, so pena de ser declarado desierto”.

Luego en **Sentencia STC005-2021**, la misma sala del órgano de cierre consideró:

“4.3. Con base en la comentada reforma, el tribunal criticado dictó el proveído del 7 de octubre de 2020, corriendo traslado para presentar la sustentación escrita frente a la sentencia de primera instancia, proferida el 23 de septiembre de 2020 y apelada en la misma fecha, esto es, en vigencia del art. 14 del DEC. LEGISLATIVO 806 DE 2020.

Luego, no hay duda sobre el acierto de la sentenciadora ad-quem al optar por la regla en comento, la cual imponía a la apelante exponer las razones de su censura contra la decisión de mérito del juzgado segundo promiscuo de familia dentro de los cinco (5) días siguientes al requerimiento realizado, so pena de ser declarado desierto, como en efecto ocurrió.”.

5. Conviene puntualizar. Igualmente, la ausencia de arbitrariedad o “criminalidad” en la determinación del tribunal fustigado, por el hecho de no haber considerado satisfecha la carga procesal de sustentación de recurso “los 50 minutos” de exposición ante el a quo, porque el art. 322 del C. G. DEL P., exige la fundamentación de al remedio ante el superior y así lo ha decantado esa colegiatura en pretéritas ocasiones y de manera unánime.”. Negrillas del tribunal.

-Es de tener en cuenta que seguidamente la Corte Suprema de Justicia SALA DE CASACIÓN CIVIL en sentencia STC5497-2021 dejó en claro que en tratándose de apelaciones que se tramitan conforme el Dec. 806 de 2020, SI LAS MISMAS FUERON SUSTENTADAS EN LA PRIMERA INSTANCIA, NO ERA NECESARIO SUSTENTARLAS DENTRO DEL TÉRMINO SEÑALADO EN EL INCISO TERCERO (3°), DEL ART. 14 DEL DEC. 806 DE 2020, AL TENOR LITERAL EXPUSO.

“Bajo esa perspectiva, en vigencia del Dec. Legislativo 806 de 2.020, si desde el umbral de la interposición del recurso de alzada el recurrente expone de manera completa los reparos por los que está en desacuerdo con la providencia judicial, no hay motivo para que el superior exija la sustentación de la impugnación (...)”.
Resaltado y negrillas mía, pero el tenor literal es del texto de la sentencia.

Por todo lo expuesto. Se recoge la postura que sobre esta particular temática había adoptado la sala hasta la fecha, con el propósito de conceder la salva guarda pretendida con el Escrito de tutela presentado ante esta corporación, al menos por el tiempo de la vigencia de la mencionada norma de emergencia”.

De suerte que hubo un cambio de postura frente a lo que se venía considerando en relación a la aplicación de la sanción contenida en el inciso 3°. Del art. 14 del Dec. 806 de 2020, y a partir de esa nueva postura, esta Sala emitió decisión dentro de los expedientes números **23.001.31.03.004.2019.00309.01 Folio 86-2021** y **23.001.31.10.002.2019.00643.01 Folio 106-2021** acogiendo la misma.

- c. Así mismo, con todo respeto lo señalo; mal puede esa Honorable Magistrada y demás miembros de esa corporación “TAPARSE LOS OJOS O VENDÁRSELOS” y no observar que en el expediente REPOSA DE VIEJA DATA (DESDE AGOSTO 09 DE 2023) **LA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE ALZADA Y EN ESPECIAL DIRIGIDO AL HONORABLE TRIBUNAL, (PRUEBA QUE ARRIMO CON ESTE RECURSO DE ALZADA PERO QUE YA OBRA EN EL EXPEDIENTE EN FECHA 09 DE AGOSTO DE 2023)**, aun cuando haya sido enviado al correo electrónico del Juzgado 29 Civil del Circuito que conoció del asunto en primera instancia es decir que la sustentación del recurso **SI FUE APORTADA DENTRO DEL TÉRMINO LEGAL PARA EL EFECTO, INDEPENDIENTEMENTE DE QUE NO LO HAYA SIDO AGREGADA DENTRO DE LOS CINCO DIAS OTORGADOS POR ESA HONORABLE CORPORACIÓN SINO CON ANTERIORIDAD**; COSA MUY DIFERENTE ES QUE HUBIERE SIDO APORTADO DESPUÉS DE DICHO TÉRMINO, DE VENCIDOS DICHOS PLAZOS LEGALES, luego entonces mal puede decirse que el RECURSO DE ALZADA NO SE SUSTENTÓ DENTRO DEL TÉRMINO LEGAL NI DE MANERA SUFICIENTE, comoquiera que EN DIEZ FOLIOS PRESENTADOS POR EL SUSCRITO DENTRO DE LOS CINCO DIAS (5) HÁBILES SIGUIENTES A LA CONCESIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN POR EL A QUO, PENSAR Y ACTUAR DIFERENTE ES HILAR MUY DELGADITO, CON TODO RESPETO LO SEÑALO, A SABIENDAS QUE EL MEMORIAL QUE SUSTENTA EL RECURSO OBRA DENTRO DEL EXPEDIENTE Y AL MOMENTO EN QUE SE DEBE EXAMINAR QUE SI SE PRESENTÓ O NO, QUE SI OBRA DENTRO DEL MISMO O NO, Y SI SE ALLEGÒ DENTRO DEL TÉRMINO LEGAL Y POR ESCRITO COMO LO SEÑALA LA NORMA Y LA JURISPRUDENCIA EN CITA, MAL PODRÍA MANTENERSE LA DECISIÓN DE DECLARAR DESIERTO EL ACLAMADO RECURSO DE ALZADA INTERPUESTO LEGAL Y OPORTUNAMENTE POR EL SUSCRITO EN CONTRA DE LA PLURI CITADA SENTENCIA. **Esto REPELE A UN ESTADO DE DERECHO EN DONDE DEBE PRIMAR EL DERECHO SUSTANTIVO SOBRE EL PROCEDIMENTAL Y EL ESTADO ENCARNADO EN ESTE EVENTO POR ESA HONORABLE CORPORACIÓN DEBE SER EL PRINCIPAL GARANTE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS COMO EN ESTE CASO EL DEL DEBIDO PROCESO, LA IGUALDAD DE LAS PARTES ANTE LA LEY, LA PRIMACIA DEL DERECHO SUSTANTIVO SOBRE EL PROCEDIMENTAL Y SOBRE TODO EL ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA QUE LE**

7

ASISTE A MI REPRESENTADA QUE SE VAA VER AFECTADA POR LA DECISIÒN DE ESA HONORABLE CORPORACIÒN DE QUE A PESAR DE ESTAR EL DOCUMENTO QUE EXTRAÑA DENTRO DEL EXPEDIENTE NO VAA “ABRIR LOS OJOS Y OBSERVAR” EL ARGUMENTO DE SUSTENTACIÒN REMITIDO Y PRESENTADO OPORTUNAMENTE AL EXPEDIENTE Y EN DEBIDA FORMA INCORPORADO.

d. Igualmente, con todo respeto lo señalo, **LAS DECISIONES ILEGALES NO ATAN NI AL JUEZ NI A LAS PARTES**, y comoquiera que al momento en que se me corre traslado para sustentar el recurso, LA SUSTENTACIÒN DEL MISMO YA ESTABA DENTRO DEL EXPEDIENTE, ES POR ESO QUE CONSIDERO LA DECISIÒN ES ILEGAL; **Y ADEMÀS POR ESO ES QUE RUEGO SE REPONGA EL AUTO ATACADO Y EN SUBSIDIO SE INTERPONE EL RECURSO DE QUEJA CON LOS MISMOS ARGUMENTOS QUE AHORA ESBOSO.**

e. **PRIMACIÀ DEL DERECHO SUSTANTIVO SOBRE EL PROCEDIMENTAL.**

Finalmente, con todo respeto lo señalo Honorables Magistrados, debe PRIMAR EL DERECHO SUSTANTIVO SOBRE EL PROCEDIMENTAL, y así lo han señalado la Jurisprudencia y la Doctrina nacionales en reiteradas oportunidades que no debe SUCUMBIR EL DERECHO SUSTANTIVO ANTE EL PROCEDIMENTAL SINO VICEBERSA, EL FIN ÚLTIMO DEL PROCEDIMIENTO ES LLEGAR Y BUSCAR POR PARTE DEL FUNCIONARIO JUDICIAL LA VERDAD VERDADERA Y DICTAR SENTENCIAS O TOMAR DECISIONES JUDICALES AJUSTADAS A DERECHO Y CON FUNDAMENTO EN LAS PRUEBAS LEGAL Y OPORTUNAMENTE ARRIMADAS AL PLENARIO.

3º. RECURSOS Y PETICIÒN.

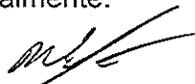
Por las potísimas razones expuestas es que ruego de esa Honorable Corporaciòn se **REPONGA LA DECISIÒN ATACADA** y se le dé trámite el recurso de alzada impetrado y sustentado legal y oportunamente; **Y EN SUBSIDIO DE SER PROCEDENTE INTERPONGO EL RECURSO DE QUEJA** a que se refiere la ley contra la citada decisiòn tomada por esa Honorable Corporaciòn.

4º. PRUEBAS.

Como pruebas ruego se revise integralmente el expediente digital y se observe la SUSTENTACIÒN DEL RECURSO DE ALZADA dirigido a esa Honorable Corporaciòn y remitido al CORREO INSTITUCIONAL DEL JUZGADO 29 CIVIL DEL CIRCUITO DE ESTA CIUDAD DE FECHA 08 (PRESENTADO Y REMITIDO AL CORREO INSTITUCIONAL DEL JUZGADO 29 CIVIL DEL CIRCUITO, EL 09 DE AGOSTO DE 2023, A ESO DE LAS 4:30 P.M, FECHA DEL ENVÍO AL CORREO INSTITUCIONAL DEL JUZGADO VEINTINUEVE CIVIL DEL CIRCUITO DE ESTA CIUDAD (29).

-Documento que apporto, que prueba el envío del recurso de alzada y su sustentación dirigido al Juzgado 29 Civil del Circuito de esta ciudad para que hiciera parte del expediente pero DIRIGIDO COMO DESTINATARIO O CON destino a su despacho, a esa honorable Corporación.

Cordialmente.



WILMAR OROZCO DUQUE
C.C. No. 10.265.968 de Manizales
T.P. No. 74.323 del C.S. de la J.
Apoderado del actor.

Favoritos

Cerrar Anterior Siguiente

Carpetas

REFERENCIA. VERBAL DE R.C.E. DE LUIS EDILBERTO RONDON HERNANDEZ VS. FLOTA VALLE DE TENZA Y OTROS. Rad. No. 2021-00013. SUSTENTACION RECURSO DE APELACION. Complemento. sustentacion recurso de

Ba... 7322

Corre... 28

Borr... 188

Eleme... 3

Pospuesto

Eleme... 1

Archivo

Notas

Fuentes ...

Historial...

Nueva c...

Unwanted

Crear car...

Carpetas...

Grupos

Nuevo gr...



Wilmar Orozco Duque

Para: Juzgado 29 Civil Circuito - Bogota - Bogota D.C.; charryabogado@hotmail.com; y 2 má Mié 9/08/2023 4:30 PM

TRIBUNAL SUPERIOR DE DIS...
4 MB

Señores
JUZGADO VEINTINUEVE CIVIL DEL CIRCUITO
Ciudad.

Ref. VERBAL DE R.C.E. DE LUIS EDILBERTO RONDON HERNANDEZ VS. FLOTA VALLE DE TENZA Y OTROS. SUSTENTACION RECURSO DE APELACION. Rad. No. 2021-00013.

De manera comedida y por medio del presente escrito, estando dentro del término legal para el efecto, me permito COMPLEMENTAR LA SUSTENTACION DEL RECURSO DE APELACION interpuesto contra la sentencia de primera instancia dictada por ese despacho el pasado tres de agosto de 2023.

Anexo. Lo enunciado.

Agradezco por favor se me confirme el recibido.

Cordialmente.

WILMAR OROZCO DUQUE
C.C. No. 10.265.968 de Manizales.
T.P. No. 74.323 del C.S. de la J.

Responder Responder a todos Reenviar

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR VALENZUELA VALBUENA RV: RAD. No. 110013103032202100104 - DTE. ALICIA FUENTES GARZÓN Y OTROS - DDO. ARSENIO UMBARILA PINZÓN - Asunto: Sustentación de recurso de apelación en contra de sentencia del 29 de septiembre de 2023

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Jue 26/10/2023 16:00

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

📎 2 archivos adjuntos (866 KB)

Sustentación de recurso de apelación.pdf; CertificadosPDF.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR VALENZUELA VALBUENA

Atentamente,



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

Av. Calle 24 No 53-28 Torre C Oficina 305
PBX 6013532666 Ext. 88349 – 88350 – 88378
Línea Nacional Gratuita 018000110194
Email: secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA
Secretario Judicial

De: David Felipe Gomez Torres <david@gomezyruiz.com>

Enviado el: jueves, 26 de octubre de 2023 3:43 p. m.

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Secretaría Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secscribupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

CC: David Cortes Montoya <dcortes@gomezyruiz.com>; Alicia Venegas <aliciav21967@hotmail.com>; David Cortes Montoya <dcortes@gomezyruiz.com>; arzez@hotmail.com; JOSE ENEIN RODRIGUEZ OYOLA <ninchoro@live.com>; Despacho 19 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <des19ctsbtta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: RAD. No. 110013103032202100104 - DTE. ALICIA FUENTES GARZÓN Y OTROS - DDO. ARSENIO UMBARILA PINZÓN - Asunto: Sustentación de recurso de apelación en contra de sentencia del 29 de septiembre de 2023

SEÑORES
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
M.P. GERMÁN VALENZUELA VALBUENA

E.S.D.

REF.

RADICADO: 110013103032-2021-00104-00

PROCESO: DECLARATIVO – RESPONSABILIDAD MEDICA

DEMANDANTES: ALICIA FUENTES GARZÓN Y OTROS

DEMANDADOS: ARSENIO UMBARILA PINZÓN

ASUNTO: Sustentación del recurso de apelación en contra de sentencia del 29 de septiembre de 2023

DAVID FELIPE GÓMEZ TORRES, mayor de edad, vecino de la ciudad de Bogotá D.C., identificado con cédula de ciudadanía No. 1.102.825.390 y tarjeta profesional No. 267.101 expedida por Consejo Superior de la Judicatura, con canal digital de notificaciones david@gomezyruiz.com inscrito ante el Registro Nacional de Abogados, obrando en mi calidad de apoderado judicial de los demandantes, por medio del presente correo [remito memorial](#).

ADJUNTO CERTIFICADO DE DIRECCIONES REGISTRADAS EN EL SIRNA

Copio a la contraparte en este correo electrónico.

Saludos cordiales,

David Gómez
Socio Ejecutivo
Gómez y Ruiz Abogados

[3102035315](tel:3102035315)
david@gomezyruiz.com
www.gomezyruiz.com
Cr.7 # 71-21, Oficina 906 T.B
Bogotá D.C.



SEÑORES
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA CIVIL
M.P. GERMÁN VALENZUELA VALBUENA
E. _____ S. _____ D.

REFERENCIA: PROCESO DECLARATIVO VERBAL DE MAYOR CUANTÍA DE RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL PROMOVIDO POR ALICIA FUENTES GARZÓN Y OTROS EN CONTRA DE ARSENIO UMBARILA PINZÓN.

RAD. No. 11001 31 03 032 2021 00104 01

Asunto.- Sustentación del recurso de apelación.

DAVID FELIPE GÓMEZ TORRES, mayor de edad, vecino de la ciudad de Bogotá D.C., identificado con cédula de ciudadanía No. 1.102.825.390 y tarjeta profesional No. 267.101 expedida por Consejo Superior de la Judicatura, con canal digital de notificaciones david@gomezyruiz.com inscrito ante el Registro Nacional de Abogados, en mi calidad de apoderado de la parte demandante, por medio del presente escrito me permito **SUSTENTAR** el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia del 29 de septiembre de 2023, para lo cual me permito reiterar y ratificar lo expuesto en los reparos y adiciono algunos argumentos más los cuales se presentan **en letra color rojo**:

I. AUSENCIA DE ANÁLISIS CONJUNTO E INTEGRAL DE LAS PRUEBAS.

El Juzgado al hacer la valoración probatoria, incurrió en los siguientes defectos:

- a) Hizo una valoración incompleta de las pruebas, pues omitió pruebas que eran especialmente relevantes para resolver el caso y no hizo un estudio en su conjunto.
- b) El análisis que hizo de las pruebas que sí tuvo en cuenta, no fue integral, es decir tomó algunas pruebas y las diseccionó, valorándolas de manera fraccionada sin tener en cuenta la totalidad de la prueba.

Estos defectos repercutieron en que el análisis de la culpa y del nexo de causalidad llevara a conclusiones distintas de las que debió haber llegado el Juzgado.

- a) Respeto del punto “a) *Hizo una valoración incompleta de las pruebas, pues omitió pruebas que eran especialmente relevantes para resolver el caso y no hizo un estudio en su conjunto.* “

Tal como se observa de la sentencia el Despacho no tuvo en cuenta de forma integral las siguientes pruebas:

- Si bien se refirió a la declaración de la médico Gineco-obstetra, la Dra. Nathalia Amaya Redondo, pero no se refirió ni a una sola de las páginas al documento del Dictamen Pericial.
- Historia clínica de la Clínica Proinfo IPS en examen neurológico del 31 de mayo 31/05/2016 se determinó lo siguiente:

VALORACION POR NEUROLOGIA: DX TROMBOSI SENOS VENOSOS. SINDROME CONVULSIVO SINTOMATICO SECUNADARIO. FACTOR DESENCADENANTE ANTICONCEPTIVO. EVOLUCION CON MEJORIA SI BIEN PERSITE CEFALEA DISCRETA Y SENSACION DE PARESSTESIAS CRANEALES. NO FOCALIZACION NUROLOGICA. TAC DE CONTROL ARAS HIPODENSAS SOBRE AREAS CONICDAS DE INFARTOS VENOSOS SIN EVIDENCIA DE COMPONENTE HEMOROGICO. PLAN: SUSPENDER FENITOINA E INCIARA LEVETIRACETAM 1 GRAMO CADA 12 HRS. INCIAR ANTICOAGUALCION CON WARFRAINA + ENOXA CON INR DIARIO HATA LLEVAR ESTE 2 - 2.5 PARA LUEGO EGRESO ACETAMINOFEN. SS LABORATORIOS DE CONTROL

- No revisó ni se pronunció sobre el Oficio del Invima suscrito por MARIA MARGARITA JARAMILLO PINEDA y enviado el 6 de diciembre de 2022.
 - Interrogatorios de parte, tanto las declaraciones de los demandantes, como las confesiones y contradicciones del médico demandado.
 - El dictamen pericial de los químicos farmacéuticos, CARMEN GISELA LÓPEZ BARRERA e IVÁN ALBERTO PUERTO GRAZÓN.
 - Las contraindicaciones del medicamento que incluso fue citado en el propio dictamen pericial de los químicos farmacéuticos.
 - Dictamen pericial en documentología del señor Grafólogo MARIO EFRAIN MURCIA PRIETO.
- b) Respecto de ***“b) El análisis que hizo de las pruebas que sí tuvo en cuenta, no fue integral, es decir tomó algunas pruebas y las diseccionó, valorándolas de manera fraccionada sin tener en cuenta la totalidad de la prueba.”***

Tal como se puede evidenciar, el Despacho basó su sentencia en las declaraciones del Dr. CLÍMACO ERNESTO OJEDA MONCAYO y de la Dra. NATHALIA AMAYA REDONDO, los cuales evaluó de manera fraccionada. Veamos:

- En cuanto a la Dra. NATHALIA AMAYA REDONDO manifestó el Despacho simplemente lo siguiente:

“En el dictamen rendido por la médica Nathalia Amaya Redondo indicó que el uso de bajas dosis de estrógenos se asocia con menor riesgo de tromboembolismo; que la LH reduce los quistes funcionales de ovario, valorando siempre el riesgo/beneficio; que en general “para esta paciente el uso de anticonceptivos orales combinados como el Diana 35 es categoría 3 es decir los riesgos teóricos o probados generalmente exceden las ventajas de utilizar este método y en consecuencia se debe escoger un método que sea de categoría 1 o categoría 2”. Y preguntada sobre si consideraba que la actuación del médico que ordenó el medicamento con Diane 35 a la paciente Alicia Fuentes se ajustaba a la lex artis indicó que “para realizar un análisis de la actuación del Dr, Umbarila es necesario revisar la historia clínica que no fue aportada para su respectivo estudio””.

Sin embargo, no tuvo en cuenta que la Dra. NATHALIA AMAYA REDONDO hizo muchas otras manifestaciones, relevantes para el caso, las cuales expongo:

- i) *Minuto 14:27 audiencia (8 de junio de 2023) “La trombosis venosa generalmente se asocia a múltiples factores de riesgo que se van sumando para aumentar el riesgo de la trombosis, entre esos está el uso de los anticonceptivos orales, la hipertensión, migraña y obesidad.*
- ii) *Minuto 17:54 “Se trata de una paciente mayor de 40 años, hipertensa crónica, con migraña y sobre peso, esos son los antecedentes relevantes en cuanto a las enfermedades propias de la paciente, en*

cuanto a los antecedentes familiares está la hipertensión de la madre y cardiopatía también de la madre de la paciente, esos antecedentes son relevantes para la formulación de los anticonceptivos orales en esta paciente”

- iii) *Minuto 18:56 “Digamos que no se considera un paciente apto o no apto, sino que se valoran los diferentes riesgos y los beneficios, y si hace un balance entre los riesgos y los beneficios, y se hace una categorización en diversas categorías para determinar, cuál es el anticonceptivo más conveniente para una paciente con estas condiciones clínicas, esta paciente se hace una categoría 3 de los anticonceptivos orales combinados, es decir que los riesgos teóricos o probables o probados, generalmente exceden las ventajas de utilizar este método, entonces no podemos decir apto o no apto, sino que se hace un balance entre los riesgos y los beneficios según la condición de la paciente y se toman la decisión de formular el anticonceptivo. Sin embargo, en este caso, en los antecedentes consignados en la historia clínica, el esposo de la paciente tenía un método de planificación quirúrgico, por tanto, no era indispensable para la paciente utilizar un anticonceptivo, que fuera categoría 3 porque tenía mayor riesgo en la parte cardiovascular y en la parte general de la paciente, cuando hay una enfermedad crónica, como hipertensión, migraña, y sobre peso es preferible utilizar medicamentos que tienen solamente progesterona, que serían categoría 2 para esta paciente.*
- iv) *Minuto 20:29 “Preguntado: ud podría indicarle al Despacho, digamos de acuerdo con el contenido del dictamen pericial, si ese estudio o ese análisis que ud nos acaba de indicar, debe hacerlo el médico o tiene el deber de hacerlo el médico antes de recetar el medicamento, DIANE 35. Respondió: Sí, sí es mandatorio cuando se formulan anticonceptivos, tener en cuenta los criterios de elegibilidad, que son los que rigen o dan las pautas, claro que eso no es una camisa de fuerza para formular el anticonceptivo, son una guía o recomendación en la que uno se basa, pues precisamente para evitar aumentar el riesgo cardiovascular o el riesgo de efectos secundarios, entre ellos el cáncer de seno, en las pacientes cuando se formulan anticonceptivos, es una recomendación que siempre se debe hacer y consignar en la historia clínica, considero que según los criterios de elegibilidad esta paciente es categoría x para formularle este medicamento, y para poder tomar la elección más conveniente para cada tipo de paciente porque todos los pacientes son diferentes.*
- v) *Minuto 21:44 “Preguntado: Doctora que quiere decir categoría x para los que no entendemos de ese tema. Respondió: No, son 4 categorías, y gracias por la pregunta, en la categoría 1 no existen restricciones para el uso del método anticonceptivo, en la categoría 2 las ventajas exceden los riesgos teóricos o probados, en la categoría 3 los riesgos teóricos o probados excedente los beneficios y en la categoría 4 es una condición en donde está contraindicado el método pues ya representa un riesgo inaceptable para la salud para la paciente, en el caso que nos ocupa los anticonceptivos orales para la paciente eran categoría 3, es decir que los riesgos superaban los beneficios.*
- vi) *Minuto 22:35 “Preguntado: ud podría informarle al Despacho si estos riesgos que superan los beneficios deben ser informados por el médico al paciente y si deben ser consignados en la historia clínica. Respondió: Sí es lo más recomendable, informarlos, digamos que no está reglamentado, que se deba hacer un consentimiento informado por anticonceptivos, pero sí se deben informar, de forma verbal y también ojalá consignar en la historia clínica, que se informan los riesgos al paciente, pero no es necesario por normatividad digamos que firmar un consentimiento informado, como se haría en el caso de*

un procedimiento quirúrgico o invasivo, pero sí deben informarlos y más que todo tenerlos en cuenta para hacer la formulación del medicamento.

Todas estas manifestaciones dejan con claridad que para la señora ALICIA FUENTES GARZÓN no era recomendable prescribir el medicamento DIANE 35, dado que los riesgos superaban su beneficio, todo lo cual también quedó consignado con claridad en el dictamen pericial escrito, en el que también indicó que el uso del DIANE 35 no era indicado para prevenir quistes o miomas complejo como los que padecía la señora la señora ALICIA FUENTES GARZÓN según lo evidenció en la ecografía pélvica de 2016.

- En cuanto al testimonio de CLÍMACO ERNESTO OJEDA MONCAYO, sólo se tuvo en cuenta que manifestó que el medicamento no podía ser la causante de la trombosis, pero no lo contrastó con otras pruebas que demuestran grandes contradicciones en su dicho. Veamos:
 - ✓ Historia clínica de la Clínica Proinfo IPS en examen neurológico del 31 de mayo 31/05/2016 se determinó lo siguiente:

31/05/2016 BÁSICOS
IDX: G400-SINDROME CONVULSIVO A ESTUDIO

VALORACION POR NEUROLOGIA: DX TROMBOSI SENOS VENOSOS. SINDROME CONVULSIVO SINTOMATICO SECUNADARIO. **FACTOR DESENCADENANTE ANTICONCEPTIVO.** EVOLUCION CON MEJORIA SI BIEN PERSITE CEFALEA DISCRETA Y SENSACION DE PARESSTESIAS CRANEALES. NO FOCALIZACION NUROLOGICA. TAC DE CONTROL ARAS HIPODENSAS SOBRE AREAS CONICDAS DE INFARTOS VENOSOS SIN EVIDENCIA DE COMPONENTE HEMOROGICO. PLAN: SUSPENDER FENITOINA E INCIARA LEVETIRACETAM 1 GRAMO CADA 12 HRS. INCIAR ANTICOAGUALCION CON WARFRAINA + ENOXA CON INR DIARIO HATA LLEVAR ESTE 2 - 2.5 PARA LUEGO EGRESO ACETAMINOFEN. SS LABORATORIOS DE CONTROL

El testimonio del Dr. Clímaco Ernesto Ojeda Moncayo, realmente quedó en entredicho su declaración, pues dicho documento dejó sentado con total claridad y contundencia que el médico señaló: “FACTOR DESENCADENANTE ANTICONCEPTIVO”, no indicó que fuera un posible desencadenante, ni tampoco que se tratara, como lo dijo en su testimonio, de un aviso para el futuro, por si acaso, sino que para el caso en concreto de la señora ALICIA FUENTES GARZÓN ese fue el desencadenante.

- ✓ Por su puesto que la paciente podría tener antecedentes o predisposición al medicamento, de hecho, así lo indicó la médico Ginecoobstetra NATHALIA AMAYA REDODON, quien con 22 años de experiencia y magistrada el Tribunal de Ética Médica de Cundinamarca, señaló que para la señora ALICIA FUENTES GARZÓN con sus antecedentes y edad tenía un riesgo alto de padecer trombosis por la ingesta del medicamento DIANÉ – 35, por lo que no era medicamento no era recomendable el uso de ese medicamento, incluso, indicó que para el tipo de miomas o quistes en los ovarios que ella tenía no ni siquiera era útil¹. Esto es concordante con el Oficio del INVIMA, el cual destaca la alerta que el INVIMA impartió en diciembre de 2013 en el sentido de no recomendar el uso de anticonceptivos, como el DIANÉ - 35 para tratamientos distintos al de método anticonceptivo, pues su eficacia para otros usos, como tratamiento para el ACNÉ, supera los riesgos frente al beneficio.

¹ 15. *Sírvase informar al despacho si usted considera que la actuación del médico que ordeno el tratamiento con Diane 35 a la paciente Alicia Fuentes, se ajusta a lex artis.*

*Para realizar un análisis de la actuación del Dr. Umbarila es necesario revisar la historia clínica que no fue aportada para su respectivo estudio. **En cuanto a la elección que hizo del método anticonceptivo escogió uno de categoría 3 según los antecedentes y la condición médica de esta paciente que significa que los riesgos superan los beneficios,** era preferible optar por los de categoría 1 o 2 que son más seguros, no está clara la indicación del uso de anticonceptivos en esta paciente porque cuento con la historia clínica. **Si bien los anticonceptivos al suprimir las hormonas estimulantes de ovario, pueden prevenir los quistes funcionales de ovario, no es una indicación para su uso y sobre todo cuando se trata que un quiste complejo de ovario según lo anotado en la ecografía pélvica del año 2016.***

Precisamente, si se escucha el testimonio del doctor Clímaco Ernesto Ojeda, es claro que él se refirió al uso del DIANÉ 35 como método anticonceptivo, y no para otros usos distintos a ese, como en este caso lo recetó el señor ARSENIO UMBARILA PINZÓN, que fue para suprimir quistes en los ovarios.

Como quedó claro de todas las pruebas, la señora ALICIA FUENTES GARZÓN no acudió a la cita médica para una planificación familiar o para un tratamiento de anticoncepción, sino para el tratamiento de unos miomas o quistes en los ovarios, lo cual fue incluso reconocido por el médico en su interrogatorio de parte, por lo que era no sólo inútil recetar el DIANÉ 35 para el tratamiento de los quistes en los ovarios, sino, además, le generaba más riesgos que ventajas, como en efecto ocurrió.

- ✓ El Oficio del INVIMA es claro que los anticonceptivos orales como el DIANE 35 no deben ser utilizados para otros usos como el de tratamiento para el ACNÉ, o, en este caso, para supresión de quistes o miomas en los ovarios, pues su uso indicado por el INVIMA es como método anticonceptivo.

II. INDEBIDO ANÁLISIS DE LA CAUSA DE LA TROMBOSIS Y NEGLIGENCIA DEL MÉDICO.

En cuanto al análisis de la causa de la trombosis, es claro que son múltiples las pruebas dejadas de analizar y valorar integralmente por el Despacho, que, al revisarse en su conjunto, dejan claro que sí lo fue en este caso.

Repito para el Despacho, fue suficiente el testimonio del señor CLÍMACO ERNESTO OJEDA MONCAYO, quien simplemente dijo que, contrario a lo que había consignado en historia clínica del 31 de mayo de 2016 de la Clínica PROINFO, el allí se refirió el medicamento DIANE 35 como una recomendación a futuro para que no lo tomara, pero resulta muy extraño tal manifestación, pues la redacción es de lo consignado en la historia clínica, para nada sugiere ese entendimiento. De ninguna manera se observa que dijera “POSIBLE DESENCADENAMENTE ANTICONCEPTIVO” o “ABSTÉNGASE DE CONSUMIR EL ANTICPONCEPTIVO”, sino que con total claridad indicó “FACTOR DESENCADENANTE ANTICONCEPTIVO”.

Como lo dije, si el médico hubiera querido decir que era un posible desencadenante o que era una recomendación, así se hubiera consignado en la historia clínica, puesto que ésta debe ser clara y comprensible, lo cual no se acompasa con su dicho.

De igual forma, es claro que hay también indicios que dan lugar a establecer que ese fue el desencadenante, pues la señora ALICIA FUENTES GARZÓN fue a consulta médica el día 6 de mayo de 2016 con el señor ARSENIO UMBAILA por quistes o miomas en los ovarios, lo cual fue confesado por el demandando en la contestación al hecho 5 de la contestación de la demanda, en donde reconoció que esa fue la razón o motivo por la cual la señora fue consultarlo, pero hasta ese momento no había padecido ningún síntoma, ni nada, fue sólo cuando empezó a tomar el medicamento cuando empezó a sentirse mal.

Luego según el médico en consulta del 14 de mayo de 2016 le dijo a la señora Alicia y el señor José, que ella debía tomarse la mitad de la pastilla, pero acá en este proceso de manera tergiversada dijo que le había dicho que la suspendiera, lo cual no es verdad. Pero, si fuera verdad que le hubiera dicho que suspendiera el medicamento, ¿por qué lo habría dicho? ¿con que finalidad lo hubiera dicho?

En la dudosa historia clínica, que según dictamen pericial de documentología “fue de reciente elaboración”, lo cual no resultó controvertido, pues no se aportó dictamen de contradicción ni se requirió su interrogatorio por la demandada, se puso una manifestación de que supuestamente de le ordenó suspender el medicamento, pero en

ninguna de las órdenes médicas que la señora ALICIA FUENTES GARZÓN aportó aparece tal orden de suspensión. Las dudas planteadas sobre el hecho de que el médico no llevaba historia clínica, además de haber sido planteadas en la demanda, en el dictamen pericial grafológico y documentólogo, MARIO EFRAIN MURCIA PRIETO, fue explicado por los demandantes en el interrogatorio de parte. Me pregunto ¿qué sentido hubiera tenido que la demandante no hacer caso a la supuesta orden del médico de suspender el medicamento? ¿acaso sugiere el médico que la señora ALICIA FUENTES GARZÓN y su esposo querían que ella expusiera su propia vida? ¿por qué es tan insistente el médico en la orden **inexistente** de que debía suspender el medicamento si no hubiera podido ser el causante de la trombosis de la señora ALICIA FUENTES GARZÓN?

Digo que la orden es inexistente, pues la señora ALICIA FUENTES GARZÓN y el señor JOSÉ RODRÍGUEZ, son claros en que la orden del médico fue disminuir a la mitad el medicamento y no suspenderlo. ¿por qué razón la paciente y su esposo no le hubieran hecho caso al médico? El hecho de que supuestamente aparece consignada esa supuesta orden del médico de suspender el medicamento en la historia clínica aportada por el médico es un hecho de dudosa credibilidad si ésta parece que fue abierta el 9 de febrero de 2012 y finalizada el 14 de mayo de 2016, lo cual coincide exactamente con las mismas prescripciones médicas que se aportaron con la demanda, pero en el descorre del traslado de las excepciones se aportaron muchas más que datan del año 2009. Y agréguese a lo anterior que el perito grafólogo y documentólogo, fue contundente en que la historia clínica aportada en original fue revisada y evidenció que fue de “reciente elaboración”, que no tenía la antigüedad del año 2012, pues es imposible que 10 años después se mantuviera en perfectas condiciones, máxime cuando en interrogatorio de parte el médico ARSENIO UMBARILA salió con la historia de que supuestamente se le había inundado el archivo y que por eso había perdido historias clínicas, pero que ésta la había logrado rescatar.

En el dictamen pericial grafológico, además de que se demostró que la historia clínica fue de “reciente elaboración”, quedó claro que **las firmas de la historia clínica y las firmas de las órdenes médicas son diferentes, lo cual no tiene sentido si se hubieran firmado el mismo día o en la misma época que hizo las órdenes médicas, sino que esos cambios se evidencia únicamente con el paso de un tiempo considerable, lo cual coincide con lo que dijeron los demandantes en interrogatorio de parte en cuanto a que el médico no llevaba historia clínica.**

Ahora, a lo anterior se le debe agregar lo expuesto por el INVIMA en su Oficio, en el cual fue contundente en decir:

Como dato adicional, la agencia francesa de medicamentos anunció la intención de suspender la autorización de comercialización de Diane 35 (acetato de ciproterona 2 mg/etinilestradiol 35 microgramos) y sus genéricos para el tratamiento del acné debido al riesgo de Tromboembolismo Venoso (TEV), la eficacia de este tratamiento para el control del acné era solo moderada y existen tratamientos alternativos para el acné. No se suspendió su manejo como anticonceptivo oral (AOC).

Ahora bien, el Invima realizo su respectiva alerta con este riesgo en diciembre de 2013, presentando un comunicado dirigido a los profesionales de la salud, donde reconoció el riesgo de tromboembolismo asociado a los anticonceptivos hormonales combinados (AHC), tanto orales como en forma de parche transdérmico o anillo vaginal. Lo anterior, con base en la información publicada por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, con respecto a la revisión realizada por el Comité Europeo para la Evaluación de Riesgos en Farmacovigilancia.”[...].

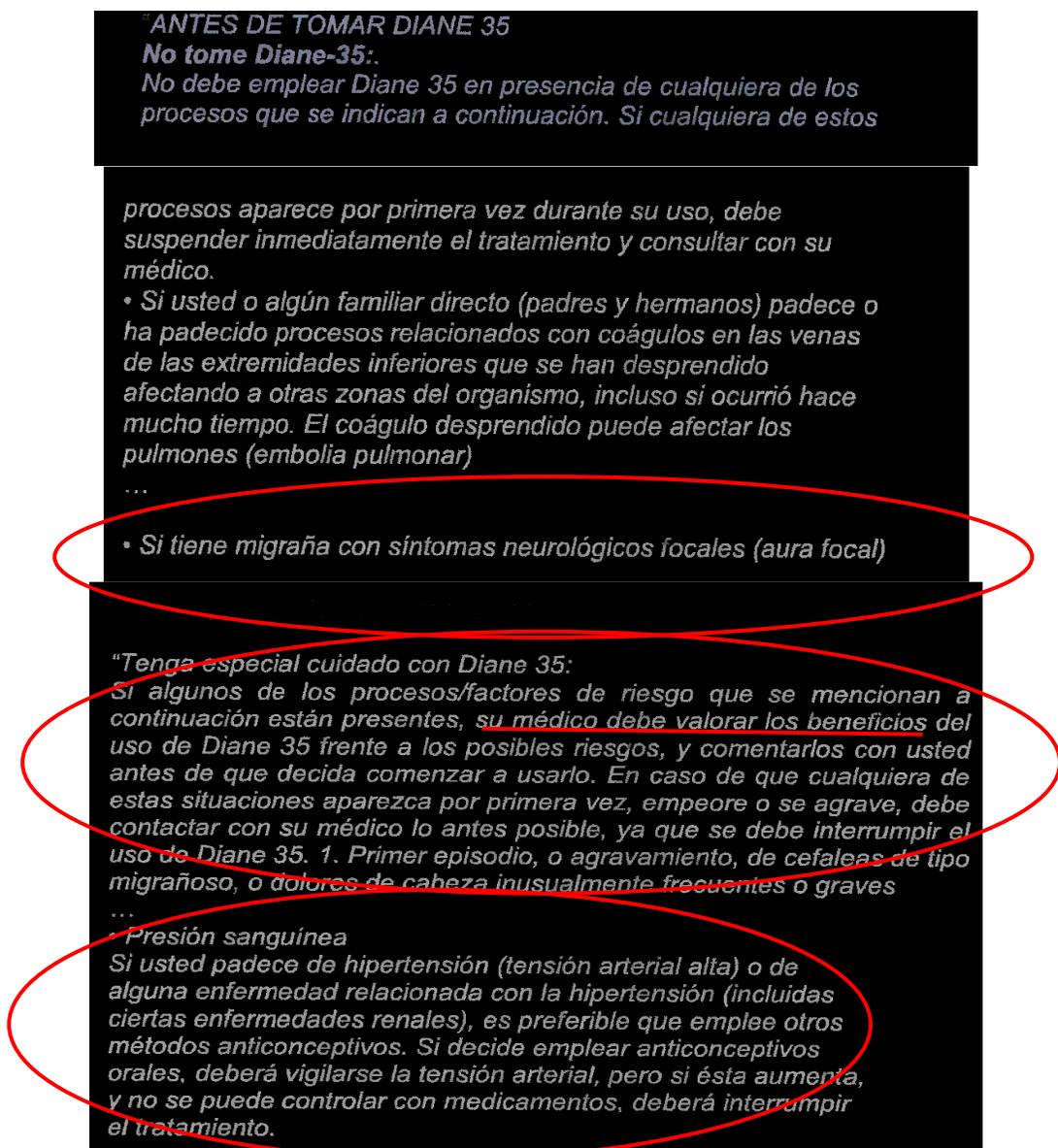
Una entidad como el INVIMA, que es una autoridad en la materia, no lanza una alerta de este tipo de Alertas si no es existe un riesgo real de que el anticonceptivo oral genera una trombosis.

A esto se le debe adicionar que la Dra. NATHALIA AMAYA REDONDO fue enfática que el accidente cerebrovascular, si bien no se produce sólo, pues es multifactorial, es claro que ese riesgo se aumenta y se hace posible cuando una persona, como la señora ALICIA FUENTES GARZÓN, tiene antecedentes que propician su causación.

En otras palabras, recetar el medicamento DIANE 35 a una persona que tiene los siguientes antecedentes de cefaleas migrañosas, edad mayor de 40 años, peso, preclamsia, hipertensión y papiloma humano, el riesgo de padecer una trombosis se hace mayor y posiblemente realizable.

Ahora, en el documento de explicativo del medicamento DIANE 35, según da cuenta el dictamen pericial de los químicos farmacéuticos, en el que se señalan las contraindicaciones y efectos secundarios de éste, se evidencia que en pacientes con antecedentes de **migraña, preclamsia e hipertensión no se debe suministrar este medicamento por riesgo de trombosis.** Veamos:

En la página 5 del dictamen pericial se pone una imagen de la caja de DIANE 35 e indica que se deben leer las contraindicaciones, las cuales indican:



Estas contraindicaciones, coinciden con lo indicado por el INVIMA y por la Dra. NATHALIA AMAYA REDONDO en establecer que, con ciertos antecedentes, los cuales tenía la señora ALICIA FUENTES GARZÓN, existe un riesgo real, no meramente potencial, de padecer trombosis, lo cual le correspondía analizar, al médico y no la paciente, como lo indica tanto el medicamento como lo expresó la Dra. NATHALIA AMAYA REDONDO.

El hecho es que es cierto que a los pocos días (menos de 8 días para ser exactos) de que la señora ALICIA FUENTES GARZÓN empezó el medicamento, empezó a tener malestar por lo que acudió el 14 de mayo de 2016 al médico ARSENIO UMBARILA quien le dijo que redujera la dosis a la mitad, y a tan sólo a los 6 días siguientes padeció el accidente cerebro vascular, lo que es una prueba indiciaria que se suma a las demás pruebas para establecer que este medicamento fue el causante o desencadenante del accidente cerebro vascular.

Sobre la importancia de la prueba indiciaria, sumada a las demás pruebas indicadas anteriormente, en materia de la prueba del nexo causal, el Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 76001-23-31-000-1999-01353-01 (31075) del 29 de enero de 2014, C. P. Carlos Alberto Zambrano, señaló que “*En torno a la responsabilidad de las entidades de salud, la Sección Tercera de esta Corporación ha señalado que le corresponde a la parte actora acreditar la falla en la prestación del servicio médico, el daño y la relación de causalidad entre estos dos elementos, para lo cual podrá valerse de todos los medios probatorios legalmente aceptados, **cobrando particular importancia la prueba indiciaria**, que podrá construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso...*”, lo cual así se desprende sencillamente del artículo 242 del CGP.

Se suma a lo anterior, las siguientes manifestaciones del Dr. CLÍMACO, las cuales dan cuenta tanto del nexo causal como de la negligencia del médico, los cuales adiciono en esta sustentación:

- El Dr. CLÍMACO a minuto 34:07 de audiencia del 11 de agosto de 2023 explicó lo siguiente. PREGUNTADO: “Dr. Clímaco usted le podría indicar al Despacho, digamos, si una persona tiene algunas ciertas predisposiciones para una trombosis venosa es recomendable que tome el Diané 35? CONTESTADO: NO, si la persona tiene predisposiciones como le dije antes, NO CONVENDRÍA QUE TOME EL DIANÉ 35, A MENOS QUE LA PATOLOGÍA PARA LA CUAL ESTÁ INDICADA SUPERE EL BENEFICIO QUE VA A RECIBIR CON LA MEDICACIÓN...” Esto concuerda con lo que indicó la Dra. NATHALIA AMAYA REDONDO, quien indicó en su dictamen pericial que con los antecedentes de la señora ALICIA FUENTES GARZÓN al medicarle DIANÉ 35 se superaban los riesgos por encima de los beneficios.

- EL Dr. CLÍMACO a minuto 37:05 de audiencia del 11 de agosto de 2023. PREGUNTADO: ¿Dr. Ud anteriormente indicó que el Diané 35, los anticonceptivos pueden utilizarse para tratamientos relacionados con Ovarios Poliquísticos, existen otros tratamientos, para ovarios poliquísticos alternativos? CONTESTADO: eee, yo no soy, como le digo yo no soy ginecólogo, no podría conceptuar, pero creo que el tratamiento de elección es o quedar embarazado, que es la otra manera de aumentar las hormonas que inhiben este..... pero yo no soy el especialista en eso, pero creo que es uno de los tratamientos de elección me parece que ese, ME PARECE, yo no soy ginecólogo, soy neurólogo..., vemos la complicación, no ee, habría que preguntarle al ginecólogo, pero debe haber otros tratamientos alternativos....” Precisamente, como lo he indicado a lo largo de este escrito, la Dra. NATHALIA AMAYA REDONDO indicó en su dictamen pericial en la pregunta 15 del documento que para el quiste que padecía la señora ALICIA FUENTES GARZÓN, ese tratamiento con DIANÉ 35 era inocuo. “*Si bien los anticonceptivos al suprimir las hormonas estimulantes de ovario, pueden prevenir los quistes funcionales de ovario, no es una indicación para su uso y sobre todo cuando se trata que un quiste complejo de ovario según lo anotado en la ecografía pélvica del año 2016.*”

En ese orden de ideas, es más que claro que sí se probó el nexo de causalidad entre la prescripción del medicamento DIANE 35 a la señora ALICIA FUENTES GARZÓN y la trombosis que padeció, así como la negligencia del médico.

III. INDEBIDO ANÁLISIS DE LA CULPA Y EL NEXO DE CAUSALIDAD, LOS CUALES SE ENTREMEZCLAN EN LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA.

Sostuvo el Despacho que no se probó el incumplimiento de la LEX ARTIS por parte del galeno demandado, sin embargo, sí hay pruebas suficientes de ello.

Lo primero que debe decirse es que el estudio de la violación de la LEX ARTIS debe iniciarse partiendo de la Ley 23 de 1981, Código de Ética Médica, particularmente de los artículos 15 y 16 de esta ley.

El artículo 15 de la Ley 23 de 1981:

ARTÍCULO 15. El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos, y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente.

El artículo 16 de la Ley 23 de 1981:

ARTÍCULO 16. La responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto.

El médico advertirá de él al paciente o a sus familiares o allegados.

De acuerdo con las anteriores disposiciones, se extrae que:

- i) El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados.
- ii) La responsabilidad del médico por **reacciones adversas, inmediatas o tardías** por efecto del tratamiento no irá más allá del riesgo previsto.

Al descender al caso en concreto, se debe verificar con las pruebas aportadas si el galeno demandado incumplió las anteriores normas, para determinar si hay lugar a la responsabilidad y si eso fue a título de culpa.

- a) El Dr. ARSENIO UMBARILA expuso a riesgos injustificados a la señora ALICIA FUENTES GARZÓN tal como quedó demostrado y se ha manifestado anteriormente, dado que 1. Se le recetó un medicamento anticonceptivo que no era necesario porque no acudió al médico para buscar una planificación familiar o plan de anticoncepción, 2. Se le recetó un medicamento no era inútil o no era indicado para sus miomas o quistes en los ovarios que tenía ALICIA FUENTES GARZÓN según se indicó en la respuesta a la pregunta 15 del dictamen pericial, en la cual la perito señaló “*Si bien los anticonceptivos al suprimir las hormonas estimulantes de ovario, pueden prevenir los quistes funcionales de ovario, no es una indicación para su uso y sobre todo cuando se trata que un quiste complejo de ovario según lo anotado en la ecografía pélvica del año 2016.*”, y 3. Se le recetó un medicamento para un tratamiento en el que los riesgos superaban los beneficios o ventajas.
- b) Este análisis lo debió haber hecho el Dr. ARSENIO UMBARILA, tal como lo indicó la Dra. NATHALIA AMAYA REDONDO, como la señora ALICIA FUENTES GARZÓN no acudió por buscar un método de anticoncepción y

teniendo en cuenta su edad y demás condiciones y antecedentes, el médico sí debía evaluar los riesgos versus los beneficios, tal como quedó explicado en el dictamen pericial escrito y en su interrogatorio.

- c) En igual sentido, la Dra. NATHALIA AMAYA REDONDO explicó con base en lineamientos de la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD que el médico debe abstenerse de exponer al paciente a riesgos innecesarios, y que el riesgo en el caso de ALICIA FUENTES GARZÓN era evidente que era mayor de los beneficios o ventajas, por lo que era necesario analizar sus antecedentes.
- d) El Oficio del INVIMA, al igual que las propias indicaciones del medicamento DIANE 35 establecen con claridad los riesgos del medicamento teniendo en cuenta que el medicamento no se debe prescribir para otro uso diferente que el de anticonceptivo y que las personas con los antecedentes de la señora ALICIA FUENTES GARZÓN no se les debe suministrar el medicamento.
- e) A pesar, de las posibles circunstancias extrañas que rodean la historia clínica, sobre su fabricación reciente, en ella el Dr. UMBARILA establece que conocía los antecedentes del señor ALICIA FUENTES GARZÓN cuando formuló el medicamento del anticonceptivo.
- f) El médico ARSENIO UMBARILA en interrogatorio de parte manifestó que conocía los antecedentes de la señora ALICIA FUENTES GARZÓN. A minuto 1:51:40 se le preguntó al DOCTOR UMBARILA por qué le había medicado el medicamento DIANE 35 a la señora ALICIA FUENTES GARZÓN si precisamente él era consciente de que era una paciente riesgosa y le había ordenado unos exámenes de laboratorio de los que todavía no tenía resultado, a lo que respondió con evasivas indicando que la paciente venía completamente **“preocupada, triste, muy preocupada”, “porque no sabía a qué atenerse”, “que ella le dijo deme una solución ya, y por eso le prescribió el medicamento”** – A minuto 1:53:10 se le preguntó si correlacionó historia clínica o revisó otra documentación de historia clínica, a lo que respondió con evasivas nuevamente indicando **que de ella se sabía de las patologías que tenía anteriormente, que era lógico,** pero el juez tuvo que precisarlo, diciendo que él en respuestas anteriores indicó que tuvo en cuenta la ecografía en donde aparecía el diagnóstico con que venía, y así mismo indicó que tuvo en cuenta otras informaciones que de ella tenía en cuanto a **dolores de cabeza, migraña y otras situaciones,** pero le reiteró que lo que se le preguntaba es si **“tuvo en cuenta algunas otras circunstancias para poder hacer la prescripción de este medicamento”, a lo que dijo que tuvo en cuenta la complicación que podía presentarse si no hacía tratamiento alguno para el ovario poliquístico, pero nunca dijo nada sobre la “correlación de historia clínica”, y solamente dijo que sí había evaluado riesgos y beneficios de recetar el medicamento DIANE 35. Es decir, nunca manifestó haber correlacionado historia clínica.**

A minuto 1:32:29, en todo caso, dijo que sí conocía antecedentes médicos de la señora ALICIA FUENTES GARZÓN, entre otros *Virus de Papiloma Humado, PRECLAMSIA, cefaleas.*

Irresponsablemente, el señor UMBARILA indicó que a él iban los pacientes para que medicara y si él le pedían que medicara, pues él medicaba.

En otras palabras, el señor ARSENIO UMBARILA no explicó qué balance ni análisis hizo para tomar la decisión de exponer a la señora ALICIA FUENTES GARZÓN a un riesgo mayor que las ventajas que podía tener con el medicamento, que, como se indicó en líneas anteriores, no estaba indicado para suprimir el quiste o mioma de la complejidad de la que tenía la señora ALICIA FUENTES GARZÓN.

- g) De ningún lado, se observa que el señor ARSENIO UMBARILA hubiera advertido a la paciente ALICIA FUENTES GARZÓN de los riesgos a los que se veía expuesta, tanto así que, según el dictamen de los químicos farmacéuticos aportado por él, se indica que el deber conocer esos riesgos eran de la paciente y no del médico, lo cual es contradictorio con la información del medicamento que indica con claridad que es el médico el que debe informarlos y tomar la decisión de prescribir o no el medicamento.
- h) El Dr. CLÍMACO a minuto 34:07 de audiencia del 11 de agosto de 2023 explicó lo siguiente. PREGUNTADO: “Dr. Clímaco usted le podría indicar al Despacho, digamos, si una persona tiene algunas ciertas predisposiciones para una trombosis venosa es recomendable que tome el Diané 35? CONTESTADO: NO, si la persona tiene predisposiciones como le dije antes, NO CONVENDRÍA QUE TOME EL DIANÉ 35, A MENOS QUE LA PATOLOGÍA PARA LA CUAL ESTÁ INDICADA SUPERE EL BENEFICIO QUE VA A RECIBIR CON LA MEDICACIÓN...” Esto concuerda con lo que indicó la Dra. NATHALIA AMAYA REDONDO, quien indicó en su dictamen pericial que con los antecedentes de la señora ALICA FUENTES GARZÓN al medicarle DIANÉ 35 se superaban los riesgos por encima de los beneficios.

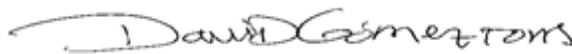
Así las cosas, es claro que también se demostró la negligencia y la violación de los artículos 15 y 16 de la Ley 23 de 1981, por lo que no hay duda de que la actividad negligente del médico conllevó a la causación del daño de la paciente y de su núcleo familiar.

Por lo anterior, me permito formular la siguiente:

IV. PETICIÓN.

De manera comedida, solicito al H. Tribunal que se revoque la sentencia del 29 de septiembre de 2023 y en su lugar acceda a las pretensiones formuladas en la demanda.

Atentamente,



DAVID GÓMEZ TORRES
C.C. No.1.102.825.390
T.P. No. 267.101 del C.S. de la J.

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR VALENZUELA VALBUENA RV: RAD. No. 110013103032202100104 - DTE. ALICIA FUENTES GARZÓN Y OTROS - DDO. ARSENIO UMBARILA PINZÓN - Asunto: Sustentación de recurso de apelación en contra de sentencia del 29 de septiembre de 2023

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.
<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Vie 27/10/2023 10:09 AM

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

 2 archivos adjuntos (866 KB)

Sustentación de recurso de apelación.pdf; CertificadosPDF.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR VALENZUELA VALBUENA

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: David Felipe Gomez Torres <david@gomezyruiz.com>

Enviado: viernes, 27 de octubre de 2023 9:35

Para: Secretaría Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>;
Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: David Cortes Montoya <dcortes@gomezyruiz.com>; Alicia Venegas <aliciav21967@hotmail.com>;
arzez@hotmail.com <arzez@hotmail.com>; JOSE ENEIN RODRIGUEZ OYOLA <ninchoro@live.com>; Despacho 19
Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <des19ctsbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: RV: RAD. No. 110013103032202100104 - DTE. ALICIA FUENTES GARZÓN Y OTROS - DDO. ARSENIO UMBARILA PINZÓN - Asunto: Sustentación de recurso de apelación en contra de sentencia del 29 de septiembre de 2023

SEÑORES
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
M.P. GERMÁN VALENZUELA VALBUENA
E.S.D.

REF.

RADICADO: 110013103032-2021-00104-00

PROCESO: DECLARATIVO – RESPONSABILIDAD MEDICA

DEMANDANTES: ALICIA FUENTES GARZÓN Y OTROS

DEMANDADOS: ARSENIO UMBARILA PINZÓN

ASUNTO: Sustentación del recurso de apelación en contra de sentencia del 29 de septiembre de 2023

DAVID FELIPE GÓMEZ TORRES, mayor de edad, vecino de la ciudad de Bogotá D.C., identificado con cédula de ciudadanía No. 1.102.825.390 y tarjeta profesional No. 267.101 expedida por Consejo Superior de la Judicatura, con canal digital de notificaciones david@gomezyruiz.com inscrito ante el Registro Nacional de Abogados, obrando en mi calidad de apoderado judicial de los demandantes, por medio del presente correo remito memorial.

-
ADJUNTO CERTIFICADO DE DIRECCIONES REGISTRADAS EN EL SIRNA

Copio a la contraparte en este correo electrónico.

Saludos cordiales,

David Gómez
Socio Ejecutivo
Gómez y Ruiz Abogados

[3102035315](tel:3102035315)
david@gomezyruiz.com
www.gomezyruiz.com
Cr.7 # 71-21, Oficina 906 T.B
Bogotá D.C.



SEÑORES
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA CIVIL
M.P. GERMÁN VALENZUELA VALBUENA
E. _____ S. _____ D.

REFERENCIA: PROCESO DECLARATIVO VERBAL DE MAYOR CUANTÍA DE RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL PROMOVIDO POR ALICIA FUENTES GARZÓN Y OTROS EN CONTRA DE ARSENIO UMBARILA PINZÓN.

RAD. No. 11001 31 03 032 2021 00104 01

Asunto.- Sustentación del recurso de apelación.

DAVID FELIPE GÓMEZ TORRES, mayor de edad, vecino de la ciudad de Bogotá D.C., identificado con cédula de ciudadanía No. 1.102.825.390 y tarjeta profesional No. 267.101 expedida por Consejo Superior de la Judicatura, con canal digital de notificaciones david@gomezyruiz.com inscrito ante el Registro Nacional de Abogados, en mi calidad de apoderado de la parte demandante, por medio del presente escrito me permito **SUSTENTAR** el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia del 29 de septiembre de 2023, para lo cual me permito reiterar y ratificar lo expuesto en los reparos y adiciono algunos argumentos más los cuales se presentan **en letra color rojo**:

I. AUSENCIA DE ANÁLISIS CONJUNTO E INTEGRAL DE LAS PRUEBAS.

El Juzgado al hacer la valoración probatoria, incurrió en los siguientes defectos:

- a) Hizo una valoración incompleta de las pruebas, pues omitió pruebas que eran especialmente relevantes para resolver el caso y no hizo un estudio en su conjunto.
- b) El análisis que hizo de las pruebas que sí tuvo en cuenta, no fue integral, es decir tomó algunas pruebas y las diseccionó, valorándolas de manera fraccionada sin tener en cuenta la totalidad de la prueba.

Estos defectos repercutieron en que el análisis de la culpa y del nexo de causalidad llevara a conclusiones distintas de las que debió haber llegado el Juzgado.

- a) Respeto del punto “a) *Hizo una valoración incompleta de las pruebas, pues omitió pruebas que eran especialmente relevantes para resolver el caso y no hizo un estudio en su conjunto.* “

Tal como se observa de la sentencia el Despacho no tuvo en cuenta de forma integral las siguientes pruebas:

- Si bien se refirió a la declaración de la médico Gineco-obstetra, la Dra. Nathalia Amaya Redondo, pero no se refirió ni a una sola de las páginas al documento del Dictamen Pericial.
- Historia clínica de la Clínica Proinfo IPS en examen neurológico del 31 de mayo 31/05/2016 se determinó lo siguiente:

VALORACION POR NEUROLOGIA: DX TROMBOSI SENOS VENOSOS. SINDROME CONVULSIVO SINTOMATICO SECUNADARIO. FACTOR DESENCADENANTE ANTICONCEPTIVO. EVOLUCION CON MEJORIA SI BIEN PERSITE CEFALEA DISCRETA Y SENSACION DE PARESSTESIAS CRANEALES. NO FOCALIZACION NUROLOGICA. TAC DE CONTROL ARAS HIPODENSAS SOBRE AREAS CONICDAS DE INFARTOS VENOSOS SIN EVIDENCIA DE COMPONENTE HEMOROGICO. PLAN: SUSPENDER FENITOINA E INCIARA LEVETIRACETAM 1 GRAMO CADA 12 HRS. INCIAR ANTICOAGUALCION CON WARFRAINA + ENOXA CON INR DIARIO HATA LLEVAR ESTE 2 - 2.5 PARA LUEGO EGRESO ACETAMINOFEN. SS LABORATORIOS DE CONTROL

- No revisó ni se pronunció sobre el Oficio del Invima suscrito por MARIA MARGARITA JARAMILLO PINEDA y enviado el 6 de diciembre de 2022.
 - Interrogatorios de parte, tanto las declaraciones de los demandantes, como las confesiones y contradicciones del médico demandado.
 - El dictamen pericial de los químicos farmacéuticos, CARMEN GISELA LÓPEZ BARRERA e IVÁN ALBERTO PUERTO GRAZÓN.
 - Las contraindicaciones del medicamento que incluso fue citado en el propio dictamen pericial de los químicos farmacéuticos.
 - Dictamen pericial en documentología del señor Grafólogo MARIO EFRAIN MURCIA PRIETO.
- b) Respecto de ***“b) El análisis que hizo de las pruebas que sí tuvo en cuenta, no fue integral, es decir tomó algunas pruebas y las diseccionó, valorándolas de manera fraccionada sin tener en cuenta la totalidad de la prueba.”***

Tal como se puede evidenciar, el Despacho basó su sentencia en las declaraciones del Dr. CLÍMACO ERNESTO OJEDA MONCAYO y de la Dra. NATHALIA AMAYA REDONDO, los cuales evaluó de manera fraccionada. Veamos:

- En cuanto a la Dra. NATHALIA AMAYA REDONDO manifestó el Despacho simplemente lo siguiente:

“En el dictamen rendido por la médica Nathalia Amaya Redondo indicó que el uso de bajas dosis de estrógenos se asocia con menor riesgo de tromboembolismo; que la LH reduce los quistes funcionales de ovario, valorando siempre el riesgo/beneficio; que en general “para esta paciente el uso de anticonceptivos orales combinados como el Diana 35 es categoría 3 es decir los riesgos teóricos o probados generalmente exceden las ventajas de utilizar este método y en consecuencia se debe escoger un método que sea de categoría 1 o categoría 2”. Y preguntada sobre si consideraba que la actuación del médico que ordenó el medicamento con Diane 35 a la paciente Alicia Fuentes se ajustaba a la lex artis indicó que “para realizar un análisis de la actuación del Dr, Umbarila es necesario revisar la historia clínica que no fue aportada para su respectivo estudio””.

Sin embargo, no tuvo en cuenta que la Dra. NATHALIA AMAYA REDONDO hizo muchas otras manifestaciones, relevantes para el caso, las cuales expongo:

- i) *Minuto 14:27 audiencia (8 de junio de 2023) “La trombosis venosa generalmente se asocia a múltiples factores de riesgo que se van sumando para aumentar el riesgo de la trombosis, entre esos está el uso de los anticonceptivos orales, la hipertensión, migraña y obesidad.*
- ii) *Minuto 17:54 “Se trata de una paciente mayor de 40 años, hipertensa crónica, con migraña y sobre peso, esos son los antecedentes relevantes en cuanto a las enfermedades propias de la paciente, en*

cuanto a los antecedentes familiares está la hipertensión de la madre y cardiopatía también de la madre de la paciente, esos antecedentes son relevantes para la formulación de los anticonceptivos orales en esta paciente”

- iii) *Minuto 18:56 “Digamos que no se considera un paciente apto o no apto, sino que se valoran los diferentes riesgos y los beneficios, y si hace un balance entre los riesgos y los beneficios, y se hace una categorización en diversas categorías para determinar, cuál es el anticonceptivo más conveniente para una paciente con estas condiciones clínicas, esta paciente se hace una categoría 3 de los anticonceptivos orales combinados, es decir que los riesgos teóricos o probables o probados, generalmente exceden las ventajas de utilizar este método, entonces no podemos decir apto o no apto, sino que se hace un balance entre los riesgos y los beneficios según la condición de la paciente y se toman la decisión de formular el anticonceptivo. Sin embargo, en este caso, en los antecedentes consignados en la historia clínica, el esposo de la paciente tenía un método de planificación quirúrgico, por tanto, no era indispensable para la paciente utilizar un anticonceptivo, que fuera categoría 3 porque tenía mayor riesgo en la parte cardiovascular y en la parte general de la paciente, cuando hay una enfermedad crónica, como hipertensión, migraña, y sobre peso es preferible utilizar medicamentos que tienen solamente progesterona, que serían categoría 2 para esta paciente.*
- iv) *Minuto 20:29 “Preguntado: ud podría indicarle al Despacho, digamos de acuerdo con el contenido del dictamen pericial, si ese estudio o ese análisis que ud nos acaba de indicar, debe hacerlo el médico o tiene el deber de hacerlo el médico antes de recetar el medicamento, DIANE 35. Respondió: Sí, sí es mandatorio cuando se formulan anticonceptivos, tener en cuenta los criterios de elegibilidad, que son los que rigen o dan las pautas, claro que eso no es una camisa de fuerza para formular el anticonceptivo, son una guía o recomendación en la que uno se basa, pues precisamente para evitar aumentar el riesgo cardiovascular o el riesgo de efectos secundarios, entre ellos el cáncer de seno, en las pacientes cuando se formulan anticonceptivos, es una recomendación que siempre se debe hacer y consignar en la historia clínica, considero que según los criterios de elegibilidad esta paciente es categoría x para formularle este medicamento, y para poder tomar la elección más conveniente para cada tipo de paciente porque todos los pacientes son diferentes.*
- v) *Minuto 21:44 “Preguntado: Doctora que quiere decir categoría x para los que no entendemos de ese tema. Respondió: No, son 4 categorías, y gracias por la pregunta, en la categoría 1 no existen restricciones para el uso del método anticonceptivo, en la categoría 2 las ventajas exceden los riesgos teóricos o probados, en la categoría 3 los riesgos teóricos o probados excedente los beneficios y en la categoría 4 es una condición en donde está contraindicado el método pues ya representa un riesgo inaceptable para la salud para la paciente, en el caso que nos ocupa los anticonceptivos orales para la paciente eran categoría 3, es decir que los riesgos superaban los beneficios.*
- vi) *Minuto 22:35 “Preguntado: ud podría informarle al Despacho si estos riesgos que superan los beneficios deben ser informados por el médico al paciente y si deben ser consignados en la historia clínica. Respondió: Sí es lo más recomendable, informarlos, digamos que no está reglamentado, que se deba hacer un consentimiento informado por anticonceptivos, pero sí se deben informar, de forma verbal y también ojalá consignar en la historia clínica, que se informan los riesgos al paciente, pero no es necesario por normatividad digamos que firmar un consentimiento informado, como se haría en el caso de*

un procedimiento quirúrgico o invasivo, pero sí deben informarlos y más que todo tenerlos en cuenta para hacer la formulación del medicamento.

Todas estas manifestaciones dejan con claridad que para la señora ALICIA FUENTES GARZÓN no era recomendable prescribir el medicamento DIANE 35, dado que los riesgos superaban su beneficio, todo lo cual también quedó consignado con claridad en el dictamen pericial escrito, en el que también indicó que el uso del DIANE 35 no era indicado para prevenir quistes o miomas complejo como los que padecía la señora la señora ALICIA FUENTES GARZÓN según lo evidenció en la ecografía pélvica de 2016.

- En cuanto al testimonio de CLÍMACO ERNESTO OJEDA MONCAYO, sólo se tuvo en cuenta que manifestó que el medicamento no podía ser la causante de la trombosis, pero no lo contrastó con otras pruebas que demuestran grandes contradicciones en su dicho. Veamos:
 - ✓ Historia clínica de la Clínica Proinfo IPS en examen neurológico del 31 de mayo 31/05/2016 se determinó lo siguiente:

31/05/2016 BÁSICOS
IDX: G400-SINDROME CONVULSIVO A ESTUDIO

VALORACION POR NEUROLOGIA: DX TROMBOSI SENOS VENOSOS. SINDROME CONVULSIVO SINTOMATICO SECUNADARIO. **FACTOR DESENCADENANTE ANTICONCEPTIVO.** EVOLUCION CON MEJORIA SI BIEN PERSITE CEFALEA DISCRETA Y SENSACION DE PARESSTESIAS CRANEALES. NO FOCALIZACION NUROLOGICA. TAC DE CONTROL ARAS HIPODENSAS SOBRE AREAS CONICDAS DE INFARTOS VENOSOS SIN EVIDENCIA DE COMPONENTE HEMOROGICO. PLAN: SUSPENDER FENITOINA E INCIARA LEVETIRACETAM 1 GRAMO CADA 12 HRS. INCIAR ANTICOAGUALCION CON WARFRAINA + ENOXA CON INR DIARIO HATA LLEVAR ESTE 2 - 2.5 PARA LUEGO EGRESO ACETAMINOFEN. SS LABORATORIOS DE CONTROL

El testimonio del Dr. Clímaco Ernesto Ojeda Moncayo, realmente quedó en entredicho su declaración, pues dicho documento dejó sentado con total claridad y contundencia que el médico señaló: “FACTOR DESENCADENANTE ANTICONCEPTIVO”, no indicó que fuera un posible desencadenante, ni tampoco que se tratara, como lo dijo en su testimonio, de un aviso para el futuro, por si acaso, sino que para el caso en concreto de la señora ALICIA FUENTES GARZÓN ese fue el desencadenante.

- ✓ Por su puesto que la paciente podría tener antecedentes o predisposición al medicamento, de hecho, así lo indicó la médico Ginecoobstetra NATHALIA AMAYA REDODON, quien con 22 años de experiencia y magistrada el Tribunal de Ética Médica de Cundinamarca, señaló que para la señora ALICIA FUENTES GARZÓN con sus antecedentes y edad tenía un riesgo alto de padecer trombosis por la ingesta del medicamento DIANÉ – 35, por lo que no era medicamento no era recomendable el uso de ese medicamento, incluso, indicó que para el tipo de miomas o quistes en los ovarios que ella tenía no ni siquiera era útil¹. Esto es concordante con el Oficio del INVIMA, el cual destaca la alerta que el INVIMA impartió en diciembre de 2013 en el sentido de no recomendar el uso de anticonceptivos, como el DIANÉ - 35 para tratamientos distintos al de método anticonceptivo, pues su eficacia para otros usos, como tratamiento para el ACNÉ, supera los riesgos frente al beneficio.

¹ 15. *Sírvase informar al despacho si usted considera que la actuación del médico que ordeno el tratamiento con Diane 35 a la paciente Alicia Fuentes, se ajusta a lex artis.*

*Para realizar un análisis de la actuación del Dr. Umbarila es necesario revisar la historia clínica que no fue aportada para su respectivo estudio. **En cuanto a la elección que hizo del método anticonceptivo escogió uno de categoría 3 según los antecedentes y la condición médica de esta paciente que significa que los riesgos superan los beneficios,** era preferible optar por los de categoría 1 o 2 que son más seguros, no está clara la indicación del uso de anticonceptivos en esta paciente porque cuento con la historia clínica. **Si bien los anticonceptivos al suprimir las hormonas estimulantes de ovario, pueden prevenir los quistes funcionales de ovario, no es una indicación para su uso y sobre todo cuando se trata que un quiste complejo de ovario según lo anotado en la ecografía pélvica del año 2016.***

Precisamente, si se escucha el testimonio del doctor Clímaco Ernesto Ojeda, es claro que él se refirió al uso del DIANÉ 35 como método anticonceptivo, y no para otros usos distintos a ese, como en este caso lo recetó el señor ARSENIO UMBARILA PINZÓN, que fue para suprimir quistes en los ovarios.

Como quedó claro de todas las pruebas, la señora ALICIA FUENTES GARZÓN no acudió a la cita médica para una planificación familiar o para un tratamiento de anticoncepción, sino para el tratamiento de unos miomas o quistes en los ovarios, lo cual fue incluso reconocido por el médico en su interrogatorio de parte, por lo que era no sólo inútil recetar el DIANÉ 35 para el tratamiento de los quistes en los ovarios, sino, además, le generaba más riesgos que ventajas, como en efecto ocurrió.

- ✓ El Oficio del INVIMA es claro que los anticonceptivos orales como el DIANE 35 no deben ser utilizados para otros usos como el de tratamiento para el ACNÉ, o, en este caso, para supresión de quistes o miomas en los ovarios, pues su uso indicado por el INVIMA es como método anticonceptivo.

II. INDEBIDO ANÁLISIS DE LA CAUSA DE LA TROMBOSIS Y NEGLIGENCIA DEL MÉDICO.

En cuanto al análisis de la causa de la trombosis, es claro que son múltiples las pruebas dejadas de analizar y valorar integralmente por el Despacho, que, al revisarse en su conjunto, dejan claro que sí lo fue en este caso.

Repito para el Despacho, fue suficiente el testimonio del señor CLÍMACO ERNESTO OJEDA MONCAYO, quien simplemente dijo que, contrario a lo que había consignado en historia clínica del 31 de mayo de 2016 de la Clínica PROINFO, el allí se refirió el medicamento DIANE 35 como una recomendación a futuro para que no lo tomara, pero resulta muy extraño tal manifestación, pues la redacción es de lo consignado en la historia clínica, para nada sugiere ese entendimiento. De ninguna manera se observa que dijera “POSIBLE DESENCADENAMENTE ANTICONCEPTIVO” o “ABSTÉNGASE DE CONSUMIR EL ANTICPONCEPTIVO”, sino que con total claridad indicó “FACTOR DESENCADENANTE ANTICONCEPTIVO”.

Como lo dije, si el médico hubiera querido decir que era un posible desencadenante o que era una recomendación, así se hubiera consignado en la historia clínica, puesto que ésta debe ser clara y comprensible, lo cual no se acompasa con su dicho.

De igual forma, es claro que hay también indicios que dan lugar a establecer que ese fue el desencadenante, pues la señora ALICIA FUENTES GARZÓN fue a consulta médica el día 6 de mayo de 2016 con el señor ARSENIO UMBAILA por quistes o miomas en los ovarios, lo cual fue confesado por el demandando en la contestación al hecho 5 de la contestación de la demanda, en donde reconoció que esa fue la razón o motivo por la cual la señora fue consultarlo, pero hasta ese momento no había padecido ningún síntoma, ni nada, fue sólo cuando empezó a tomar el medicamento cuando empezó a sentirse mal.

Luego según el médico en consulta del 14 de mayo de 2016 le dijo a la señora Alicia y el señor José, que ella debía tomarse la mitad de la pastilla, pero acá en este proceso de manera tergiversada dijo que le había dicho que la suspendiera, lo cual no es verdad. Pero, si fuera verdad que le hubiera dicho que suspendiera el medicamento, ¿por qué lo habría dicho? ¿con que finalidad lo hubiera dicho?

En la dudosa historia clínica, que según dictamen pericial de documentología “fue de reciente elaboración”, lo cual no resultó controvertido, pues no se aportó dictamen de contradicción ni se requirió su interrogatorio por la demandada, se puso una manifestación de que supuestamente de le ordenó suspender el medicamento, pero en

ninguna de las órdenes médicas que la señora ALICIA FUENTES GARZÓN aportó aparece tal orden de suspensión. Las dudas planteadas sobre el hecho de que el médico no llevaba historia clínica, además de haber sido planteadas en la demanda, en el dictamen pericial grafológico y documentólogo, MARIO EFRAIN MURCIA PRIETO, fue explicado por los demandantes en el interrogatorio de parte. Me pregunto ¿qué sentido hubiera tenido que la demandante no hacer caso a la supuesta orden del médico de suspender el medicamento? ¿acaso sugiere el médico que la señora ALICIA FUENTES GARZÓN y su esposo querían que ella expusiera su propia vida? ¿por qué es tan insistente el médico en la orden **inexistente** de que debía suspender el medicamento si no hubiera podido ser el causante de la trombosis de la señora ALICIA FUENTES GARZÓN?

Digo que la orden es inexistente, pues la señora ALICIA FUENTES GARZÓN y el señor JOSÉ RODRÍGUEZ, son claros en que la orden del médico fue disminuir a la mitad el medicamento y no suspenderlo. ¿por qué razón la paciente y su esposo no le hubieran hecho caso al médico? El hecho de que supuestamente aparece consignada esa supuesta orden del médico de suspender el medicamento en la historia clínica aportada por el médico es un hecho de dudosa credibilidad si ésta parece que fue abierta el 9 de febrero de 2012 y finalizada el 14 de mayo de 2016, lo cual coincide exactamente con las mismas prescripciones médicas que se aportaron con la demanda, pero en el descorre del traslado de las excepciones se aportaron muchas más que datan del año 2009. Y agréguese a lo anterior que el perito grafólogo y documentólogo, fue contundente en que la historia clínica aportada en original fue revisada y evidenció que fue de “reciente elaboración”, que no tenía la antigüedad del año 2012, pues es imposible que 10 años después se mantuviera en perfectas condiciones, máxime cuando en interrogatorio de parte el médico ARSENIO UMBARILA salió con la historia de que supuestamente se le había inundado el archivo y que por eso había perdido historias clínicas, pero que ésta la había logrado rescatar.

En el dictamen pericial grafológico, además de que se demostró que la historia clínica fue de “reciente elaboración”, quedó claro que **las firmas de la historia clínica y las firmas de las órdenes médicas son diferentes, lo cual no tiene sentido si se hubieran firmado el mismo día o en la misma época que hizo las órdenes médicas, sino que esos cambios se evidencia únicamente con el paso de un tiempo considerable, lo cual coincide con lo que dijeron los demandantes en interrogatorio de parte en cuanto a que el médico no llevaba historia clínica.**

Ahora, a lo anterior se le debe agregar lo expuesto por el INVIMA en su Oficio, en el cual fue contundente en decir:

Como dato adicional, la agencia francesa de medicamentos anunció la intención de suspender la autorización de comercialización de Diane 35 (acetato de ciproterona 2 mg/etinilestradiol 35 microgramos) y sus genéricos para el tratamiento del acné debido al riesgo de Tromboembolismo Venoso (TEV), la eficacia de este tratamiento para el control del acné era solo moderada y existen tratamientos alternativos para el acné. No se suspendió su manejo como anticonceptivo oral (AOC).

Ahora bien, el Invima realizo su respectiva alerta con este riesgo en diciembre de 2013, presentando un comunicado dirigido a los profesionales de la salud, donde reconoció el riesgo de tromboembolismo asociado a los anticonceptivos hormonales combinados (AHC), tanto orales como en forma de parche transdérmico o anillo vaginal. Lo anterior, con base en la información publicada por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, con respecto a la revisión realizada por el Comité Europeo para la Evaluación de Riesgos en Farmacovigilancia.”[...].

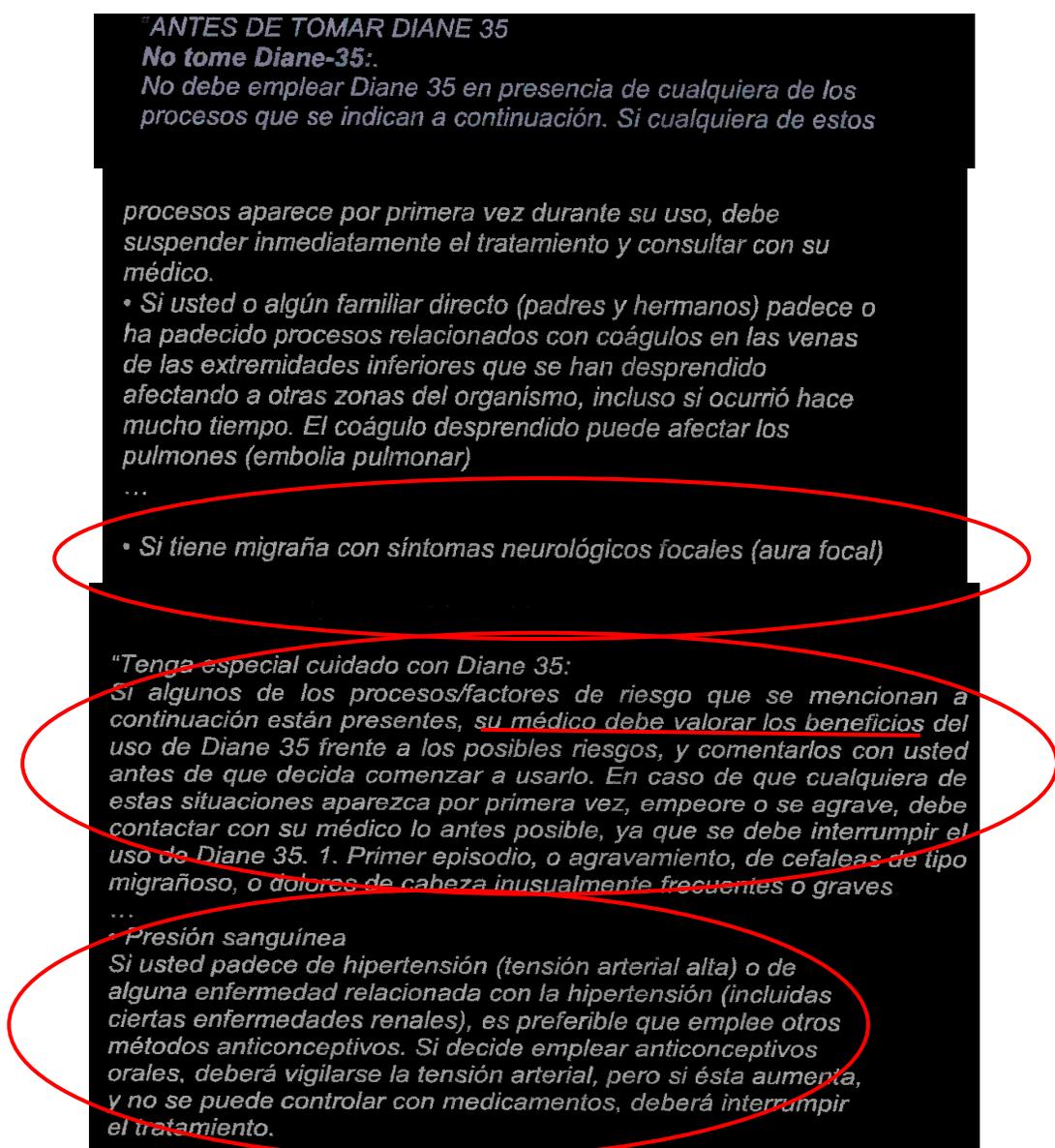
Una entidad como el INVIMA, que es una autoridad en la materia, no lanza una alerta de este tipo de Alertas si no es existe un riesgo real de que el anticonceptivo oral genera una trombosis.

A esto se le debe adicionar que la Dra. NATHALIA AMAYA REDONDO fue enfática que el accidente cerebrovascular, si bien no se produce sólo, pues es multifactorial, es claro que ese riesgo se aumenta y se hace posible cuando una persona, como la señora ALICIA FUENTES GARZÓN, tiene antecedentes que propician su causación.

En otras palabras, recetar el medicamento DIANE 35 a una persona que tiene los siguientes antecedentes de cefaleas migrañosas, edad mayor de 40 años, peso, preclamsia, hipertensión y papiloma humano, el riesgo de padecer una trombosis se hace mayor y posiblemente realizable.

Ahora, en el documento de explicativo del medicamento DIANE 35, según da cuenta el dictamen pericial de los químicos farmacéuticos, en el que se señalan las contraindicaciones y efectos secundarios de éste, se evidencia que en pacientes con antecedentes de **migraña, preclamsia e hipertensión no se debe suministrar este medicamento por riesgo de trombosis.** Veamos:

En la página 5 del dictamen pericial se pone una imagen de la caja de DIANE 35 e indica que se deben leer las contraindicaciones, las cuales indican:



Estas contraindicaciones, coinciden con lo indicado por el INVIMA y por la Dra. NATHALIA AMAYA REDONDO en establecer que, con ciertos antecedentes, los cuales tenía la señora ALICIA FUENTES GARZÓN, existe un riesgo real, no meramente potencial, de padecer trombosis, lo cual le correspondía analizar, al médico y no la paciente, como lo indica tanto el medicamento como lo expresó la Dra. NATHALIA AMAYA REDONDO.

El hecho es que es cierto que a los pocos días (menos de 8 días para ser exactos) de que la señora ALICIA FUENTES GARZÓN empezó el medicamento, empezó a tener malestar por lo que acudió el 14 de mayo de 2016 al médico ARSENIO UMBARILA quien le dijo que redujera la dosis a la mitad, y a tan sólo a los 6 días siguientes padeció el accidente cerebro vascular, lo que es una prueba indiciaria que se suma a las demás pruebas para establecer que este medicamento fue el causante o desencadenante del accidente cerebro vascular.

Sobre la importancia de la prueba indiciaria, sumada a las demás pruebas indicadas anteriormente, en materia de la prueba del nexo causal, el Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 76001-23-31-000-1999-01353-01 (31075) del 29 de enero de 2014, C. P. Carlos Alberto Zambrano, señaló que “*En torno a la responsabilidad de las entidades de salud, la Sección Tercera de esta Corporación ha señalado que le corresponde a la parte actora acreditar la falla en la prestación del servicio médico, el daño y la relación de causalidad entre estos dos elementos, para lo cual podrá valerse de todos los medios probatorios legalmente aceptados, **cobrando particular importancia la prueba indiciaria**, que podrá construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso...*”, lo cual así se desprende sencillamente del artículo 242 del CGP.

Se suma a lo anterior, las siguientes manifestaciones del Dr. CLÍMACO, las cuales dan cuenta tanto del nexo causal como de la negligencia del médico, los cuales adiciono en esta sustentación:

- El Dr. CLÍMACO a minuto 34:07 de audiencia del 11 de agosto de 2023 explicó lo siguiente. PREGUNTADO: “Dr. Clímaco usted le podría indicar al Despacho, digamos, si una persona tiene algunas ciertas predisposiciones para una trombosis venosa es recomendable que tome el Diané 35? CONTESTADO: NO, si la persona tiene predisposiciones como le dije antes, NO CONVENDRÍA QUE TOME EL DIANÉ 35, A MENOS QUE LA PATOLOGÍA PARA LA CUAL ESTÁ INDICADA SUPERE EL BENEFICIO QUE VA A RECIBIR CON LA MEDICACIÓN...” Esto concuerda con lo que indicó la Dra. NATHALIA AMAYA REDONDO, quien indicó en su dictamen pericial que con los antecedentes de la señora ALICIA FUENTES GARZÓN al medicarle DIANÉ 35 se superaban los riesgos por encima de los beneficios.

- EL Dr. CLÍMACO a minuto 37:05 de audiencia del 11 de agosto de 2023. PREGUNTADO: ¿Dr. Ud anteriormente indicó que el Diané 35, los anticonceptivos pueden utilizarse para tratamientos relacionados con Ovarios Poliquísticos, existen otros tratamientos, para ovarios poliquísticos alternativos? CONTESTADO: eee, yo no soy, como le digo yo no soy ginecólogo, no podría conceptuar, pero creo que el tratamiento de elección es o quedar embarazado, que es la otra manera de aumentar las hormonas que inhiben este..... pero yo no soy el especialista en eso, pero creo que es uno de los tratamientos de elección me parece que ese, ME PARECE, yo no soy ginecólogo, soy neurólogo..., vemos la complicación, no ee, habría que preguntarle al ginecólogo, pero debe haber otros tratamientos alternativos....” Precisamente, como lo he indicado a lo largo de este escrito, la Dra. NATHALIA AMAYA REDONDO indicó en su dictamen pericial en la pregunta 15 del documento que para el quiste que padecía la señora ALICIA FUENTES GARZÓN, ese tratamiento con DIANÉ 35 era inocuo. “*Si bien los anticonceptivos al suprimir las hormonas estimulantes de ovario, pueden prevenir los quistes funcionales de ovario, no es una indicación para su uso y sobre todo cuando se trata que un quiste complejo de ovario según lo anotado en la ecografía pélvica del año 2016.*”

En ese orden de ideas, es más que claro que sí se probó el nexo de causalidad entre la prescripción del medicamento DIANE 35 a la señora ALICIA FUENTES GARZÓN y la trombosis que padeció, así como la negligencia del médico.

III. INDEBIDO ANÁLISIS DE LA CULPA Y EL NEXO DE CAUSALIDAD, LOS CUALES SE ENTREMEZCLAN EN LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA.

Sostuvo el Despacho que no se probó el incumplimiento de la LEX ARTIS por parte del galeno demandado, sin embargo, sí hay pruebas suficientes de ello.

Lo primero que debe decirse es que el estudio de la violación de la LEX ARTIS debe iniciarse partiendo de la Ley 23 de 1981, Código de Ética Médica, particularmente de los artículos 15 y 16 de esta ley.

El artículo 15 de la Ley 23 de 1981:

ARTÍCULO 15. El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos, y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente.

El artículo 16 de la Ley 23 de 1981:

ARTÍCULO 16. La responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto.

El médico advertirá de él al paciente o a sus familiares o allegados.

De acuerdo con las anteriores disposiciones, se extrae que:

- i) El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados.
- ii) La responsabilidad del médico por **reacciones adversas, inmediatas o tardías** por efecto del tratamiento no irá más allá del riesgo previsto.

Al descender al caso en concreto, se debe verificar con las pruebas aportadas si el galeno demandado incumplió las anteriores normas, para determinar si hay lugar a la responsabilidad y si eso fue a título de culpa.

- a) El Dr. ARSENIO UMBARILA expuso a riesgos injustificados a la señora ALICIA FUENTES GARZÓN tal como quedó demostrado y se ha manifestado anteriormente, dado que 1. Se le recetó un medicamento anticonceptivo que no era necesario porque no acudió al médico para buscar una planificación familiar o plan de anticoncepción, 2. Se le recetó un medicamento no era inútil o no era indicado para sus miomas o quistes en los ovarios que tenía ALICIA FUENTES GARZÓN según se indicó en la respuesta a la pregunta 15 del dictamen pericial, en la cual la perito señaló “*Si bien los anticonceptivos al suprimir las hormonas estimulantes de ovario, pueden prevenir los quistes funcionales de ovario, no es una indicación para su uso y sobre todo cuando se trata que un quiste complejo de ovario según lo anotado en la ecografía pélvica del año 2016.*”, y 3. Se le recetó un medicamento para un tratamiento en el que los riesgos superaban los beneficios o ventajas.
- b) Este análisis lo debió haber hecho el Dr. ARSENIO UMBARILA, tal como lo indicó la Dra. NATHALIA AMAYA REDONDO, como la señora ALICIA FUENTES GARZÓN no acudió por buscar un método de anticoncepción y

teniendo en cuenta su edad y demás condiciones y antecedentes, el médico sí debía evaluar los riesgos versus los beneficios, tal como quedó explicado en el dictamen pericial escrito y en su interrogatorio.

- c) En igual sentido, la Dra. NATHALIA AMAYA REDONDO explicó con base en lineamientos de la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD que el médico debe abstenerse de exponer al paciente a riesgos innecesarios, y que el riesgo en el caso de ALICIA FUENTES GARZÓN era evidente que era mayor de los beneficios o ventajas, por lo que era necesario analizar sus antecedentes.
- d) El Oficio del INVIMA, al igual que las propias indicaciones del medicamento DIANE 35 establecen con claridad los riesgos del medicamento teniendo en cuenta que el medicamento no se debe prescribir para otro uso diferente que el de anticonceptivo y que las personas con los antecedentes de la señora ALICIA FUENTES GARZÓN no se les debe suministrar el medicamento.
- e) A pesar, de las posibles circunstancias extrañas que rodean la historia clínica, sobre su fabricación reciente, en ella el Dr. UMBARILA establece que conocía los antecedentes del señor ALICIA FUENTES GARZÓN cuando formuló el medicamento del anticonceptivo.
- f) El médico ARSENIO UMBARILA en interrogatorio de parte manifestó que conocía los antecedentes de la señora ALICIA FUENTES GARZÓN. A minuto 1:51:40 se le preguntó al DOCTOR UMBARILA por qué le había medicado el medicamento DIANE 35 a la señora ALICIA FUENTES GARZÓN si precisamente él era consciente de que era una paciente riesgosa y le había ordenado unos exámenes de laboratorio de los que todavía no tenía resultado, a lo que respondió con evasivas indicando que la paciente venía completamente **“preocupada, triste, muy preocupada”, “porque no sabía a qué atenerse”, “que ella le dijo deme una solución ya, y por eso le prescribió el medicamento”** – A minuto 1:53:10 se le preguntó si correlacionó historia clínica o revisó otra documentación de historia clínica, a lo que respondió con evasivas nuevamente indicando **que de ella se sabía de las patologías que tenía anteriormente, que era lógico,** pero el juez tuvo que precisarlo, diciendo que él en respuestas anteriores indicó que tuvo en cuenta la ecografía en donde aparecía el diagnóstico con que venía, y así mismo indicó que tuvo en cuenta otras informaciones que de ella tenía en cuanto a **dolores de cabeza, migraña y otras situaciones,** pero le reiteró que lo que se le preguntaba es si **“tuvo en cuenta algunas otras circunstancias para poder hacer la prescripción de este medicamento”, a lo que dijo que tuvo en cuenta la complicación que podía presentarse si no hacía tratamiento alguno para el ovario poliquístico, pero nunca dijo nada sobre la “correlación de historia clínica”, y solamente dijo que sí había evaluado riesgos y beneficios de recetar el medicamento DIANE 35. Es decir, nunca manifestó haber correlacionado historia clínica.**

A minuto 1:32:29, en todo caso, dijo que sí conocía antecedentes médicos de la señora ALICIA FUENTES GARZÓN, entre otros *Virus de Papiloma Humado, PRECLAMSIA, cefaleas.*

Irresponsablemente, el señor UMBARILA indicó que a él iban los pacientes para que medicara y si él le pedían que medicara, pues él medicaba.

En otras palabras, el señor ARSENIO UMBARILA no explicó qué balance ni análisis hizo para tomar la decisión de exponer a la señora ALICIA FUENTES GARZÓN a un riesgo mayor que las ventajas que podía tener con el medicamento, que, como se indicó en líneas anteriores, no estaba indicado para suprimir el quiste o mioma de la complejidad de la que tenía la señora ALICIA FUENTES GARZÓN.

- g) De ningún lado, se observa que el señor ARSENIO UMBARILA hubiera advertido a la paciente ALICIA FUENTES GARZÓN de los riesgos a los que se veía expuesta, tanto así que, según el dictamen de los químicos farmacéuticos aportado por él, se indica que el deber conocer esos riesgos eran de la paciente y no del médico, lo cual es contradictorio con la información del medicamento que indica con claridad que es el médico el que debe informarlos y tomar la decisión de prescribir o no el medicamento.
- h) El Dr. CLÍMACO a minuto 34:07 de audiencia del 11 de agosto de 2023 explicó lo siguiente. PREGUNTADO: “Dr. Clímaco usted le podría indicar al Despacho, digamos, si una persona tiene algunas ciertas predisposiciones para una trombosis venosa es recomendable que tome el Diané 35? CONTESTADO: NO, si la persona tiene predisposiciones como le dije antes, NO CONVENDRÍA QUE TOME EL DIANÉ 35, A MENOS QUE LA PATOLOGÍA PARA LA CUAL ESTÁ INDICADA SUPERE EL BENEFICIO QUE VA A RECIBIR CON LA MEDICACIÓN...” Esto concuerda con lo que indicó la Dra. NATHALIA AMAYA REDONDO, quien indicó en su dictamen pericial que con los antecedentes de la señora ALICIA FUENTES GARZÓN al medicarle DIANÉ 35 se superaban los riesgos por encima de los beneficios.

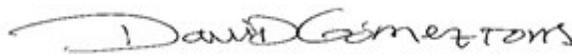
Así las cosas, es claro que también se demostró la negligencia y la violación de los artículos 15 y 16 de la Ley 23 de 1981, por lo que no hay duda de que la actividad negligente del médico conllevó a la causación del daño de la paciente y de su núcleo familiar.

Por lo anterior, me permito formular la siguiente:

IV. PETICIÓN.

De manera comedida, solicito al H. Tribunal que se revoque la sentencia del 29 de septiembre de 2023 y en su lugar acceda a las pretensiones formuladas en la demanda.

Atentamente,



DAVID GÓMEZ TORRES
C.C. No.1.102.825.390
T.P. No. 267.101 del C.S. de la J.



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Consejo Superior de la Judicatura
Unidad de Registro Nacional de Abogados y Auxiliares de la Justicia

**LA DIRECTORA DE LA UNIDAD DE REGISTRO NACIONAL DE ABOGADOS Y
AUXILIARES DE LA JUSTICIA DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA**

CERTIFICA

Certificado de Vigencia N.: 1290272

Que de conformidad con el Decreto 196 de 1971 y el numeral 20 del artículo 85 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, le corresponde al Consejo Superior de la Judicatura regular, organizar y llevar el Registro Nacional de Abogados y expedir la correspondiente Tarjeta Profesional de Abogado, duplicados y cambios de formatos, previa verificación de los requisitos señalados por la Ley. También le corresponde llevar el registro de sanciones disciplinarias impuestas en el ejercicio de la profesión de abogado, así como de las penas accesorias y demás novedades.

Una vez revisados los registros que contienen la base de datos de esta Unidad se constató que el (la) señor (a) **DAVID FELIPE GOMEZ TORRES**, identificado(a) con la **cédula de ciudadanía No. 1102825390.**, registra la siguiente información.

VIGENCIA

CALIDAD	NÚMERO TARJETA	FECHA EXPEDICIÓN	ESTADO
Abogado	267101	19/01/2016	Vigente

En relación con su domicilio profesional, actualmente aparecen registradas las siguientes direcciones y números telefónicos:

	DIRECCIÓN	DEPARTAMENTO	CIUDAD	TELEFONO
Oficina	CR. 7 # 71 - 21 OF. 906 TORRE B	BOGOTA D.C.	BOGOTA	6454423 - 3102035315
Residencia	CR. 7 # 71 - 21 OF. 906 TORRE B	BOGOTA D.C.	BOGOTA	6454423 - 3102035315
Correo	DAVID@GOMEZYRUIZ.COM			

Se expide la presente certificación, a los **8** días del mes de **junio** de **2023**.

ANDRÉS CONRADO PARRA RÍOS
Director

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA GARCIA SERRANO RV: RECURSO DE REPOSICIÓN vs. AUTO DE FECHA 27 DE OCTUBRE DE 2023, PUNTO SEGUNDO. PROCESO. RADICACION 11001310303720130052801. DTE. ALMATEC LTDA. DDA. FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. APELACION DE SENTENCIA.

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.
<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Jue 2/11/2023 10:28 AM

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

 1 archivos adjuntos (112 KB)

SOLICITUD DE ACLARACION DEL AUTO DE FECHA 27 DE OCTUBRE DE 2023 RADICACION 37 2013 00528 01 MAGISTRADA SUSTANCIADORA DRA. ADRIANA AYALA PULGARIN.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: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

De: esther paez <estherpaez245@gmail.com>

Enviado: jueves, 2 de noviembre de 2023 10:25

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: ogomez@bia.com.co <ogomez@bia.com.co>

Asunto: RECURSO DE REPOSICIÓN vs. AUTO DE FECHA 27 DE OCTUBRE DE 2023, PUNTO SEGUNDO. PROCESO. RADICACION 11001310303720130052801. DTE. ALMATEC LTDA. DDA. FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. APELACION DE SENTENCIA.

Buenos días a todos

Respetuosa y amablemente remito para el proceso citado en el asunto de este correo, el recurso de reposición contra el punto segundo del auto de fecha 27 de octubre de 2023, dentro del término procesal y oportunidad legal.

ANEXO el memorial que contiene el citado recurso de reposición.

Igualmente manifiesto al despacho de la Honorable Magistrada Sustanciadora que con este mismo correo, doy cumplimiento a lo dispuesto en el artículo tercero (3o.) de la Ley 2213 de fecha 13 de junio de 2022, remitiendo al apoderado sustituto del apoderado sustituto a su vez, de la demandada Dr. Oscar Gómez el mismo documento para su conocimiento.

Favor informar el recibido.

Quedo atenta

GRACIAS

Cordial saludo.

Honorable Magistrada
Dra. ADRIANA AYALA PULGARIN
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA – SALA CIVIL
Ciudad.

Referencia: Proceso Declarativo
Demandante: Administración y Almacenamiento Técnico de Archivos
Ltda. – ALMATEC LTDA.

Demandada: FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

Radicación # 11001310303720130052801.

**RECURSO DE REPOSICION PARA ACLARACION DEL AUTO DE FECHA 27 DE
OCTUBRE DE 2023**

ESTHER RUTH PAEZ, abogada en ejercicio, mayor de edad, con domicilio y residencia en esta ciudad de Bogotá, D.C., identificada tal y como aparece al final y junto a mi firma, actuando como apoderada judicial de la parte demandante – **única apelante** dentro del proceso citado en la referencia, a la Honorable Magistrada Sustanciadora, respetuosamente, le manifiesto que, encontrándome dentro de la oportunidad legal consagrada en los artículos 285, inciso segundo (2º); 287, inciso tercero (3º); y, 318, inciso primero (1º) del C.G.P., interpongo **recurso de reposición**, para que la providencia dictada por su despacho el día veintisiete (27) de octubre del presente año 2023, notificada por anotación en el estado electrónico número ciento ochenta y cuatro (184) de fecha treinta (30) de los mismos mes y año, se **aclare**, en los siguientes términos:

En el punto “**SEGUNDO**” de la decisión se dijo:

“**Admitir**, en el efecto suspensivo, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia **proferida por el Juzgado Treinta y Siete Civil del Circuito de Bogotá** el 30 de agosto de 2023.”
(Negrillas y subrayas fuera de texto original.)

RAZONES FUNDAMENTALES DEL PRESENTE RECURSO

Se fundamenta el recurso de reposición en las siguientes:

La providencia que es objeto de apelación y conocida por su despacho, fue dictada por el **Juzgado Treinta y Uno (31) Civil del Circuito de Bogotá**, en la fecha indicada, lo cual nos señala que la afirmación que se hace en el auto es equivocada, y para evitar cualquier suspicacia y en aras de una recta observancia de la ritualidad del proceso, debe aclararse en la forma que se pide.

RESEÑA HISTORICA ABREVIADA DEL TRAMITE DEL PROCESO

1º. El proceso se **radicó el día 21 de octubre de 2010, ante el Juzgado 36 Civil del Circuito de Bogotá, bajo el número 11001310303620100057700.**

2º. El **21 de marzo de 2013** la señora Juez, a solicitud de la parte actora, mediante auto de la fecha citada, **“Declara la pérdida de competencia y dispone enviarlo al Juzgado 37 Civil del Circuito de Bogotá.”**

3º. El Juzgado 37 Civil del Circuito, una vez recibido el expediente, lo radica el día 23 de agosto de 2013, bajo el número 11001310303720130052801, y avoca conocimiento el 8 de octubre de 2013.

4º. El Juzgado 37 Civil del Circuito, el día 9 de abril de 2015, envió el proceso a los Juzgados Civiles del Circuito de Ejecución.

5º. Finalmente se radica el día 21 de noviembre de 2016, en el Juzgado 30 Civil del Circuito, quien avoca conocimiento del citado proceso manteniendo el mismo número de radicación del Juzgado 37 Civil del Circuito donde se encuentra radicado el citado proceso, después de haber pasado por varios Juzgados, por ejemplo: de Ejecución, Séptimo, Segundo, Cincuenta, entre otros.

Actuación del Juzgado 30 Civil del Circuito:

a-. No resolvió la objeción a los dictámenes periciales durante el tiempo que lo tuvo bajo su conocimiento; y,

b-. Tampoco aceptó la pérdida de competencia, a pesar de que la suscrita la había pedido en el año 2019, por darse la causal.

Este Juzgado lo tramitó durante 61 meses y solamente conoció de la **objeción a los dictámenes periciales: financiero y archivística, con el siguiente resultado:**

El **DICTAMEN FINANCIERO** quedó en firme por actuación jurídica errónea de la parte demandada, Fiduprevisora S.A.

El de **DICTAMEN DE ARCHIVÍSTICA** la Juez no lo pudo tramitar y definir en los sesenta y un (61) meses que lo conoció.

La misma Juez lo tramitó hasta el día **11 de diciembre de 2021**, cuando fue reemplazada.

La nueva Juez, **por auto del 28 de marzo de 2022, revoca el auto que la Juez saliente había dictado negando la pérdida de competencia que la suscrita le había solicitado en el año 2019, y dispone enviarlo al Juzgado 31 Civil del Circuito de Bogotá, el cual fue remitido el día 26 de julio del 2022, quien avocó su conocimiento el día 3 de octubre de 2022.**

RAZONES JURIDICAS PARA ACLARACION DEL AUTO

1ª. La reseña histórica anterior, tiene como fin aclararle a su despacho, respetuosamente, que el **Juzgado 37 Civil del Circuito de Bogotá, donde se encuentra radicado el proceso, sí lo conoció en su trámite, pero NO dictó la sentencia el día 30 de agosto del presente año y que es objeto del recurso de apelación, ya que todos los Juzgados que lo conocieron con posterioridad, mantuvieron el número de radicación del Juzgado 37, ya que era enviado para trámite y terminación del proceso, SALVO EL JUZGADO 31 CIVIL DEL CIRCUITO quien asumió su conocimiento por la pérdida de competencia de la Juez del Juzgado 30 Civil del Circuito, para llevar a cabo, únicamente, las audiencias unificadas consagradas en los artículos 372 y 373 del C.G.P., por mandato del artículo 625 ibidem, literal b.**

2ª. La precisión del despacho Judicial que dictó la sentencia que se recurre es importante, ya que permite que el apelante pueda referirse con exactitud al despacho judicial que profirió la decisión judicial que le puso fin al proceso y no quedar en la ambigüedad que se presenta, porque **NO existe SENTENCIA que haya dictado el Juzgado 37 Civil del Circuito de Bogotá,** luego la aclaración es necesaria y de importancia *jurídico procesal*.

Con base en las razones anteriormente expuestas, con el respeto acostumbrado, hago a la Honorable Magistrada Sustanciadora, la siguiente

PETICIÓN

Se **aclare el PUNTO SEGUNDO del auto de fecha 27 de octubre de 2023,** que admite el recurso, indicando que **la Sentencia apelada de fecha 30 de agosto de 2023 fue dictada por el Juzgado 31 Civil del Circuito.**

En los anteriores términos y dentro de la oportunidad legal, respetuosamente, dejo presentada la petición de ***aclaración del auto de fecha 27 de octubre de 2023, en el punto Segundo en la forma solicitada.***

Atentamente,



ESTHER RUTH PAEZ
Abogada

C.C. # 41.566.451
T.P. # 31.759 C.S.J.
Móvil: 323 2311926

Fwd: argumentos a los recursos presentados en mayo 31 de 2022

Edward Humberto Herrera <eherrera95@ucatolica.edu.co>

Jue 23/02/2023 14:12

Para: Juzgado 51 Civil Circuito - Bogotá - Bogotá D.C. <j51cctobt@cendoj.ramajudicial.gov.co>

----- Forwarded message -----

De: **Edward Humberto Herrera** <eherrera95@ucatolica.edu.co>

Date: vie, 3 jun 2022 a las 14:37

Subject: argumentos a los recursos presentados en mayo 31 de 2022

To: Juzgado 51 Civil Circuito - Bogotá - Bogotá D.C. <j51cctobt@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cordial saludo, con los respetos de siempre, adjunto nuevos argumentos a los recursos presentados en mayo 31 de 2022.

exp: 41-2011-550

Dte: elizabeth rivera.

Ddo: Gloria Ines Castro

Del señor juez

edward herrera
abogado del pasivo**AVISO LEGAL:**

- Las opiniones que contenga este mensaje son de su autor y no necesariamente representan la opinión **oficial** de la Universidad Católica de Colombia o de su directiva.
- El receptor deberá verificar posibles virus informáticos que tenga el correo o cualquier anexo a él, razón por la cual la Universidad Católica de Colombia no aceptará responsabilidad alguna por daños causados por cualquier virus transmitido en este correo.
- La información contenida en este mensaje y en los archivos electrónicos adjuntos es confidencial y reservada, conforme a lo previsto en la Constitución y en la Ley 1273 del 5 de Enero de 2009, y está dirigida exclusivamente a su destinatario, sin la intención de que sea revelada o divulgada a otras personas. El acceso al contenido de esta comunicación por cualquier otra persona diferente al destinatario no está autorizado por la Universidad Católica de Colombia y está sancionado de acuerdo con las normas legales aplicables.
- El que ilícitamente sustraiga, oculte, extravíe, destruya, intercepte, controle o impida esta comunicación, antes de que llegue a su destinatario, estará sujeto a las sanciones penales correspondientes. Igualmente, incurrirá en sanciones penales el que, en provecho propio o ajeno o con perjuicio de otro, divulgue o emplee la información contenida en esta comunicación. En particular, los servidores de Internet públicos que reciban este mensaje están obligados a asegurar y mantener la confidencialidad de la información en él contenida y, en general, a cumplir con los deberes de custodia, cuidado, manejo y demás previstos en el régimen disciplinario.
- Si por error recibe este mensaje, le solicitamos enviarlo de vuelta a la Universidad Católica de Colombia, a la dirección de correo electrónico que se lo envió, y borrarlo de sus archivos electrónicos o destruirlo.

LEGAL NOTICE:

- Any opinions contained in this message are exclusive of its author and not necessarily represent the official position of "Universidad

Catolica de Colombia" or of its authorities.

- The recipient must verify the presence of possible informatic viruses in the mail or in any annex thereto, and for this reason "Universidad Catolica de Colombia" shall not be made liable for any damages caused by viruses transmitted hereby.
- The information contained in this message and in any electronic files annexed thereto is confidential and privileged, as per the Colombian Constitution and the Law that governs "Universidad Catolica de Colombia" and is directed exclusively to its addressee, with no intention of it being disclosed or revealed to third parties. The access to the content of this communication by any person different from its addressee is not authorized by "Universidad Catolica de Colombia" and shall be penalized in accordance with the applicable legal dispositions.
- Any person who illicitly removes, hides, distracts, destroys, intercepts, controls, or otherwise prevents this communication from arriving to its addressee, shall be subject to the appropriate criminal penalties. Likewise, criminal penalties shall be incurred by any who, either for his/her own benefit or on behalf of third parties, or with prejudice of a third party, discloses or employs the information contained in this communication. In particular, public servants that may receive this message shall be obliged to ensure and keep the confidentiality of the information contained therein and, in general, to comply with the duties of custody, care, handling and other provided under the disciplinary regime.
- If you should happen to receive this message by mistake, please send it back to "Universidad Catolica de Colombia" to the same e-mail address and either delete it from your electronic files or destroy it.

Señor:
Juzgado 51 Civil del Circuito de Bogotá.
E. S. D.

Exp: 110001310304120110055000
Ref: Proceso Divisorio
Demandante: Elizabeth Rivera.
Demandado: Gloria Inés Castro q.e.p.d

Asunto: el apelante si lo considera necesario podrá agregar nuevos argumentos a su impugnación conforme al numeral 3 del art 322 CGP, formulado el 31 de mayo de 2022.

Edward Herrera Guerrero de Nacionalidad Colombiano, mayor de edad, identificado con C.C. 80.162.698, abogado en ejercicio, con T.P. 245433 CSJ, en calidad de abogado del demandado y opositor me pronuncio así:

NUEVOS ARGUMENTOS AL RECURSO.

El señor juez violó el derecho humano de defensa, no le es dable al señor juez, omitir su deber legal de leer los memoriales “medida cautelar – para suspender el proceso, nulidad de las actuaciones por estar suspendido el proceso en octubre 15 de 2021 y no existir auto que reanude y nulidad porque, omitió otorgar el término, para presentar el recurso en aquel momento, mismo que fue interrumpido y posterior suspendida la audiencia”.

Luego, sin leer las peticiones como puede resolver tan solo, mirando el encabezado del documento que le entregue, eso no es digno de la impartición de justicia art 228 C.P.

Bien temprano, se quiere decir que al señor juez no le asiste razón al indicar que no decreta la medida cautelar innominada suspendiendo el proceso, porque, no existe prueba de los poseedores, eso no es cierto, en octubre 18 de 2018, dentro de la admisión a la posesión se allego, tanto registros civiles, como cédulas de ciudadanía, ahora, allí quedo demostrado, que los señores Neira Castro son hijos tanto de la demandada Gloria Ines Castro de Neira q.e.p.d, como de quien ostenta la posesión Henry Neira Roza q.e.p.d, se allegaron los documentos necesarios desde hace años, a así reposa en el juzgado, para concluir, en la nulidad presentada en septiembre de 2021, que el señor juez, nunca resolvió se allegaron todos los documentos que el señor juez echa de menos, como su fuera poco, el adjudicatario, presentó tutela y en la contestación se envió los registros civiles, cédulas y lo pertinente.

Tan es así, que tanto el juez, como el adjudicatario así lo reconocen, desde que empezó a resolver el recurso dijo que como se evidencia en la valla, existe un proceso de pertenencia, y así los ha reconocido siempre el señor juez, lo único cierto es que siempre tiene una excusa, para denegar justicia como en derecho corresponde.

La apariencia de buen derecho echada de menos por el juez, es de bulto, gente que se evidencia que ha nacido en el inmueble, sus padres y abuelos, luego, rebatarles la propiedad so pretexto de que no existe la apariencia de buen derecho, es omitir valorar los hechos notorios, la inspección judicial realizada por el juez, le brinda precisamente esa certeza, determinar si las personas que dicen ser poseedoras, en verdad no son.

Conocido es que el proceso divisorio, en nada afecta la usucapión, luego, lo procedente para evitar futuros perjuicios irremediables, como el sucedido el día de hoy que están demoliendo la vivienda de unas personas que no tienen en donde mas vivir, como le solicite al juez, por favor profiera una medida cautelar hasta tanto se resuelvan los recursos y tutelas, sin embargo, como la premisa es evadir la defensa, no escucho y rechazo las peticiones respetuosas que se realizaron.

En cuanto a la nulidad, dijo que había suspendido la diligencia mas no el proceso, eso perse, es falso, naturalmente el proceso es por etapas, pero si suspende esta suspendiendo el proceso, a menos de las prohibidas por el art 118 C.G.P, Luego, si la diligencia la suspendió el deber ser es que reanude y vuelva al momento que la interrumpió so pena de nulidad art 133-3 C.G.P,

CAUSALES DE NULIDAD, EL PROCESO ES NULO, EN TODO O EN PARTE:

3. Cuando se adelanta después de ocurrida cualquiera de las causales legales de interrupción o de suspensión, o si, en estos casos, se reanuda antes de la oportunidad debida.

Así las cosas, sin existir un auto que reanude la audiencia de octubre 15 de 2021, las demás actuaciones como las presentes están viciadas de nulidad absoluta.

Y como quiera que omitió el deber legal de correr traslado para pronunciarme sobre la providencia judicial, lo ulterior es nulo art 133-6 lbd.

Todo lo anterior porque, el proceso o según el juez, dándome la razón suspendió la diligencia:

Inciso 2 del art 162 C.G.

La suspensión del proceso producirá los mismos efectos de la interrupción a partir de la ejecutoria que lo decrete.

Por ultimo, a pesar de estar suspendido la "DILIGENCIA"

El señor juez, paso por alto que cuando una providencia es recurrida, se interrumpe y cuando este al despacho no corren los términos, y para practicar la diligencia no puede estar pendiente de la decisión del recurso de reposición, luego, sin auto en firme y ejecutoriado, como pueden oficiar a un mundo de entidades para hacerles perder tiempo, eso es atentar con el debido proceso, violar de manera flagrante el debido proceso, el proceso

estaba al despacho para resolver las nulidades y los recursos, luego, como se realizó en una providencia la diligencia de entrega.

El inciso 4 del art 118 CG, contempla:

Cuando se interponga recursos contra la providencia que concede el término, o del auto a partir de cuya notificación debe correr un término por ministerio de la ley, este se interrumpirá y comenzará a correr a partir del día siguiente al de la notificación del auto que resuelva el recurso.

Mientras el expediente este al despacho no correrán términos, sin perjuicio de que se practiquen pruebas y diligencias decretadas por autos que no estén pendientes de la decisión del recurso de reposición. Los términos se reanudarán al día siguiente al de la notificación de la providencia que se profiera, o a partir del tercer día siguiente al de su fecha si fuera de cúmplase.

3. LA MEDIDA CAUTELAR INNOMINADA EVITAR DEMOLER EL INMUEBLE DE PERSONAS QUE VIVEN Y NACIERON EN ESE INMUEBLE SIN TENER UN LUGAR DONDE VIVIR.

DECLARO bajo la gravedad de juramento que están demoliendo el predio, luego, cuando el tribunal ordene devolver la propiedad, en donde vivirán estas familias.

La apariencia de buen derecho es de bulto.

Petición

1. Pido a su honorable señoría revocar los autos de m1yo 31 de 2022, que denegaron la medida cautelar innominada - suspensión del proceso por prejudicialidad.

2. Revocar auto que denegó la nulidad, de todas las actuaciones posteriores a octubre 15 de 2021, sin reanudar el proceso, por lo expuesto.
3. Ordenar al señor juez, en el término de 48 horas devolver la propiedad tal y como le fue la arrebató.
4. Ordenar al señor juez, para que en lo sucesivo se abstenga de soslayar mis derechos humanos que tengo para el ejercicio de mi profesión de abogado, “al ordenar que me priven de la libertad, y pretender que me quiten mi tarjeta profesional” que es mi vida.

Del señor Magistrado:

Edward Herrera G.

Edward Herrera Guerrero

C.C. 80162698 BTA

T.P. 245433 CSJ

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR. ZULUAGA RAMIREZ RV: SUSTENTO APELACIÓN PROCESO 110013199001202108902 01

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

Jue 23/02/2023 4:38 PM

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

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR. ZULUAGA RAMIREZ

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: Gerardo Ortiz <gerardoortiz@yahoo.com>

Enviado: jueves, 23 de febrero de 2023 4:30 p. m.

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

Cc: andres.garcia@agf.net.co <andres.garcia@agf.net.co>; VICENTE ZARATE <vicente_zarate@zaratrans.com>; ZIX CORP Andres Zarate <azarate@zixcorporation.com>

Asunto: SUSTENTO APELACIÓN PROCESO 110013199001202108902 01

Señor:
TRIBUNAL DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA
SALA CIVIL
ATTN.: MAGISTRADO PONENTE: CARLOS AUGUSTO ZULUAGA RAMIREZ
Secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co
Bogotá

Ref.: DEMANDA POR ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL
DEMANDANTE: ZARATRANS S.A.S.
DEMANDADO: ZIX COLOMBIA S.A.S.

Asunto: sustento recurso de apelación

RADICADO 110013199001202108902 01

GERARDO ORTIZ GÓMEZ mayor de edad, domiciliado en esta ciudad, abogado en ejercicio, identificado con cédula de ciudadanía número 12.998.035 expedida en Pasto y Tarjeta Profesional número 77.859 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi condición de apoderado de ZARATRANS S.A.S. sociedad mercantil del tipo de las sociedades por acciones simplificadas, de manera respetuosa sustento el recurso de apelación, no sin antes advertir que estoy pendiente de que se resuelva el memorial que solicito una práctica de pruebas en segunda instancia.

1.- REFIRIÉNDOSE AL ACTO DE DESORGANIZACIÓN A PARTIR DEL MOMENTO 00:40:32 DE LA PÁGINA 2 DE LA AUDIENCIA DE FALLO EL SEÑOR JUEZ REFLEXIONA SOBRE LA NECESIDAD DE HABER DEMANDADO A ANDRES ZARATE VASQUEZ, HERNANDO ZARATE BERMUDEZ, MILQUADES GONZALEZ, GARCIA JUAN PABLO BUITRAGO PEÑA, Y ZIX CORPORATION Y QUE NO FUERON DEMANDADOS EN EL PROCESO LO QUE LE IMPIDE HACER UN PRONUNCIAMIENTO DE FONDO.

En este sentido el señor Juez de primera instancia olvido la presunción, respecto a los fines concurrenciales establecida en el artículo 2 de la Ley 256 de 1996, advirtiendo que el incremento de la participación en el mercado puede ser de quien la realiza o de un tercero.

Pero ni siquiera es un tercero: Hago notar que los mencionados son empleados de ZIX COLOMBIA S.A.S., y que para efectos de responsabilidad extracontractual, todos los empleados de una compañía representan a la sociedad para la que trabajan, que es la posición actual de la jurisprudencia.

En este punto al señor Juez se le olvido la evolución de la responsabilidad de las personas jurídicas, que comenzó siendo responsabilidad por el hecho de otro, para después basarse en la teoría organicista de origen francés, y llegar a la responsabilidad por el hecho propio, cuando quien actúa es un empleado o un representante legal.

En este punto también se le olvido al señor Juez, que en la responsabilidad civil extracontractual, existe solidaridad entre quienes cometieron el delito o culpa (Artículo 2344 del Código Civil).

En cuanto a ZIX CORPORATION, con quien ZARATRANS tenía un contrato, sin perjuicio de la solidaridad, la jurisprudencia y la doctrina ha desarrollado el principio de la responsabilidad al todo: que no impide que se demande por vía extracontractual a quien no tiene vínculo contractual y por vía contractual a la parte que está vinculada contractualmente.

En todo caso el Juez pasa por alto que ANDRÉS ZÁRATE es: representante legal y socio controlante de ZIX COLOMBIA S.A.S. y representante legal y socio principal (según confesión de la demanda) de ZIX CORPORATION.

En el mismo error incurre al estudiar los demás cargos.

Respecto de la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas, la Corte Suprema de Justicia, en jurisprudencia reiterada, se ha pronunciado en la siguiente forma:

1. Sentencia SC13925-2016 del 24 de agosto de 2016 Magistrado Ponente Ariel Salazar Ramírez, radicado número 05001-31-03-003-2005-00174-01:

“A partir de la sentencia de 30 de junio de 1962 (G.J. t. XCIC), ratificada en fallos posteriores, se abandonó esa corriente jurisprudencial, al entender la Corte que la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas es directa, cualquiera que sea la posición de sus agentes productores del daño dentro de la organización. En concreto sostuvo:

«Al amparo de la doctrina de la responsabilidad directa que por su vigor jurídico la Corte conserva y reitera hoy, procede afirmar pues, que cuando se demanda a una persona moral para el pago de los perjuicios ocasionados por el hecho culposo de sus subalternos, ejecutado en ejercicio de sus funciones o con ocasión de éstas, no se demanda al ente jurídico como tercero obligado a responder de los actos de sus dependientes, sino a él como directamente responsable del daño. (...) Tratándose pues, en tal supuesto, de una responsabilidad directa y no indirecta, lo pertinente es hacer actuar en el caso litigado, para darle la debida solución, la preceptiva legal contenida en el artículo 2341 del Código Civil y no la descrita en los textos 2347 y 2349 ejusdem». (SC del 17 de abril de 1975)

El demandado en este tipo de acción no se exime de culpa si demuestra que el agente causante del daño no estaba bajo su vigilancia y cuidado, o si a pesar de la autoridad y el cuidado que su calidad le confiere no habría podido impedir el hecho dañoso, pues estas situaciones son irrelevantes en tratándose de la responsabilidad directa de los entes morales. De ahí que se dijera que en esta última «la entidad moral se redime de la carga de resarcir el daño, probando el caso fortuito, el hecho de tercero o la culpa exclusiva de la víctima». (Sentencia de casación de 28 de octubre de 1975)

...

La responsabilidad de las personas jurídicas es directa y tiene su fundamento normativo en el artículo 2341 del Código Civil, tal como lo ha afirmado la jurisprudencia de esta Corte desde mediados del siglo pasado. ”

2. Sentencia SC9788-2015 del 29 de julio de 2015, Magistrado Ponente Fernando Giraldo Gutiérrez, radicado número 11001-31-03-042-2005-00364-01:

d.-) «Las personas jurídicas están obligadas a indemnizar por responsabilidad civil extracontractual, pues, son «directamente responsables por el hecho doloso o culposo de sus agentes, causado en ejercicio de sus funciones propias del cargo, trátese de personal directivo o subalterno» (SC 27 abr. 1972, GJ t. CXLII pág. 173).

Así también lo indicó la Sala en la precitada SC196-1992, rad. 3382, según la cual el

(...) deber de reparar también obliga a las personas jurídicas pues ellas, según lo vienen reiterando la Corte a partir de renombrados fallos proferidos sobre el tema en junio de 1962 (cfr. G.J. Ts. XCIX, págs. 88y 655, CIV1, pág.130 y CXL1, pág. 173 entre muchas otras), son directamente responsables por el comportamiento de sus agentes, ocurrido desde luego en ejercicio de las funciones propias del cargo o con ocasión de éstas e independientemente de que se trate de personal directivo o apenas subalterno, principio éste de significativa importancia que suele compendiarse en la siguiente fórmula, por cierto evocada con insistencia por el recurrente en varios apartes de su demanda de casación: "... la culpa personal de un agente dado compromete de manera inmediata a la persona jurídica, porque la culpa de sus agentes, cualesquiera que éstos sean, es su propia culpa..."

3. Sentencia S- 07-11-2000 (5476) del 7 de noviembre de dos mil (2000) Magistrado Ponente José Fernando Ramírez Gómez.

Ahora, acerca de la forma como las personas jurídicas comprometen su responsabilidad en el evento señalado, la jurisprudencia de la Corte ha evolucionado desde una inicial atribución de “responsabilidad indirecta”, sustentada en los conceptos de “culpa in eligendo” y de “culpa in vigilando”, conforme a los cuales la persona jurídica comprometía su responsabilidad como secuela de la mala elección o la falta de vigilancia de sus agentes o subordinados, a la luz de los artículos 2347 y 2349 del C. Civil, hasta llegar a partir del fallo de 21 de agosto de 1939, a la responsabilidad aquiliana directa de tales entes, delineada poco a poco por la jurisprudencia, la cual le introdujo dos variantes de cardinal importancia, como fueron la adopción de la llamada tesis organicista, en desarrollo de la cual se admitió la responsabilidad directa de la persona jurídica cuando los actos u omisiones con los cuales se irrogaba el daño a terceros eran realizados por sus directores o quienes expresamente ejecutaban su voluntad, e indirecta en los demás casos, esto es, cuando quien cometa la culpa no se encontraba en el orden jerárquico señalado dentro de la organización interna de la persona jurídica; y la tesis de las fallas del servicio, de aplicación exclusiva para las personas jurídicas públicas, por la que se impuso a la administración el deber de reparar los daños resultantes de irregularidades o deficiencias en la prestación de los servicios públicos.

Luego, las sentencias de 30 de Junio de 1962, emanadas de las Salas de Casación Civil y de Negocios Generales de esta Corporación, consolidaron la doctrina de la responsabilidad directa de la persona jurídica por los actos de sus agentes, que es la vigente. De conformidad con ella, cuando se demanda a una persona jurídica para que repare los perjuicios resultantes de la culpa cometida por sus subalternos, en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas, no se le llama a responder por los actos de sus dependientes, sino de las consecuencias de sus propios actos. Como sustento argumentó la Sala de Casación Civil con apoyo en los artículos 2347 y 2349 del C. Civil que, “De los vínculos entre la persona de derecho público o privado, que es ente jurídico con personalidad propia, con capacidad esencial y de ejercicio, de acuerdo con su constitución, y sus agentes, no puede decirse lo que predicán dichas disposiciones de los sujetos que se hallan ligados entre sí por los nexos antes referidos. No están los agentes bajo la ‘dependencia’, ni tampoco al ‘cuidado’ de la entidad moral, como sí se hallan el hijo, el pupilo, el alumno, el aprendiz, el sirviente, el empleado doméstico, en relación con sus padres, guardadores, directores de institutos de enseñanza, maestros y patronos, y si estas personas se descargan de la responsabilidad que les incumbe probando no haber podido evitar el daño con la ‘autoridad y cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe’, se ve claro que ello es inaplicable a las personas jurídicas, y es, por tanto, improcedente instituir una responsabilidad y unas presunciones de culpa con base en deberes inexistentes. De lo cual se infiere que sin las dichas presunciones en eligendo e in vigilando, la responsabilidad indirecta no se sostiene, y la directa no las requiere. Por otra parte, la fusión vital entre la persona jurídica y sus agentes presenta tan peculiares caracteres que tampoco cuadra a ello una responsabilidad por los ‘hechos ajenos’”.

Respecto de la solidaridad en la responsabilidad, la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

1. Sentencia SC1256-2022 del 7 de abril de 2022, Magistrado Ponente AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO, radicado número 0 73001-31-03-004-1999-00227-01

“[C]uando en la producción del daño han actuado varias personas, generalmente todas ellas son solidariamente responsables y, por tal virtud, la víctima o acreedor, a su arbitrio, puede demandar a cualquiera de ellas por el total de perjuicios. Sobre el particular tiene sentado la jurisprudencia de la Corporación que ‘la posible culpa concurrente del tercero, o quien por serlo no se le puede juzgar aquí, no exonera de responsabilidad del daño; apenas lo haría solidariamente responsable del mismo... Siendo pues solidaria la responsabilidad, la parte demandante podía demandar el resarcimiento del daño contra todos los responsables o contra cualquiera de ellos’ ...

...

De otra parte, frente a situaciones que guardan similitud con el presente expediente, en relación con el artículo 2344 del Código Civil, parece pertinente reiterar que la responsabilidad solidaria ocurre, «así se trate de hechos instantáneos o de extensa duración. Lo que interesa para los efectos de la solidaridad no es el proceso mismo causante del daño, sino su resultado» (SC, 30 ab. 1976, G.J. CLII, pág. 123), como acontece con conductas que se cometen de forma prolongada pero que tienen un resultado común, porque uno sólo es el vínculo entre los agentes y la víctima; así no es admisible «la tesis de que el citado artículo 2344 sólo es aplicable a quienes simultáneamente cometen hecho ilícito determinado, de modo que si su intervención en éste es sucesiva e independiente, sea preciso dividir la indemnización proporcionalmente, a efectos de que la víctima la cobre por partes. Esto es, precisamente, lo que la disposición en comento se propone evitar» (ídem).”

2.- EL SEÑOR JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA SE EQUIVOCÓ EN LA APRECIACIÓN Y VALORACIÓN DE PRUEBAS
2.1.- VALORACIÓN DE PRUEBAS RESPECTO A LA DESVIACIÓN DE LA CLIENTELA.

El Juez en primera instancia reconoció el traslado de clientes pero considero que estos se hicieron bajo los usos honestos y legítimos actos de competencia de la sociedad DEMANDADA. Al respecto, debe decirse que se incurre en un error de valoración, pues queda demostrado que la sociedad DEMANDADA se valió en gran medida del prestigio que tenían los ex funcionarios de la DEMANDANTE para convencer a sus clientes de trasladarse de prestado de servicio. Esta discusión nos lleva a establecer el siguiente problema jurídico:

¿Se puede llegar a considerar honesto y concordante con las sanas costumbres mercantiles, utilizar como medio de acceso a clientes a trabajadores que acaban de renunciar a una empresa con la compiten directamente en el mercado?

Sin perjuicio de que los datos de contacto de los clientes sean públicos y se pueda acceder a ellos a través de bases de datos, lo cierto es que el dato de contacto en sí no garantiza la consecución del cliente o del servicio para los servicios prestados por quien realiza el contacto. Así pues, los ex trabajadores de ZARATRANS conocían de las particularidades de cada cliente, que permite conocer cuál podría constituirse como una oferta tentadora y convincente para el cliente, que en circunstancias normales del mercado no hubiese sido posible conocer. Es decir, podemos asegurar que el éxito en las negociaciones con los clientes traslados se podía explicar en gran parte

por el conocimiento previa en dinámicas de consumo que tenían los ex trabajadores de la DEMANDANTE sobre los clientes trasladados, información que terminó aprovechando la DEMANDADA para concretar negocios jurídicos y ampliar su participación en el mercado. En este orden de ideas, resulta pertinente plantear el siguiente problema jurídico:

¿Representa una ventaja competitiva contrato a los usos honestos del mercado lograr mejores ofertas a clientes a través del conocimiento previo de ex trabajadores de otra empresa que compite directamente en el mismo mercado?

Al respecto, Advierte la Corte Suprema Justicia en sala de Casación Civil con radicado SC4174-2021 el día 13 de octubre de 2021 señala que: "nada de anómalo se observa en que un dependiente de una determinada actividad mercantil, de forma independiente, incurriese en el mismo ramo y, por ende, entre a competir con su antiguo empleador o contratante, habida cuenta que propende por el desarrollo del mercado"

En este orden de ideas, debemos tener en cuenta que en el presente caso no se trata de la acción de un trabajador o un dependiente particular de la DEMANDANTE, si no que se trató de un número plural de dependientes que, al ser visto en forma macro, podemos deducir que hubo una coordinación por parte de la DEMANDADA para fugar el capital humano de la DEMANDANTE y a través de este conocimiento y experiencia tener una ventaja ilegítima a la hora de abordar las particulares y conocimiento de dinámicas de consumo de los clientes trasladador.

2.2.- VALORACIÓN INDEBIDA DE PRUEBAS EN LA INDUCCIÓN A TRABAJADORES Y PROVEEDORES DE ZARATRANS A INCUMPLIR OBLIGACIONES CONTRACTUALES

Aunado a lo anterior, y acorde a la sentencia 005 del Treinta de Noviembre de 2005 proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, expresa que "el artículo 17 de la Ley 256 de 1996, según el cual, "se considera desleal la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores. La inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno de una infracción contractual ajena solo se califica desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la expansión de un sector industrial o empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otros análogos".

Respecto a estos actos que configuran la Inducción a la Ruptura Contractual, la jurisprudencia de esta misma corporación ha anotado que es indispensable que se configuren cinco requisitos en el caso concreto. Estos son:

1. La existencia de una relación contractual entre el sujeto pasivo de la conducta desleal y el agente inducido; así como la terminación de dicho vínculo.
2. La irrupción en la relación contractual por parte del sujeto activo de la conducta, con el propósito de motivar la terminación irregular del vínculo.
3. El conocimiento de la terminación del contrato por parte del agente inductor.
4. La finalidad de expansión de un sector empresarial o la eliminación de un competidor en el mercado.
5. El uso de métodos o medios reprochables, tales como el engaño u otros actos análogos. (Superintendencia de Industria y Comercio. (15 de enero de 2018) Rad. 16 - 163086)

Obsérvese a la luz del artículo en estudio, que cuando se presentan la segunda y la tercera hipótesis, esto es, las relativas a la inducción a la terminación regular de un contrato celebrado o el aprovechamiento de una infracción contractual ajena, la norma se hace más contundente y exige para su verificación que adicionalmente, estas dos actuaciones tengan como fin la expansión de un sector industrial o empresarial, lo cual podría asimilarse a la expectativa de generar razonadamente una ventaja económica en un sector específico, o vayan acompañadas, entre otras, de circunstancias tales como el engaño o la intención de eliminar a un competidor del mercado.

En el presente caso encontramos que la DEMANDADA establece una serie de incentivos perversos para convencer a los trabajadores de la DEMANDANTE de incumplir cláusulas contractuales de confidencialidad y posteriormente terminan la relación laboral y/o de prestación de servicios con la DEMANDANTE. En algunos casos se valió de ofrecimiento más allá de un salario competitivo, ofreciendo participación accionaria en la estructura societaria de la DEMANDADA para afianzar las decisiones de los trabajadores y lograr tener acceso a la información que estos poseían que en definitiva le permitía tener una ventaja ilegítima y contraria a los usos honestos en el mercado.

Así pues, el juez de primera instancia no valora adecuadamente la infraestructura de pagos que montó la DEMANDADA para convencer a los trabajadores de la DEMANDANTE de incumplir sus obligaciones contractuales y posteriormente terminar la relación laboral con la DEMANDANTE.

2.3.- VALORACIÓN INDEBIDA DE PRUEBAS EN LA DESORGANIZACIÓN INTERNA DE ZARATRANS.

De acuerdo con el artículo 9 de la Ley 256 de 1996, "Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto desorganizar internamente la empresa, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajeno."

En efecto, la jurisprudencia y la doctrina han reconocido la existencia de un daño concurrencial legítimo como una consecuencia deseable en el mercado; y, además promovida por el ordenamiento, en los eventos en que se fundamentan relaciones de competencia basadas en la utilización de medios éticos y adecuados a la hora de disputar la clientela e incluso los medios de producción.

En el presente caso tenemos probado mediante los balances internos de la empresa la disminución de ingresos fruto del proceso de desorganización ilegítimo causado por los DEMANDADOS, afectando el área comercial y administrativa de la empresa, impidiendo continuar con su operación normal, principalmente a través de la fuga del capital humano de la empresa DEMANDANTE.

No obstante, en el presente caso no se presenta un daño concurrencial legítimo, pues las perturbaciones internas de la empresa se debieron a la concurrencia de los actos desleales ya mencionados. El juez de primera instancia comete un error de valoración, pues el hecho de que para 2022 la DEMANDANTE haya logrado volver a tener un equilibrio económico interno en sus prestaciones y funcionamiento, no quiere decir que en la temporalidad del 2019 a 2022 no se hubiesen presentado escenarios de pérdidas y afectaciones a la organización interna de la empresa adjudicables causalmente a los actos desarrollados entre 2018 y 2019 por la DEMANDADA.

En el lapso de 3 meses, ZIX COLOMBIA S.A.S. persuadió y trasladó fraudulentamente a 5 personas que trabajaban en ZARATRANS S.A.S. El porcentaje de trabajadores trasladados fraudulentamente corresponde al 25% del total de los empleados de ZARATRANS S.A.S. Respecto a los empleados del área comercial, ZIX COLOMBIA S.A.S. trasladó al 66% de los asesores comerciales. Además, trasladó al director del área comercial, a quien como ya se señaló, lo indujo a incumplir sus obligaciones haciéndolo participar, por interpuesta persona, en una sociedad competencia de la DEMANDANTE.

2.4.- EN GENERAL, EL SEÑOR JUEZ OMITIÓ ANALIZAR LAS PRUEBAS EN CONJUNTO, TAL COMO LO OBLIGA EL ARTÍCULO 176 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO Y EN CONSECUENCIA, TOMÓ LAS DECLARACIONES DE LOS REPRESENTANTES LEGALES DE LOS DEMANDADOS Y LOS TESTIMONIOS DE LOS TESTIGOS, EN EL APARTE QUE BENEFICIAN A LA DEMANDADA, PERO OMITIÓ TOMAR LOS APARTES EN QUE SE CONFIESAN LAS CONDUCTAS DE COMPETENCIA DESLEAL.

En efecto, el señor Juez pasó por alto las confesiones hechas por los representantes legales de los demandados y las contradicciones que tales confesiones tienen con los argumentos de la defensa:

2.4.1.-Andres Zarate confiesa lo siguiente, en el minuto 5:45, de la grabación 2 de 30 de agosto, señala "yo de mi parte, lo que eran mis clientes, a los que yo controlaba, que era mi clientela, que yo facturaba, si la trasladé obviamente, a la operación de ZIX COLOMBIA", hecho que contradice toda la defensa, fundamentada en que los clientes no son de nadie.

2.4.2.- JUAN CAMILO GUTIERREZ confiesa que ZIX COLOMBIA S.A. recibió la información de bases de datos de ZIX CORPORATION, "de sus propios clientes".

2.4.3.- En la declaración de Leonardo Castro, Representante Legal de Disval, quedó claro porque ZIX COLOMBIA contrató a Juan Pablo Buitrago: Es quien llama a ofrecer sus servicios en Disval, para cambiar de Zaratrans a Zix Colombia: Conocían el cliente, la carga, la frecuencia, el volumen, etc. Y cambian.

2.4.4.- No obstante lo anterior, todos los demás clientes, citados en testimonios reconocen haber sido clientes de sido clientes de Zaratrans

Los clientes reconocieron, en todos los casos, sin excepción que ZARATRANS fue su proveedor, pero hay revelaciones más dramáticas:

En el testimonio de la representante legal de ICTS ANDINA, audiencia del momento 1:04:50, señala que ZIX COLOMBIA S.A.S. fue creado como proveedor en el 2018.

El representante legal de Disval , Leonardo Castro reconoció que cambio de proveedor por que Juan Pablo Buitrago, que se cambió de Zaratrans a Zix Colombia, llamo al encargado de importaciones a ofrecer el servicio por Zix Colombia.

La representante legal de Multidimensionales en Colombia manifestó que la facturación la hacía ZIX CORPORATION, pero que los contactos operativos en Colombia eran de ZIX COLOMBIA: es decir que ZIX COLOMBIA es el vehículo para que ZIX CORPORATION compita de manera desleal con ZARATRANS.

Todas las maneras en que se desviaron los clientes son contrarias a los usos honestos

2.5.- LAS PRUEBAS DOCUMENTALES, QUE NI SIQUIERA FUERON MENCIONAS NI CONSIDERADAS EN LA SENTENCIA, LLEVABAN A LA CONVICCIÓN DE QUE SE COMETIERON ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL:

2.5.1.- Hubo actos de desorganización, y esta se hizo con se hizo con todo el dolo posible, no obstante tales documentos ni siquiera fueron tenidos en cuenta por el juez de primera instancia:

Según documentos presentados a las autoridades tributarias, que reposan en el expediente, la Dra. María Carolina Arévalo Torres, manifestó bajo la gravedad del juramento que la sociedad ZIX COLOMBIA S.A.S. había iniciado operaciones el 18 de julio de 2018; según el documento en que Andres Zarate reconoce ser socio controlante de ZIX COLOMBIA confiesa que la sociedad inicio operaciones el 4 de febrero de 2019 y en el interrogatorio de parte Andres Zarate dice que puso en funcionamiento la sociedad, dado que Vicente Zarate no lo llamo frente una pataleta que hizo Andres Zarate. Obviamente son explicaciones ex post de una mentira armada desde el principio, que después no cuadra, en donde se han casado verdades con mentiras para dar una apariencia de realidad.

El 10 de octubre de 2018 la sociedad ZIX COLOMBIA S.A.S. aumentó el capital autorizado a la suma de 600 millones de pesos y emite acciones por 280 millones, de modo que alcanzo un capital suscrito de 420 millones, que se encontraba (ver anexo 22 de la demanda), todo pagado para el 23 de julio de 2019 (ver anexo 2 de la demanda). Zaratrans tiene un capital suscrito y pagado de 250 millones y un autorizado de 252 millones). Es decir que para febrero de 2018, ZIX COLOMBIA tenía un capital de casi el doble del de ZARATRANS.

El 1 de febrero de 2019, ZIX COLOMBIA S.A.S. contrató a MILQUIADES GONZALEZ, quien había renunciado a Zaratrans el 21 de enero de 2019 y quien era socio de ZIX COLOMBIA S.A.S. desde el 18 de julio de 2018.

Pero lo que es más, según palabras de Juan Camilo Gutiérrez llevaban 6 meses de etapa preoperativa, organizándose

Andres Zarate monta una sociedad, con una capital de SEISCIENTOS MILLONES DE CAPITAL AUTORIZADO y 420 MILLONES DE CAPITAL PAGADO, y ANDRES ZARATE dice que iba a "ver si hace algo con ella", en la que tienen prebenda como socios los dos comerciales más importantes de ZARATRANS: Hernando Zarate y Milquiades González.

Era claro que el funcionamiento de ZIX COLOMBIA se hizo con todo el dolo posible, para el primero de febrero ZIX COLOMBIA S.A. era una sociedad en marcha con toda la intención de entrar en el mercado, de hecho la primera factura, según pruebas aportadas por ZIX COLOMBIA, fue emitida el 11 de febrero de 2019, respecto de una operación de carga que salió el 8 de febrero de 2019.

Hago notar que la sociedad se montó, a escondidas de Vicente Zarate para causar todo el daño posible: ¿Qué había de malo en comportarse como un buen hombre de negocios, anunciar la creación de la sociedad y la terminación de la relación entre ZIX CORPORATION y ZARATRANS?

La respuesta es sencilla, que así no se lograría el golpe que pretendía dar.

El mismo Andres Zarate, respecto de la consecución de ZARATRANS de un nuevo agente en MIAMI en un plazo de 3 días, Andres Zarate dijo "es imposible, se puede hablar pero organizarlo físicamente es imposible por la sencilla razón de que tengo entendido que aquel tiene que presentar a la DIAN un documento que ese es su agente oficial. heee hay una coordinación de la carga, entrega de la carga compleja, hay un convencimiento de los clientes , hay ehhhh, hay una serie de actividades que tiene que hacer IMC en Estados Unidos que son relacionadas con el ESA como indirector currier, nada es imposible pero es muy muy difícil, muy difícil, muy difícil" lo anterior denota el dolo con el que actuó Andres Zarate, como representante legal de ZIX COLOMBIA: esperaba que ZARATRANS no pudiera conseguir un nuevo proveedor en MIAMI, y lo puso a ZARATRANS en la situación más difícil posible.

Después de montada ZIX COLOMBIA S.A.S. seguía contactando empleados de la sociedad y procurando su retiro.

Todas las pruebas anteriores ni siquiera fueron consideradas por el señor Juez, a pesar de que se trataba de pruebas documentales.

2.6.-ZIX COLOMBIA SE APROVECHO PARA BENEFICIO PROPIO DE LA REPUTACIÓN DE ZARATRANS

Sobre la existencia de la reputación de ZARATRANS, En el interrogatorio de parte a ANDRES ZARATE, este confiesa: En el minuto 2:44:17: refiriéndose a la relación de ZIX CORPORATION y ZARATRANS: "...la relación siempre fue una relación exitosa, porque fue exitosa, realmente tan exitosa que lo que era el nombre de ZIX CORPORATION y ZARATRANS obviamente era reconocido en el mercado, y primordialmente por ZIX, ..."

Cuando ZIX COLOMBIA se constituye y hasta mucho tiempo después del 19 de febrero de 2019, ZIX era una marca registrada a nombre de ZARATRANS Y DE ZIX CORPORATION (Ver anexo 51 de los anexos de la demanda)

ZIX COLOMBIA en su papelería utiliza los colores de la marca ZIX, registrada en Colombia: dos tonalidades de azul y un negro (Ver anexo 51 de la demanda y anexo de las facturas aportadas por la demandada), hago notar que ZARATRANS utiliza en su papelería dos tonalidades de azul para el logo.

Ahora bien, Juan Camilo Gutiérrez confiesa que cuando ZIX COLOMBIA se establece, la marca ZIX pertenece, en Colombia a ZARATRANS S.A.S. Y A ZIX CORPORATION. Tiempo después ZIX COLOMBIA S.A.S. inicia un proceso de cancelación de marca, que dada la difícil situación económica de ZARATRANS S.A.S. este no puede enfrentar.

No obstante lo anterior resalto la confesión de ANDRES ZARATE respecto del reconocimiento de ZIX y ZARATRANS en el mercado.

Lo anterior tampoco fue analizado por el señor Juez.

2.7.- El señor Juez da plena credibilidad al testimonio de Mario Alberto Ortega Pertuz, quien en una evidente contradicción advierte que se tuvo que ir a Ciénaga de Oro por motivos Familiares, para después advertir que su familia reside en Bogotá hace muchos años y por eso retorna inmediatamente a Bogotá. Es de advertir que tal como se señalara en el numeral siguiente, este testimonio fue tachado de sospechoso.

2.8.- Al valorar los testimonios de JHON CARRANZA y MARIO ALBERTO ORTEGA PERTUZ, el señor Juez incurre en el error de considerar que quien pide la prueba no puede tachar al testigo, como si el artículo 218 del Código de Procedimiento Civil continuará vigente, omitiendo aplicar el artículo 211 del Código General del Proceso.

3.- EL SEÑOR JUEZ PUSO EL DERECHO DE DEFENSA DEL DEMANDADO POR ENCIMA DE SUS OBLIGACIONES LEGALES.

El señor Juez olvidó las obligaciones que le impone el Código General del Proceso de utilizar sus poderes para verificar los hechos alegados por las partes.

El señor Juez consideró, en el caso particular que el derecho de defensa del demandado, que era ejercido por este, estaba por encima del deber que le impone la Ley en el numeral 4 del artículo 42 del Código General del Proceso.

En este caso particular el señor Juez actuó como defensor de oficio del demandado.

3.1.- En desarrollo de lo anterior el señor juez impidió hacer ciertas preguntas dado que violaban el derecho de defensa del demandado.

3.2.- En este caso particular, el señor Juez, al recibir los testimonios, trató a los representantes legales de las personas jurídicas como si fueran testigos personas naturales e impidió que se les hicieran preguntas, que en su condición de representantes legales, debían tener claras, confundiendo su condición de representantes legales con las de testigo persona natural.

4.- El señor Juez negó la práctica de inspecciones judiciales, con el argumento de que se declaraban los testimonios de los representantes legales de las personas jurídicas y practicados los testimonios, excuso las preguntas a los representantes legales, como si respondieran como personas naturales.

5.- Al analizar las pruebas y el cargo de imitación, el señor Juez no tuvo en cuenta: que los documentos aportados probaban que la prestación original, que no existe prueba de que sean normales en el mercado, prueba que correspondía al demandado.

6.- El señor juez no tuvo en cuenta las pruebas aportadas que demostraban que cada uno de los empleados que fueron de ZARATRANS y que terminaron en ZIX COLOMBIA S.A.S., tuvieron varios años de preparación, que su formación académica se dio mientras trabajaban en ZARATRANS y que contratarlos suponía ahorrarse varios años de adiestramiento.

7.- El señor Juez pasó por alto que los testigos advirtieron que lo importante era el servicio.

8.- El señor Juez omitió tener en cuenta las pruebas al respecto del aprovechamiento de la reputación ajena, que las marcas ZIX y ZARATRANS fueron acreditadas en el mercado por ZARATRANS, hecho que es confesado por Andres Zarate. Y que la marca ZIX era de propiedad de ZIX CORPORATION y ZARATRANS. Al señor Juez le parece que no hay aprovechamiento de reputación ajena, cuando la demanda se denomina ZIX COLOMBIA y utiliza los colores de la marca registrada.

9.- El señor Juez no tiene en cuenta que según las pruebas las marcas ZIX y ZARATRANS estaban ligadas para los clientes y que desligarlas causaba: Una confusión en el mercado.

10.- La declaración de CONSUELO CRISPINO DE ZARATE fue solicitada, como testigo, por la parte demandante para probar los hechos que ella conocía. El señor Juez, en un hecho inédito, cuando ya se había surtido la declaración de parte del representante legal de ZARATRANS, decidió citarla como parte y no como testigo, para después al final desestimar su declaración advirtiendo que no conocía del negocio, punto que no era objeto de su declaración.

11.- El Sr Juez considera que el testimonio de Carlos Chaparro es inconducente, dado que la información se la suministro el demandante. Hago notar que Carlos Chaparro fue llamado como testigo para dar fe de la celebración de una reunión, en la que estuvo Carlos Chaparro y hecho que fue verificado por el testigo.

12.- El señor Juez no dio ninguna trascendencia al hecho de que ANDRÉS ZARATE hizo socio de ZIX COLOMBIA S.A.S. a un empleado de ZARATRANS.

13.- El señor Juez no dio ninguna trascendencia al hecho de que ANDRÉS ZARATE hizo socios de ZIX COLOMBIA S.A.S. a la esposa y al yerno del representante legal suplente de ZARATRANS S.A.S.

14.- El señor Juez pasó por alto las pruebas aportadas que demostraban lo siguiente:

14.1.- Todos los clientes que fueron citados como testigos reconocieron haber sido clientes de ZARATRANS.

14.2.- Todos los clientes que fueron citados como testigos reconocieron haber dejado de ser clientes de ZARATRANS.

14.3.- Todos los clientes que fueron citados como testigos reconocieron no tener quejas contra ZARATRANS.

14.4.- Uno de los clientes confesó tener relación con ZIX CORPORATION advirtiendo que la parte operativa en Colombia la hacía ZIX COLOMBIA.

14.5.- ANDRES ZARATE confesó haber trasladado clientes a ZIX COLOMBIA.

15.- El señor Juez pasó por alto las pruebas aportadas por la demanda, que en algunos casos implican cobros muy por debajo de lo usual, de los costos y del mercado, lo que obviamente implica una práctica desleal.

16.- El Juez pasó por alto que los correos utilizados por ZIX COLOMBIA S.A.S. son correos corporativos de ZIX CORPORATION.

17.- El señor Juez no se pronunció sobre la solicitud de que se reconozca que ZIX COLOMBIA tiene objetos y causa ilícitos, pronunciamiento que estaba en la obligación de hacer.

18.- RESPECTO AL NEXO DE CAUSALIDAD ENTRE LAS CONDUCTAS DESLEALES Y LOS PERJUICIOS CAUSADOS EN EL DEMANDANTE

Podemos evidenciar que la dinámica de utilidades de ZARATRANS tenía rangos positivos en el año 2017 y 2018, momento previo al inicio de los actos de competencia desleal. Evidenciamos que en 2019 y 2018 los resultados fueron negativos, siendo el año 2019 el de mayor impacto para la empresa, lo que concuerda con los hechos probados que desde 2019 ZARATRANS tuvo que iniciar proceso de reorganización empresarial fruto de los actos desleales cometidos por las DEMANDADA. En 2020 el ejercicio sigue siendo negativo pero se mitiga el grado de afectación.

No existe otra causa eficiente atribuible a los resultados negativos en las utilidades del ejercicio económico de 2019 y 2020.

UTILIDADES ZARATRANS

2017	\$ 115.535.456,00
2018	\$ 123.064.608,00
2019	-\$ 447.458.452,00
2020	-\$ 294.899.953,00

Ahora bien, respecto a los valores facturados, que no tienen en cuenta los costos directos, indirectos y la tasa impositiva, tenemos que estos son estadísticamente compatibles con la aseveración del proceso de desviación de clientela. De 2018 a 2019 tenemos una disminución del 67,74% en la facturación, con un valor neto de \$10.723.755.892,00, que puede ser explicado como causa de los actos de competencia desleal antes descritos, siendo \$ 4.436.139.619,06 la porción facturada a través de ZIX COLOMBIA y el excedente fuera del país a través de ZIX CORPORATION.

La misma reflexión aplica para el año 2020. La mejora sustancial respecto al 2019 se debe a los actos pertinentes, conducentes y útiles que se llevaron a cabo en cabeza de Vicente Zarate y Klaus para recuperar la estabilidad interna de la empresa y reconstruir el equipo comercial.

TOTAL FACTURADO ZARATRANS

2017	\$ 8.272.238.273,00
2018	\$ 15.833.300.196,00
2019	\$ 5.109.544.304,00
2020	\$ 8.166.349.998,00

TOTAL FACTURADO A CLIENTES DESVIADOS ZIX COLOMBIA

2019	\$ 4.436.139.619,06
2020	\$ 4.737.844.260,00

UTILIDADES ZIX

2019	\$87.284.119
2020	\$44.973.407

19.- LAS AGENCIAS EN DERECHO A QUE FUE CONDENADO ZARATRANS EN PRIMERA INSTANCIA SON EXCESIVAS DADO QUE SE APLICARON COSTAS CUANDO SE DICTA SANCIÓN COSA QUE NO OCURRIÓ EN EL PRESENTE PROCESO.

En el caso particular el Acuerdo PSAA-16 10554 de 2016, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura tiene en cuenta que para los procesos especiales el valor de las agencias en Derecho es de entre el 3 y el 7,5% de la indemnización: En este caso particular no hubo indemnización alguna por lo que la cifra calculada por el juez de primera instancia, calculada en el 3% de las pretensiones debe ser reconsiderada.

La condena en agencias en derecho, solo demuestra nuevamente la parcialidad en que incurrió el Juez de primera instancia.

Envío copia del presente memorial debidamente firmado en PDF

Cordial Saludo,

GERARDO ORTIZ GÓMEZ
C.C. 12.998.035
T.P. 77.859

Señor:
TRIBUNAL DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL
ATTN.: MAGISTRADO PONENTE: CARLOS AUGUSTO ZULUAGA RAMIREZ
Secctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co
Bogotá

Ref.: DEMANDA POR ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL
DEMANDANTE: ZARATRANS S.A.S.
DEMANDADO: ZIX COLOMBIA S.A.S.

Asunto: sustento recurso de apelación

RADICADO 110013199001202108902 01

GERARDO ORTIZ GÓMEZ mayor de edad, domiciliado en esta ciudad, abogado en ejercicio, identificado con cédula de ciudadanía número 12.998.035 expedida en Pasto y Tarjeta Profesional número 77.859 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi condición de apoderado de ZARATRANS S.A.S. sociedad mercantil del tipo de las sociedades por acciones simplificadas, de manera respetuosa sustento el recurso de apelación, no sin antes advertir que estoy pendiente de que se resuelva el memorial que solicito una práctica de pruebas en segunda instancia.

1.- REFIRIÉNDOSE AL ACTO DE DESORGANIZACIÓN A PARTIR DEL MOMENTO 00:40:32 DE LA PÁGINA 2 DE LA AUDIENCIA DE FALLO EL SEÑOR JUEZ REFLEXIONA SOBRE LA NECESIDAD DE HABER DEMANDADO A ANDRÉS ZARATE VASQUEZ, HERNANDO ZARATE BERMUDEZ, MILQUIADES GONZALEZ, GARCIA JUAN PABLO BUITRAGO PEÑA, Y ZIX CORPORATION Y QUE NO FUERON DEMANDADOS EN EL PROCESO LO QUE LE IMPIDE HACER UN PRONUNCIAMIENTO DE FONDO.

En este sentido el señor Juez de primera instancia olvidó la presunción, respecto a los fines concurrenciales establecida en el artículo 2 de la Ley 256 de 1996, advirtiendo que el incremento de la participación en el mercado puede ser de quien la realiza o de un tercero.

Pero ni siquiera es un tercero: Hago notar que los mencionados son empleados de ZIX COLOMBIA S.A.S., y que para efectos de responsabilidad extracontractual, todos los empleados de una compañía representan a la sociedad para la que trabajan, que es la posición actual de la jurisprudencia. En este punto al señor Juez se le olvidó la evolución de la responsabilidad de las personas jurídicas, que comenzó siendo responsabilidad por el hecho de otro, para después basarse en la teoría organicista de origen francés, y llegar a la responsabilidad por el hecho propio, cuando quien actúa es un empleado o un representante legal.

1

En este punto también se le olvidó al señor Juez, que en la responsabilidad civil extracontractual, existe solidaridad entre quienes cometieron el delito o culpa (Artículo 2344 del Código Civil).

En cuanto a ZIX CORPORATION, con quien ZARATRANS tenía un contrato, sin perjuicio de la solidaridad, la jurisprudencia y la doctrina ha desarrollado el principio de la responsabilidad al todo: que no impide que se demande por vía extracontractual a quien no tiene vínculo contractual y por vía contractual a la parte que está vinculada contractualmente.

En todo caso el Juez pasa por alto que ANDRÉS ZÁRATE es: representante legal y socio controlante de ZIX COLOMBIA S.A.S. y representante legal y socio principal (según confesión de la demanda) de ZIX CORPORATION.

En el mismo error incurre al estudiar los demás cargos.

Respecto de la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas, la Corte Suprema de Justicia, en jurisprudencia reiterada, se ha pronunciado en la siguiente forma:

1. Sentencia SC13925-2016 del 24 de agosto de 2016 Magistrado Ponente Ariel Salazar Ramírez, radicado número 05001-31-03-003-2005-00174-01:

“A partir de la sentencia de 30 de junio de 1962 (G.J. t. XCIC), ratificada en fallos posteriores, se abandonó esa corriente jurisprudencial, al entender la Corte que la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas es directa, cualquiera que sea la posición de sus agentes productores del daño dentro de la organización. En concreto sostuvo:

«Al amparo de la doctrina de la responsabilidad directa que por su vigor jurídico la Corte conserva y reitera hoy, procede afirmar pues, que cuando se demanda a una persona moral para el pago de los perjuicios ocasionados por el hecho culposo de sus subalternos, ejecutado en ejercicio de sus funciones o con ocasión de éstas, no se demanda al ente jurídico como tercero obligado a responder de los actos de sus dependientes, sino a él como directamente responsable del daño. (...). Tratándose pues, en tal supuesto, de una responsabilidad directa y no indirecta, lo pertinente es hacer actuar en el caso litigado, para darle la debida solución, la preceptiva legal contenida en el artículo 2341 del Código Civil y no la descrita en los textos 2347 y 2349 ejusdem». (SC del 17 de abril de 1975)

El demandado en este tipo de acción no se exige de culpa si demuestra que el agente causante del daño no estaba bajo su vigilancia y cuidado, o si a pesar de la autoridad y el cuidado que su calidad le confiere no habría podido impedir el hecho dañoso, pues estas situaciones son irrelevantes en tratándose de la responsabilidad directa de los entes morales. De ahí que se dijera que en esta última «la entidad moral se redime de la carga de resarcir el daño, probando el caso fortuito, el hecho de tercero o la culpa exclusiva de la víctima». (Sentencia de

2

casación de 28 de octubre de 1975)

...

La responsabilidad de las personas jurídicas es directa y tiene su fundamento normativo en el artículo 2341 del Código Civil, tal como lo ha afirmado la jurisprudencia de esta Corte desde mediados del siglo pasado."

2. Sentencia SC9788-2015 del 29 de julio de 2015, Magistrado Ponente Fernando Giraldo Gutiérrez, radicado número 11001-31-03-042-2005-00364-01:

d.-) .Las personas jurídicas están obligadas a indemnizar por responsabilidad civil extracontractual, pues, son «directamente responsables por el hecho doloso o culposo de sus agentes, causado en ejercicio de sus funciones propias del cargo, trátese de personal directivo o subalterno» (SC 27 abr. 1972, G.J. t. CXLII pág. 173).

Así también lo indicó la Sala en la precitada SC196-1992, rad. 3382, según la cual el

(...) deber de reparar también obliga a las personas jurídicas pues ellas, según lo vienen reiterando la Corte a partir de renombrados fallos proferidos sobre el tema en junio de 1962 (cfr. G.J. Ts. XCLX, págs. 88y 655, CVI, pág.130 y CXL/1, pág. 173 entre muchas otras), son directamente responsables por el comportamiento de sus agentes, ocurrido desde luego en ejercicio de las funciones propias del cargo o con ocasión de éstas e independientemente de que se trate de personal directivo o apenas subalterno, principio éste de significativa importancia que suele compendiarse en la siguiente fórmula, por cierto evocada con insistencia por el recurrente en varios apartes de su demanda de casación: "... la culpa personal de un agente dado compromete de manera inmediata a la persona jurídica, porque la culpa de sus agentes, cualesquiera que éstos sean, es su propia culpa... "

3. Sentencia S- 07-11-2000 (5476) del 7 de noviembre de dos mil (2000) Magistrado Ponente José Fernando Ramírez Gómez.

Ahora, acerca de la forma como las personas jurídicas comprometen su responsabilidad en el evento señalado, la jurisprudencia de la Corte ha evolucionado desde una inicial atribución de "responsabilidad indirecta", sustentada en los conceptos de "culpa in eligendo" y de "culpa in vigilando", conforme a los cuales la persona jurídica comprometía su responsabilidad como secuela de la mala elección o la falta de vigilancia de sus agentes o subordinados, a la luz de los artículos 2347 y 2349 del C. Civil, hasta llegar a partir del fallo de 21 de agosto de 1939, a la responsabilidad aquiliana directa de tales entes, delineada poco a poco por la jurisprudencia, la cual le introdujo dos variantes de cardinal importancia, como fueron la adopción de la llamada tesis organicista, en desarrollo de la cual se admitió la responsabilidad directa de la persona jurídica cuando los actos u omisiones con los

3

cuales se irrogaba el daño a terceros eran realizados por sus directores o quienes expresamente ejecutaban su voluntad, e indirecta en los demás casos, esto es, cuando quien cometía la culpa no se encontraba en el orden jerárquico señalado dentro de la organización interna de la persona jurídica; y la tesis de las fallas del servicio, de aplicación exclusiva para las personas jurídicas públicas, por la que se impuso a la administración el deber de reparar los daños resultantes de irregularidades o deficiencias en la prestación de los servicios públicos.

Luego, las sentencias de 30 de Junio de 1962, emanadas de las Salas de Casación Civil y de Negocios Generales de esta Corporación, consolidaron la doctrina de la responsabilidad directa de la persona jurídica por los actos de sus agentes, que es la vigente. De conformidad con ella, cuando se demanda a una persona jurídica para que repare los perjuicios resultantes de la culpa cometida por sus subalternos, en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas, no se le llama a responder por los actos de sus dependientes, sino de las consecuencias de sus propios actos. Como sustento argumentó la Sala de Casación Civil con apoyo en los artículos 2347 y 2349 del C. Civil que, "De los vínculos entre la persona de derecho público o privado, que es ente jurídico con personalidad propia, con capacidad esencial y de ejercicio, de acuerdo con su constitución, y sus agentes, no puede decirse lo que predicen dichas disposiciones de los sujetos que se hallan ligados entre sí por los nexos antes referidos. No están los agentes bajo la 'dependencia', ni tampoco al 'cuidado' de la entidad moral, como sí se hallan el hijo, el pupilo, el alumno, el aprendiz, el sirviente, el empleado doméstico, en relación con sus padres, guardadores, directores de institutos de enseñanza, maestros y patronos, y si estas personas se descargan de la responsabilidad que les incumbe probando no haber podido evitar el daño con la 'autoridad y cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe', se ve claro que ello es inaplicable a las personas jurídicas, y es, por tanto, improcedente instituir una responsabilidad y unas presunciones de culpa con base en deberes inexistentes. De lo cual se infiere que sin las dichas presunciones in eligendo e in vigilando, la responsabilidad indirecta no se sostiene, y la directa no las requiere. Por otra parte, la fusión vital entre la persona jurídica y sus agentes presenta tan peculiares caracteres que tampoco cuadra a ello una responsabilidad por los 'hechos ajenos'".

Respecto de la solidaridad en la responsabilidad, la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

1. Sentencia SC1256-2022 del 7 de abril de 2022, Magistrado Ponente AROLDI WILSON QUIROZ MONSALVO, radicado número ° 73001-31-03-004-1999-00227-01

"[C]uando en la producción del daño han actuado varias personas, generalmente todas ellas son solidariamente responsables y, por tal virtud, la víctima o acreedor, a su arbitrio, puede demandar a cualquiera de ellas por el total de perjuicios. Sobre el particular tiene sentado la

4

jurisprudencia de la Corporación que "la posible culpa concurrente del tercero, o quien por serlo no se le puede juzgar aquí, no exonera de responsabilidad del daño; apenas lo haría solidariamente responsable del mismo... Siendo pues solidaria la responsabilidad, la parte demandante podía demandar el resarcimiento del daño contra todos los responsables o contra cualquiera de ellos'...

...

De otra parte, frente a situaciones que guardan similitud con el presente expediente, en relación con el artículo 2344 del Código Civil, parece pertinente reiterar que la responsabilidad solidaria ocurre, «asi se trate de hechos instantáneos o de extensa duración. Lo que interesa para los efectos de la solidaridad no es el proceso mismo causante del daño, sino su resultado» (SC, 30 ab. 1976, G.J. CLIL, pág. 123), como acontece con conductas que se cometen de forma prolongada pero que tienen un resultado común, porque uno sólo es el vínculo entre los agentes y la víctima; así no es admisible «la tesis de que el citado artículo 2344 sólo es aplicable a quienes simultáneamente cometen hecho ilícito determinado, de modo que si su intervención en éste es sucesiva e independiente, sea preciso dividir la indemnización proporcionalmente, a efectos de que la víctima la cobre por partes. Esto es, precisamente, lo que la disposición en comento se propone evitar» (idem)."

2.- EL SEÑOR JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA SE EQUIVOCO EN LA APRECIACIÓN Y VALORACIÓN DE PRUEBAS

2.1.- VALORACIÓN DE PRUEBAS RESPECTO A LA DESVIACIÓN DE LA CLIENTELA.

El Juez en primera instancia reconoció el traslado de clientes pero considero que estos se hicieron bajo los usos honestos y legítimos actos de competencia de la sociedad DEMANDADA. Al respecto, debe decirse que se incurre en un error de valoración, pues queda demostrado que la sociedad DEMANDADA se valió en gran medida del prestigio que tenían los ex funcionarios de la DEMANDANTE para convencer a sus clientes de trasladarse de prestado de servicio. Esta discusión nos lleva a establecer el siguiente problema jurídico:
¿Se puede llegar a considerar honesto y concordante con las sanas costumbres mercantiles, utilizar como medio de acceso a clientes a trabajadores que acaban de renunciar a una empresa con la compiten directamente en el mercado?

Sin perjuicio de que los datos de contacto de los clientes sean públicos y se pueda acceder a ellos a través de bases de datos, lo cierto es que el dato de contacto en sí no garantiza la consecución del cliente o del servicio para los servicios prestados por quien realiza el contacto. Así pues, los ex trabajadores de ZARATRANS conocían de las particularidades de cada cliente, que permite conocer cuál podría constituirse como una oferta tentadora y convincente para el cliente, que en circunstancias normales del mercado no hubiese sido posible conocer. Es decir, podemos asegurar que el éxito en las negociaciones con los clientes trasladados se podía explicar en gran parte por el conocimiento previa en dinámicas de consumo que tenían los ex trabajadores de la DEMANDANTE

5

sobre los clientes trasladados, información que terminó aprovechando la DEMANDADA para concretar negocios jurídicos y ampliar su participación en el mercado. En este orden de ideas, resulta pertinente plantear el siguiente problema jurídico:

¿Representa una ventaja competitiva contrato a los usos honestos del mercado lograr mejores ofertas a clientes a través del conocimiento previo de ex trabajadores de otra empresa que compite directamente en el mismo mercado?

Al respecto, Advierte la Corte Suprema Justicia en sala de Casación Civil con radicado SC-4174-2021 el día 13 de octubre de 2021 señala que: "nada de anómalo se observa en que un dependiente de una determinada actividad mercantil, de forma independiente, incursione en el mismo ramo y, por ende, entre a competir con su antiguo empleador o contratante, habida cuenta que propende por el desarrollo del mercado"

En este orden de ideas, debemos tener en cuenta que en el presente caso no se trata de la acción de un trabajador o un dependiente particular de la DEMANDANTE, si no que se trató de un número plural de dependientes que, al ser visto en forma macro, podemos deducir que hubo una coordinación por parte de la DEMANDADA para fugar el capital humano de la DEMANDANTE y a través de este conocimiento y experiencia tener una ventaja ilegítima a la hora de abordar las particulares y conocimiento de dinámicas de consumo de los clientes trasladador.

2.2.- VALORACIÓN INDEBIDA DE PRUEBAS EN LA INDUCCIÓN A TRABAJADORES Y PROVEEDORES DE ZARATRANS A INCUMPLIR OBLIGACIONES CONTRACTUALES

Aunado a lo anterior, y acorde a la sentencia 005 del Treinta de Noviembre de 2005 proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, expresa que "el artículo 17 de la Ley 256 de 1996, según el cual, "se considera desleal la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores. La inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno de una infracción contractual ajena solo se califica desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la expansión de un sector industrial o empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otros análogos". Respecto a estos actos que configuran la Inducción a la Ruptura Contractual, la jurisprudencia de esta misma corporación ha anotado que es indispensable que se configuren cinco requisitos en el caso concreto. Estos son:

- 1.** La existencia de una relación contractual entre el sujeto pasivo de la conducta desleal y el agente inducido; así como la terminación de dicho vínculo.
- 2.** La irrupción en la relación contractual por parte del sujeto activo de la conducta, con el propósito de motivar la terminación irregular del vínculo.
- 3.** El conocimiento de la terminación del contrato por parte del agente inductor.

6

4. La finalidad de expansión de un sector empresarial o la eliminación de un competidor en el mercado.
5. El uso de métodos o medios reprochables, tales como el engaño u otros actos análogos. (Superintendencia de Industria y Comercio. (15 de enero de 2018) Rad. 16 - 163086)

Obsérvese a la luz del artículo en estudio, que cuando se presentan la segunda y la tercera hipótesis, esto es, las relativas a la inducción a la terminación regular de un contrato celebrado o el aprovechamiento de una infracción contractual ajena, la norma se hace más contundente y exige para su verificación que adicionalmente, estas dos actuaciones tengan como fin la expansión de un sector industrial o empresarial, lo cual podría asimilarse a la expectativa de generar razonadamente una ventaja económica en un sector específico, o vayan acompañadas, entre otras, de circunstancias tales como el engaño o la intención de eliminar a un competidor del mercado.

En el presente caso encontramos que la DEMANDADA establece una serie de incentivos perversos para convencer a los trabajadores de la DEMANDANTE de incumplir cláusulas contractuales de confidencialidad y posteriormente terminan la relación laboral y/o de prestación de servicios con la DEMANDANTE. En algunos casos se valió de ofrecimiento más allá de un salario competitivo, ofreciendo participación accionaria en la estructura societario de la DEMANDADA para afianzar la decisiones de los trabajadores y lograr tener acceso a la información que estos poseían que en definitiva le permitía tener una ventaja ilegítima y contraria a los usos honestos en el mercado.

Así pues, el juez de primera instancia no valora adecuadamente la infraestructura de pagos que montó la DEMANDADA para convencer a los trabajadores de la DEMANDANTE de incumplir sus obligaciones contractuales y posteriormente terminar la relación laboral con la DEMANDANTE.

2.3.- VALORACIÓN INDEBIDA DE PRUEBAS EN LA DESORGANIZACIÓN INTERNA DE ZARATRANS.

De acuerdo con el artículo 9 de la Ley 256 de 1996, "Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto desorganizar internamente la empresa, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajeno."

En efecto, la jurisprudencia y la doctrina han reconocido la existencia de un daño concurrencial legítimo como una consecuencia deseable en el mercado; y, además promovida por el ordenamiento, en los eventos en que se fundamentan relaciones de competencia basadas en la utilización de medios éticos y adecuados a la hora de disputar la clientela e incluso los medios de producción. En el presente caso tenemos probado mediante los balances internos de la empresa la disminución de ingresos fruto del proceso de desorganización ilegítimo causado por los DEMANDADOS, afectando el área comercial y administrativa de la empresa, impidiendo continuar con su operación normal,

7

principalmente a través de la fuga del capital humano de la empresa DEMANDANTE.

No obstante, en el presente caso no se presenta un daño concurrencial legítimo, pues las perturbaciones internas de la empresa se debieron a la concurrencia de los actos desleales ya mencionados. El juez de primera instancia comete un error de valoración, pues el hecho de que para 2022 la DEMANDANTE haya logrado volver a tener un equilibrio económico interno en sus prestaciones y funcionamiento, no quiere decir que en la temporalidad del 2019 a 2022 no se hubiesen presentado escenarios de pérdidas y afectaciones a la organización interna de la empresa adjudicables causalmente a los actos desarrollados entre 2018 y 2019 por la DEMANDADA.

En el lapso de 3 meses, ZIX COLOMBIA S.A.S. persuadió y traslado fraudulentamente a 5 personas que trabajaban en ZARATRANS S.A.S. El porcentaje de trabajadores trasladados fraudulentamente corresponde al 25% del total de los empleados de ZARATRANS S.A.S. Respecto a los empleados del área comercial, ZIX COLOMBIA S.A.S. traslado al 66% de los asesores comerciales. Además, trasladó al director del área comercial, a quien como ya se señaló, lo indujo a incumplir sus obligaciones haciéndolo participar, por interpuesta persona, en una sociedad competencia de la DEMANDANTE.

2.4.- EN GENERAL, EL SEÑOR JUEZ OMITIÓ ANALIZAR LAS PRUEBAS EN CONJUNTO, TAL COMO LO OBLIGA EL ARTÍCULO 176 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO Y EN CONSECUENCIA, TOMÓ LAS DECLARACIONES DE LOS REPRESENTANTES LEGALES DE LOS DEMANDADOS Y LOS TESTIMONIOS DE LOS TESTIGOS, EN EL APARTE QUE BENEFICIAN A LA DEMANDADA, PERO OMITIÓ TOMAR LOS APARTES EN QUE SE CONFIESAN LAS CONDUCTAS DE COMPETENCIA DESLEAL.

En efecto, el señor Juez pasó por alto las confesiones hechas por los representantes legales de los demandados y las contradicciones que tales confesiones tienen con los argumentos de la defensa:

2.4.1.-Andres Zarate confiesa lo siguiente, en el minuto 5:45, de la grabación 2 de 30 de agosto, señala "yo de mi parte, lo que eran mis clientes, a los que yo controlaba, que era mi clientela, que yo facturaba, si la traslade obviamente, a la operación de ZIX COLOMBIA", hecho que contradice toda la defensa, fundamentada en que los clientes no son de nadie.

2.4.2.- JUAN CAMILO GUTIERREZ confiesa que ZIX COLOMBIA S.A. recibió la información de bases de datos de ZIX CORPORATION, "de sus propios clientes".

2.4.3.- En la declaración de Leonardo Castro, Representante Legal de Disval, quedó claro porque ZIX COLOMBIA contrató a Juan Pablo Buitrago: Es quien llama a ofrecer sus servicios en Disval, para cambiar de Zaratrans a Zix

8

Colombia: Conocían el cliente, la carga, la frecuencia, el volumen, etc. Y cambian.

2.4.4.- No obstante lo anterior, todos los demás clientes, citados en testimonios reconocen haber sido clientes de sido clientes de Zaratrans

Los clientes reconocieron, en todos los casos, sin excepción que ZARATRANS fue su proveedor, pero hay revelaciones más dramáticas:

En el testimonio de la representante legal de ICTS ANDINA, audiencia del momento 1:04:50, señala que ZIX COLOMBIA S.A.S. fue creado como proveedor en el 2018.

El representante legal de Disval , Leonardo Castro reconoció que cambio de proveedor por que Juan Pablo Buitrago, que se cambió de Zaratrans a Zix Colombia, llamo al encargado de importaciones a ofrecer el servicio por Zix Colombia.

La representante legal de Multidimensionales en Colombia manifestó que la facturación la hacía ZIX CORPORATION, pero que los contactos operativos en Colombia eran de ZIX COLOMBIA: es decir que ZIX COLOMBIA es el vehículo para que ZIX CORPORATION compita de manera desleal con ZARATRANS.

Todas las maneras en que se desviaron los clientes son contrarias a los usos honestos

2.5.- LAS PRUEBAS DOCUMENTALES, QUE NI SIQUIERA FUERON MENCIONADAS NI CONSIDERADAS EN LA SENTENCIA, LLEVABAN A LA CONVICCIÓN DE QUE SE COMETERON ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL:

2.5.1.- Hubo actos de desorganización, y esta se hizo con se hizo con todo el dolo posible, no obstante tales documentos ni siquiera fueron tenidos en cuenta por el juez de primera instancia:

Según documentos presentados a las autoridades tributarias, que reposan en el expediente, la Dra. María Carolina Arévalo Torres, manifestó bajo la gravedad del juramento que la sociedad ZIX COLOMBIA S.A.S. había iniciado operaciones el 18 de julio de 2018; según el documento en que Andres Zarate reconoce ser socio controlante de ZIX COLOMBIA confiesa que la sociedad inicio operaciones el 4 de febrero de 2019 y en el interrogatorio de parte Andres Zarate dice que puso en funcionamiento la sociedad, dado que Vicente Zarate no lo llamo frente una pataleta que hizo Andres Zarate. Obviamente son explicaciones ex post de una mentira armada desde el principio, que después no cuadra, en donde se han casado verdades con mentiras para dar una apariencia de realidad.

9

El 10 de octubre de 2018 la sociedad ZIX COLOMBIA S.A.S. aumentó el capital autorizado a la suma de 600 millones de pesos y emite acciones por 280 millones, de modo que alcanzo un capital suscrito de 420 millones, que se encontraba (ver anexo 2 de la demanda), todo pagado para el 23 de julio de 2019 (ver anexo 2 de la demanda). Zaratrans tiene un capital suscrito y pagado de 250 millones y un autorizado de 252 millones). Es decir que para febrero de 2018, ZIX COLOMBIA tenía un capital de casi el doble del de ZARATRANS.

El 1 de febrero de 2019, ZIX COLOMBIA S.A.S. contrató a MILQUIADES GONZALEZ, quien había renunciado a Zaratrans el 21 de enero de 2019 y quien era socio de ZIX COLOMBIA S.A.S. desde el 18 de julio de 2018.

Pero lo que es más, según palabras de Juan Camilo Gutiérrez llevaban 6 meses de etapa preoperativa, organizándose

Andres Zarate monta una sociedad, con una capital de SEISCIENTOS MILLONES DE CAPITAL AUTORIZADO y 420 MILLONES DE CAPITAL PAGADO, y ANDRES ZARATE dice que iba a “ver si hace algo con ella”, en la que tienen prebenda como socios los dos comerciales más importantes de ZARATRANS: Hernando Zarate y Milquiades González.

Era claro que el funcionamiento de ZIX COLOMBIA se hizo con todo el dolo posible, para el primero de febrero ZIX COLOMBIA S.A. era una sociedad en marcha con toda la intención de entrar en el mercado, de hecho la primera factura, según pruebas aportadas por ZIX COLOMBIA, fue emitida el 11 de febrero de 2019, respecto de una operación de carga que salió el 8 de febrero de 2019.

Hago notar que la sociedad se montó, a escondidas de Vicente Zarate para causar todo el daño posible: ¿Qué había de malo en comportarse como un buen hombre de negocios, anunciar la creación de la sociedad y la terminación de la relación entre ZIX CORPORATION y ZARATRANS?

La respuesta es sencilla, que así no se lograría el golpe que pretendía dar.

El mismo Andres Zarate, respecto de la consecución de ZARATRANS de un nuevo agente en MIAMI en un plazo de 3 días, Andres Zarate dijo “es imposible, se puede hablar pero organizarlo físicamente es imposible por la sencilla razón de que tengo entendido que aquel tiene que presentar a la DIAN un documento que ese es su agente oficial, heee hay una coordinación de la carga, entrega de la carga compleja, hay un convencimiento de los clientes , hay ehhhh, hay una serie de actividades que tiene que hacer IMC en Estados Unidos que son relacionadas con el ESA como indirector currier, nada es imposible pero es muy muy difícil, muy difícil, muy difícil” lo anterior denota el dolo con el que actuó Andres Zarate, como representante legal de ZIX COLOMBIA: esperaba que ZARATRANS no pudiera conseguir un nuevo proveedor en MIAMI, y lo puso a ZARATRANS en la situación más difícil posible.

10

Después de montada ZIX COLOMBIA S.A.S. seguía contactando empleados de la sociedad y procurando su retiro.

Todas las pruebas anteriores ni siquiera fueron consideradas por el señor Juez, a pesar de que se trataba de pruebas documentales.

2.6.-ZIX COLOMBIA SE APROVECHO PARA BENEFICIO PROPIO DE LA REPUTACIÓN DE ZARATRANS

Sobre la existencia de la reputación de ZARATRANS, En el interrogatorio de parte a ANDRES ZARATE, este confiesa: En el minuto 2:44:17: refiriéndose a la relación de ZIX CORPORATION y ZARATRANS: "...la relación siempre fue una relación exitosa, porque fue exitosa, realmente tan exitosa que lo que era el nombre de ZIX CORPORATION y ZARATRANS obviamente era reconocido en el mercado, y primordialmente por ZIX, ..."

Cuando ZIX COLOMBIA se constituye y hasta mucho tiempo después del 19 de febrero de 2019, ZIX era una marca registrada a nombre de ZARATRANS Y DE ZIX CORPORATION (Ver anexo 51 de los anexos de la demanda)

ZIX COLOMBIA en su papelería utiliza los colores de la marca ZIX, registrada en Colombia: dos tonalidades de azul y un negro (Ver anexo 51 de la demanda y anexo de las facturas aportadas por la demandada), hago notar que ZARATRANS utiliza en su papelería dos tonalidades de azul para el logo.

Ahora bien, Juan Camilo Gutiérrez confiesa que cuando ZIX COLOMBIA se establece, la marca ZIX pertenece, en Colombia a ZARATRANS S.A.S. Y A ZIX CORPORATION. Tiempo después ZIX COLOMBIA S.A.S. inicia un proceso de cancelación de marca, que dada la difícil situación económica de ZARATRANS S.A.S. este no puede enfrentar.

No obstante lo anterior resalto la confesión de ANDRES ZARATE respecto del reconocimiento de ZIX y ZARATRANS en el mercado.

Lo anterior tampoco fue analizado por el señor Juez.

2.7.- El señor Juez da plena credibilidad al testimonio de Mario Alberto Ortega Pertuz, quien en una evidente contradicción advierte que se tuvo que ir a Ciénaga de Oro por motivos Familiares, para después advertir que su familia reside en Bogotá hace muchos años y por eso retorna inmediatamente a Bogotá. Es de advertir que tal como se señalara en el numeral siguiente, este testimonio fue tachado de sospechoso.

2.8.- Al valorar los testimonios de JHON CARRANZA y MARIO ALBERTO ORTEGA PERTUZ, el señor Juez incurre en el error de considerar que quien pide la prueba no puede tachar al testigo, como si el artículo 218 del Código de Procedimiento Civil continuará vigente, omitiendo aplicar el artículo 211 del Código General del Proceso.

11

3.- EL SEÑOR JUEZ PUSO EL DERECHO DE DEFENSA DEL DEMANDADO POR ENCIMA DE SUS OBLIGACIONES LEGALES.

El señor Juez olvido las obligaciones que le impone el Código General del Proceso de utilizar sus poderes para verificar los hechos alegados por las partes. El señor Juez consideró, en el caso particular que el derecho de defensa del demandado, que era ejercido por este, estaba por encima del deber que le impone la Ley en el numeral 4 del artículo 42 del Código General del Proceso. En este caso particular el señor Juez actuó como defensor de oficio del demandado.

3.1.- En desarrollo de lo anterior el señor juez impidió hacer ciertas preguntas dado que violaban el derecho de defensa del demandado.

3.2.- En este caso particular, el señor Juez, al recibir los testimonios, trato a los representantes legales de las personas jurídicas como si fueran testigos personas naturales e impidió que se les hicieran preguntas, que en su condición de representantes legales, debían tener claras, confundiendo su condición de representantes legales con las de testigo persona natural.

4.- El señor Juez negó la práctica de inspecciones judiciales, con el argumento de que se declaraban los testimonios de los representantes legales de las personas jurídicas y practicados los testimonios, excuso las preguntas a los representantes legales, como si respondieran como personas naturales.

5.- Al analizar las pruebas y el cargo de imitación, el señor Juez no tuvo en cuenta: que los documentos aportados probaban que la prestación original, que no existe prueba de que sean normales en el mercado, prueba que correspondía al demandado.

6.- El señor juez no tuvo en cuenta las pruebas aportadas que demostraban que cada uno de los empleados que fueron de ZARATRANS y que terminaron en ZIX COLOMBIA S.A.S., tuvieron varios años de preparación, que su formación académica se dio mientras trabajaban en ZARATRANS y que contratarlos suponía ahorrarse varios años de adiestramiento.

7.- El señor Juez pasó por alto que los testigos advirtieron que lo importante era el servicio.

8.- El señor Juez omitió tener en cuenta las pruebas al respecto del aprovechamiento de la reputación ajena, que las marcas ZIX y ZARATRANS fueron acreditadas en el mercado por ZARATRANS, hecho que es confesado por Andres Zarate. Y que la marca ZIX era de propiedad de ZIX CORPORATION y ZARATRANS. Al señor Juez le parece que no hay aprovechamiento de reputación ajena, cuando la demanda se denomina ZIX COLOMBIA y utiliza los colores de la marca registrada.

12

9.- El señor Juez no tiene en cuenta que según las pruebas las marcas ZIX y ZARATRANS estaban ligadas para los clientes y que desligarlas causaba: Una confusión en el mercado.

10.- La declaración de CONSUELO CRISPINO DE ZARATE fue solicitada, como testigo, por la parte demandante para probar los hechos que ella conocía. El señor Juez, en un hecho inédito, cuando ya se había surtido la declaración de parte del representante legal de ZARATRANS, decidió citarla como parte y no como testigo, para después al final desestimar su declaración advirtiendo que no conocía del negocio, punto que no era objeto de su declaración.

11.- El Sr Juez considera que el testimonio de Carlos Chaparro es inconducente, dado que la información se la suministro el demandante. Hago notar que Carlos Chaparro fue llamado como testigo para dar fe de la celebración de una reunión, en la que estuvo Carlos Chaparro y hecho que fue verificado por el testigo.

12.- El señor Juez no dio ninguna trascendencia al hecho de que ANDRÉS ZARATE hizo socio de ZIX COLOMBIA S.A.S. a un empleado de ZARATRANS.

13.- El señor Juez no dio ninguna trascendencia al hecho de que ANDRÉS ZARATE hizo socios de ZIX COLOMBIA S.A.S. a la esposa y al yerno del representante legal suplente de ZARATRANS S.A.S.

14.- El señor Juez pasó por alto las pruebas aportadas que demostraban lo siguiente:

14.1.- Todos los clientes que fueron citados como testigos reconocieron haber sido clientes de ZARATRANS.

14.2.- Todos los clientes que fueron citados como testigos reconocieron haber dejado de ser clientes de ZARATRANS.

14.3.- Todos los clientes que fueron citados como testigos reconocieron no tener quejas contra ZARATRANS.

14.4.- Uno de los clientes confesó tener relación con ZIX CORPORATION advirtiendo que la parte operativa en Colombia la hacía ZIX COLOMBIA.

14.5.- ANDRES ZARATE confesó haber trasladado clientes a ZIX COLOMBIA.

15.- El Señor Juez pasó por alto las pruebas aportadas por la demanda, que en algunos casos implican cobros muy por debajo de lo usual, de los costos y del mercado, lo que obviamente implica una práctica desleal.

16.- El Juez pasó por alto que los correos utilizados por ZIX COLOMBIA S.A.S. son correos corporativos de ZIX CORPORATION.

17.- El señor Juez no se pronunció sobre la solicitud de que se reconozca que ZIX COLOMBIA tiene objetos y causa ilícitos, pronunciamiento que estaba en la obligación de hacer.

18.- RESPECTO AL NEXO DE CAUSALIDAD ENTRE LAS CONDUCTAS DESLEALES Y LOS PERJUICIOS CAUSADOS EN EL DEMANDANTE

13

Podemos evidenciar que la dinámica de utilidades de ZARATRANS tenía rangos positivos en el año 2017 y 2018, momento previo al inicio de los actos de competencia desleal. Evidenciamos que en 2019 y 2018 los resultados fueron negativos, siendo el año 2019 el de mayor impacto para la empresa, lo que concuerda con los hechos probados que desde 2019 ZARATRANS tuvo que iniciar proceso de reorganización empresarial fruto de los actos desleales cometidos por las DEMANDADA. En 2020 el ejercicio sigue siendo negativo pero se mitiga el grado de afectación.

No existe otra causa eficiente atribuible a los resultados negativos en las utilidades del ejercicio económico de 2019 y 2020.

UTILIDADES ZARATRANS

2017	\$ 115.535.456,00
2018	\$ 123.064.608,00
2019	-\$ 447.458.452,00
2020	-\$ 294.899.953,00

Ahora bien, respecto a los valores facturados, que no tienen en cuenta los costos directos, indirectos y la tasa impositiva, tenemos que estos son estadísticamente compatibles con la aseveración del proceso de desviación de clientela. De 2018 a 2019 tenemos una disminución del 67,74% en la facturación, con un valor neto de \$10.723.755.892,00, que puede ser explicado como causa de los actos de competencia desleal antes descritos, siendo \$ 4.436.139.619,06 la porción facturada a través de ZIX COLOMBIA y el excedente fuera del país a través de ZIX CORPORATION.

La misma reflexión aplica para el año 2020. La mejora sustancial respecto al 2019 se debe a los actos pertinentes, conducentes y útiles que se llevaron a cabo en cabeza de Vicente Zarate y Klaus para recuperar la estabilidad interna de la empresa y reconstruir el equipo comercial.

TOTAL FACTURADO ZARATRANS

2017	\$ 8.272.238.273,00
2018	\$ 15.833.300.196,00

14

2019	\$ 5.109.544.304,00
2020	\$ 8.166.349.998,00
TOTAL FACTURADO A CLIENTES DESVIADOS ZIX COLOMBIA	
2019	\$ 4.436.139.619,06
2020	\$ 4.737.844.260,00

UTILIDADES ZIX

2019	\$87.284.119
2020	\$44.973.407

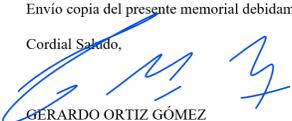
19.- LAS AGENCIAS EN DERECHO A QUE FUE CONDENADO ZARATRANS EN PRIMERA INSTANCIA SON EXCESIVAS DADO QUE SE APLICARON COSTAS CUANDO SE DICTA SANCIÓN COSA QUE NO OCURRIÓ EN EL PRESENTE PROCESO.

En el caso particular el Acuerdo PSAA-16 10554 de 2016, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura tiene en cuenta que para los procesos especiales el valor de las agencias en Derecho es de entre el 3 y el 7,5% de la indemnización: En este caso particular no hubo indemnización alguna por lo que la cifra calculada por el juez de primera instancia, calculada en el 3% de las pretensiones debe ser reconsiderada.

La condena en agencias en derecho, solo demuestra nuevamente la parcialidad en que incurrió el Juez de primera instancia.

Envío copia del presente memorial debidamente firmado en PDF

Cordial Saludo,



GERARDO ORTIZ GÓMEZ
C.C. 12.998.035
T.P. 77.859

**MEMORIAL PARA REGISTRARA DRA PELAEZ ARENAS RV: ASUNTO: SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN
REFERENCIA: DECLARATIVO RADICADO: 11001310300320190057701 DEMANDANTE: IVAN RAMIRO MARTÍNEZ PAYAN
DEMANDADO: ALBERTO OCHOA MARULANDA**

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Lun 30/10/2023 14:45

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

 1 archivos adjuntos (212 KB)

Sustentación apelación 2019-00577-01.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRARA DRA PELAEZ ARENAS

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: dependencia.judicial@naranjoabogados.com <dependencia.judicial@naranjoabogados.com>

Enviado: lunes, 30 de octubre de 2023 14:35

Para: JARABITAR@HOTMAIL.COM <JARABITAR@HOTMAIL.COM>; alberto@microm.com.co <alberto@microm.com.co>; Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Secretaría Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secscribupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: oscar.aldana@naranjoabogados.com <oscar.aldana@naranjoabogados.com>; juridico.junior@naranjoabogados.com <juridico.junior@naranjoabogados.com>; cnaranjo@naranjoabogados.com <cnaranjo@naranjoabogados.com>

Asunto: ASUNTO: SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN REFERENCIA: DECLARATIVO RADICADO: 11001310300320190057701 DEMANDANTE: IVAN RAMIRO MARTÍNEZ PAYAN DEMANDADO: ALBERTO OCHOA MARULANDA

Bogotá D.C., 30 de octubre de 2023.

SEÑORES:

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C. SALA CIVIL

E. S. D.

REFERENCIA: DECLARATIVO
DEMANDANTE: IVAN RAMIRO MARTÍNEZ PAYAN
DEMANDADO: ALBERTO OCHOA MARULANDA
RADICADO: 11001310300320190057701

ASUNTO: SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN

CARLOS EDUARDO NARANJO FLÓREZ, abogado en ejercicio, identificado con la cédula de ciudadanía número 71.583.099 de Medellín (Antioquia), abogado en ejercicio con Tarjeta Profesional No. 33.269 del Consejo Superior de la Judicatura, en calidad de apoderado de la parte demandante, por medio del presente escrito, por medio del presente escrito, procedo a **SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto el 21 de junio de 2023 contra la sentencia de primera instancia proferida al interior del proceso de la referencia.

Cordialmente,

Carlos E. Naranjo Flórez.



NARANJO VALLEJO ABOGADOS

Bogotá D.C., 30 de octubre de 2023

SEÑORES:

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C. SALA CIVIL

E. S. D.

REFERENCIA: DECLARATIVO

DEMANDANTE: IVAN RAMIRO MARTÍNEZ PAYAN

DEMANDADO: ALBERTO OCHOA MARULANDA

RADICADO: 11001310300320190057701.

ASUNTO: Sustentación recurso de apelación contra sentencia de primera instancia.

CARLOS EDUARDO NARANJO FLÓREZ abogado en ejercicio, identificado con la cédula de ciudadanía número 71.583.099 de Medellín (Antioquia), abogado en ejercicio con Tarjeta Profesional No. 33.269 del Consejo Superior de la Judicatura, en calidad de apoderado de la parte demandante, por medio del presente escrito, presenta ante su Despacho **SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN** en contra de la sentencia de primera instancia proferida al interior del proceso de la referencia, de conformidad con los siguientes:

I. HECHOS

1) El 14 de junio de 2023 el Juzgado 03 Civil del Circuito de Bogotá profirió sentencia de primera instancia al interior del proceso identificado con el número de radicado 11001310300320190057700, en un sentido desfavorable para la parte demandante al decidir negar las pretensiones de la demanda y, consecuentemente, condenar en costas a la parte demandante.

- La providencia fue notificada, mediante Estado Electrónico No. 50, el 15 de junio de 2023.

II. OPORTUNIDAD

La Ley 2213 en su artículo 12 indica en relación con la apelación de sentencias, lo siguiente:

*ARTÍCULO 12. APELACIÓN DE SENTENCIAS EN MATERIA CIVIL Y FAMILIA.
El recurso de apelación contra sentencia en los procesos civiles y de familia se tramitará así:*

(...)



NARANJO VALLEJO ABOGADOS

Ejecutoriada el auto que admite el recurso o el que niega la solicitud de pruebas, el apelante deberá sustentar el recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes. De la sustentación se correrá traslado a la parte contraria por el término de cinco (5) días. Vencido el término de traslado se proferirá sentencia escrita que se notificará por estado.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el auto que admitió el recurso de apelación fue notificado por estado el día 23 de octubre de 2023 los tres (03) días de ejecutoria de esta providencia fueron el 24, 25 y 26 de 2023, por lo que los cinco (05) días para sustentar el recurso presentado se contabilizan desde el 27 de octubre hasta el 01 de noviembre siguiente, por lo tanto, el presente escrito se radica dentro de la oportunidad correspondiente.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA SUSTENTACIÓN.

El día 14 de junio de 2023 mediante auto notificado por estado el 15 de junio de 2023, el Juzgado Tercero (3) Civil del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia mediante la cual resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante y a favor del demandado, en la suma de \$3.000.000, por concepto de agencias en derecho.

TERCERO: ARCHIVAR las diligencias en su oportunidad.”

Para tomar las decisiones antes citadas, la Juez de primera instancia dentro de sus consideraciones manifestó que, “para el buen curso de esta causa, se requiere la demostración a cargo del demandante de los hechos y acciones en concreto, desplegados por las partes y que signifiquen derechos y obligaciones contraídas a favor de la sociedad de hecho en el ejercicio de una actividad lucrativa” (subrayas y negrillas por fuera del texto); de igual manera indicó que “*al no encontrarse cumplidos los presupuestos axiológicos, para tener por probada la existencia de la sociedad de hecho planteada desde la demanda, se negarán las pretensiones invocadas y así, también, se hace innecesario entrar a estudiar los medios exceptivos propuestos por el extremo pasivo, conforme a lo reglado en el artículo 282 del C.G.P. y, sin más elucubraciones al respecto.*”



NARANJO VALLEJO ABOGADOS

Para finalmente concluir que: “no acreditó la parte demandante qué actividades desplegaron conjuntamente con el señor Alberto Ochoa Marulanda para llamar la atención de socios capitalistas, cuál era la propuesta del negocio inmobiliario a presentar ante entidades fiduciarias, quienes iban a ser los constructores del proyecto, de tal suerte que los contactos realizados entre las partes, en el corto periodo de tiempo del 24 de octubre del 2016 hasta el 11 de abril del 2017, como se advierte de la misma prueba documental traída por la demandante, no tuvo la significancia de trascender de conversaciones, acercamientos o propuestas a una verdadera empresa comercial que implica un ánimo societario entre las partes, con la consecuente obtención de utilidades y pérdidas a las que se está expuesto en el desarrollo de negocios inmobiliarios” (subrayas por fuera del texto)

Considera este extremo que la decisión adoptada en primera instancia dentro del proceso de la referencia no se ajusta a derecho, de conformidad a los siguientes fundamentos:

Contrario a lo considerado por el *a quo* en el presente proceso se demostró la concurrencia de los elementos para declarar la clara existencia de conformar una sociedad de hecho tendiente a realizar un negocio comercial. Así mismo se demostró la concurrencia de los elementos de validez para obligarse por parte del señor Alberto Ochoa y su conducta inequívoca de participar en la realización de un proyecto denominado Entremares. Como sustento de lo anterior se debe tener en cuenta por parte del fallador las pruebas que las partes aportaron, es por esto que la valoración de las pruebas en este caso es de suma importancia su valoración, análisis, aspecto que respetuosamente fue solayado por el juez de primera instancia.

El Juzgado 03 Civil del Circuito de Bogotá D.C. manifestó en su sentencia de primera instancia que: “para el buen curso de esta causa, se requiere la demostración a cargo del demandante de los hechos y acciones en concreto, desplegados por las partes y **que signifiquen derechos y obligaciones contraídas a favor de la sociedad de hecho en el ejercicio de una actividad lucrativa**” (subrayas y negrillas por fuera del texto).

Para finalmente concluir que: “no acreditó la parte demandante qué actividades desplegaron conjuntamente con el señor Alberto Ochoa Marulanda para llamar la atención de socios capitalistas, cuál era la propuesta del negocio inmobiliario a presentar ante entidades fiduciarias, quienes iban a ser los constructores del proyecto, de tal suerte que los contactos realizados entre las partes, en el corto periodo de tiempo del 24 de octubre del 2016 hasta el 11 de abril del 2017, como se advierte de la misma prueba documental traída por la demandante, no tuvo la significancia de trascender de conversaciones, acercamientos o propuestas a una verdadera empresa comercial que implicara un ánimo societario entre las partes, con la consecuente obtención de



NARANJO VALLEJO ABOGADOS

utilidades y pérdidas a las que se está expuesto en el desarrollo de negocios inmobiliarios” (subrayas por fuera del texto)

Y, en ese sentido, únicamente analizó defectuosamente 6 de los medios probatorios que obran en el expediente del proceso: **i)** “Convocatoria Privada para conformar un equipo propietario-gestor de un Proyecto Inmobiliario”, **ii)** “Oficio del 5 de diciembre de 2016”, **iii)** “memorando de entendimiento suscrito entre la sociedad Miraval Inmobiliaria S.A.S. e Iván Martínez Payán”, **iv)** “informe realizado por Marco Antonio Vargas Pineda”, **v)** “interrogatorio de oficio a las partes”, y **vi)** “contradicción al dictamen pericial técnico contable elaborado por el profesional Javier Orlando Monsalve”.

Sin embargo, de aquel escaso estudio realizado por el *a quo*, evidenciado en la providencia proferida, es manifiesto el deficiente análisis probatorio desplegado sobre el acervo probatorio que conforma el expediente del proceso, por cuanto no se tuvieron en cuenta varios medios de prueba que son clave para determinar: **i)** la conformación de una sociedad de hecho entre IVAN MARTINEZ y ALBERTO OCHOA, **ii)** la aceptación de un contrato de inversión por parte de ALBERTO OCHOA para con IVAN MARTINEZ, **iii)** la sustracción injustificada de ALBERTO OCHOA a sus obligaciones principales como socio, **iv)** el desarrollo del proyecto inmobiliario a cargo de la sociedad pese al incumplimiento de ALBERTO OCHOA, y **v)** los perjuicios ocasionados a IVAN MARTINEZ por el incumplimiento de ALBERTO OCHOA en sus responsabilidades como socio.

Al respecto, a continuación, se realiza un recuento de algunos de los medios de prueba que fueron injustificadamente ignorados por el juez, o valorados indebidamente, y que sustentan, de forma clara y contundente, los hechos formulados en el escrito de la demanda:

- Correo electrónico del 02 de noviembre de 2016, remitido por IVAN MARTÍNEZ a ALBERTO OCHOA.
- Audio de reunión celebrada el 04 de noviembre de 2015, entre ALBERTO OCHOA, ROSARIO BEDOYA e IVAN MARTINEZ.
- Memorando de entendimiento.
- Propuesta técnica y económica para desarrollar el proyecto arquitectónico dirigida a IVAN MARTINEZ y ALBERTO OCHOA.
- Correo electrónico del 27 de octubre de 2016.
- Compra de tiquetes por parte de IVAN MARTINEZ a ALBERTO OCHOA.
- Relación de pagos del proyecto inmobiliario.
- Correo electrónico del 28 de noviembre de 2016.
- Correo electrónico del señor Iván Martínez Payan al señor Alberto Ochoa Marulanda el día 29 de noviembre de 2016.



NARANJO VALLEJO ABOGADOS

- Correo electrónico del 12 de diciembre de 2016 enviado por el señor Alberto Ochoa al señor Iván Martínez.
- Correo electrónico del 22 de diciembre de 2016 enviado por el señor Iván Martínez Ochoa al señor Alberto Ochoa Marulanda.
- Carta enviada el 05 de diciembre de 2015 por Rafael Sampolas Castillo.
- Correo electrónico del 21 de febrero de 2018 enviado por ALBERTO OCHOA a IVAN MARTINEZ.
- Dictamen Pericial de la Agencia Forense de Investigación del Perito Jorge Enrique Malambo Martínez.
- Dictamen Pericial en acústica forense elaborado por el Perito Marco Antonio Vargas Pineda.
- Interrogatorio de parte a ALBERTO OCHOA MARULANDA.
- Interrogatorio de parte a IVÁN MARTÍNEZ PAYÁN.
- Testimonio de ROSARIO BEDOYA.
- Testimonio de IVAN MARTINEZ.
- Testimonio de DIDIER RINCÓN.
- Convocatoria privada para conformar un equipo propietario-gestor de un Proyecto Inmobiliario.
- Correo electrónico del señor Iván Martínez Payan al señor Alberto Ochoa Marulanda el día 29 de noviembre de 2016.
- Correo electrónico del Señor Rafael Sompolas Amin al señor Alberto Ochoa del 6 de diciembre de 2016 donde adjunta propuesta técnica económica del proyecto Entremares.
- Correo electrónico del 22 de diciembre de 2016 enviado por el señor Iván Martínez Ochoa al señor Alberto Ochoa Marulanda.
- Correo electrónico enviado por Alberto Ochoa al señor Iván Martínez, el día 23 de febrero de 2017.
- Correo electrónico enviado el 11 de abril de 2017 por el señor Iván Martínez al señor Alberto Ochoa.
- Correo electrónico enviado por el señor Alberto Ochoa al señor Iván Martínez, el día 21 de febrero de 2018.
- Correo electrónico de la señora Rosario Bedoya al señor Alberto Ochoa, el 26 de agosto de 2018.
- Memorando de entendimiento para la constitución de vehículo fiduciario del 26 de marzo de 2016.
- Relación de hechos y pruebas de la sociedad con Alberto Ochoa en el Proyecto inmobiliario Entre Mares.
- Demanda Ejecutiva interpuesta por el Señor Alberto Ochoa en contra de Iván Martínez.
- Registro del Proceso Ejecutivo interpuesto por el Señor Alberto Ochoa en contra del señor Víctor Andrés Agudelo.



- Certificación de contador sobre las inversiones realizadas en ENTREMARES entre los años 2.016 y 2.019 inclusive.

DE LAS MANIFESTACIONES INEQUIVOCAS DE UNA SOCIEDAD DE HECHO Y EL DESARROLLO DE UN PROYECTO DE INVERSIÓN.

El señor Alberto Ochoa durante el desarrollo del proceso y dentro del proceso ejecutivo, expediente trasladado al presente proceso, ha manifestado que el pagaré tiene como negocio jurídico causal un mutuo de dinero que el realizó a favor del señor Iván Martínez, no obstante, dicha manifestación es del todo falaz, por las siguientes razones (las pruebas y los folios mencionados hacen mención al expediente trasladado del proceso ejecutivo).

- i) El señor Alberto Ochoa manifiesta que el pagaré fue diligenciado por el señor Iván Martínez, salvo en su fecha de vencimiento, esto es cierto, no obstante, es contra sentido que para la fecha de creación del pagare, 2 de mayo de 2017, el señor Martínez haya recibido del señor Alberto Ochoa la suma de 1900 millones de pesos, pues de acuerdo a la **relación de pagos aportada por el mismo demandante (Página 45 del cuaderno principal)** para la fecha de creación del título únicamente el señor Alberto Ochoa había pagado al señor Iván Martínez la suma de 527 millones de pesos.
- ii) De acuerdo a la **grabación de la reunión del 4 de noviembre de 2016**, aportada en dos oportunidades y con base en los **testimonios de la señora Rosario Bedoya e Iván Martínez, el señor Alberto Ochoa consigno esos 527 millones como ADELANTO** de su obligación de cancelar 3000 millones de pesos antes del fin del año de 2016, dineros cuya finalidad es la de participar como inversionista en el proyecto inmobiliario Entremares. **(Remitirse a la grabación a la 1:34:15 a 1:37:00).**
- iii) Como prueba fehaciente de que los dineros aportados por el señor Alberto Ochoa al señor Iván Martínez son para la realización de un proyecto de inversión inmobiliaria en el terreno de propiedad del señor Iván Martínez en la isla de Barú, se encuentran las manifestaciones inequívocas del señor Alberto Ochoa como inversionista activo y propositivo dentro del proyecto, pues basta ver los **correos electrónicos** realizados con posterioridad al 16 de noviembre de 2016, **fechados el 28 de noviembre de 2016 y 12 de diciembre de 2016**, (página 40 del cuaderno principal) donde claramente el señor Alberto Ochoa ya actúa como socio dentro del proyecto prueba que refuta lo dicho por el señor Alberto Ochoa en su interrogatorio respecto a que siempre se negó a participar del proyecto Entremares..

29 de noviembre de 2016	Documental	Aceptación de Alberto	16/208	Desde folio 208 está el Correo del 29 de noviembre de 2016 de
-------------------------	------------	-----------------------	--------	---



		Ochoa como socio.		respuesta a Alberto Ochoa donde Iván Martínez le reitera <i>“mi mejor disposición a contar con Usted como socio y aliado estratégico en la estructuración y construcción del Proyecto inmobiliario de principio a fin.”</i>
5 de diciembre de 2016	Documental	Existencia del contrato.	19	A folio 19 se tiene la Carta enviada el 5 de diciembre de 2016 por Rafael Sampolas Castillo con la propuesta técnica y económica para desarrollar el proyecto, dirigida a los señores Iván Martínez y Alberto Ochoa.
12 de diciembre de 2016	Documental	Existencia del contrato y Aceptación de Alberto Ochoa como socio.	26/211	En el folio 211 está un Correo del 12 de diciembre de 2016 enviado por Ochoa a Martínez en el cual Ochoa acepta haber recibido las propuestas y solicita una reunión.

- iv) Es así que, la carta de instrucciones del pagaré suscrito por el señor Iván Martínez, la cual ha reconocido el señor Alberto Ochoa, cuando refiere a los negocios comerciales y contractuales refiere al proyecto de inversión Entremares. El ejecutante no allega prueba de que los dineros entregados respondan a un mutuo de dinero más que su interrogatorio, por el contrario teniendo en cuenta la cronología de los pagos, los testimonios aquí prestados bajo la gravedad de juramento, el cruce de comunicaciones entre el señor Alberto Ochoa y el señor Iván Martínez, además de **la grabación de la reunión del 4 de noviembre de 2016**, se entiende que la actividad comercial o el negocio jurídico causal que dio lugar al surgimiento del pagaré objeto de controversia es la realización de un proyecto inmobiliario.
- v) Posterior al diligenciamiento del pagare por parte del señor Alberto Ochoa continua invirtiendo 200 millones de pesos.



NARANJO VALLEJO ABOGADOS

- vi) El señor Alberto Ochoa es inversionista del proyecto Entremares, esto tiene fundamento tanto en las pruebas antedichas, como en el **Testimonio rendido por el señor Didier Rincón**, quien para el año 2018, año posterior a la fecha de suscripción del pagaré y posterior al supuesto vencimiento del mismo, el **señor Alberto Ochoa ofreció al señor Didier en venta su participación dentro del proyecto Entremares.**
- vii) Así mismo, frente a terceros el señor Alberto Ochoa actuó como inversionista dentro del proyecto inmobiliario Entremares, esto se demuestra con la gestión realizada ante el Arquitecto Rafael Sampolas Castillo, quien remite oferta de servicios para el desarrollo del proyecto Entremares y la carta se encuentra dirigida tanto al señor Iván Martínez como al señor Alberto Ochoa. **(Página 94 del Cuaderno 1)**
- viii) Entre otras de las pruebas que demuestra que el señor Alberto Ochoa realizó conductas más allá de un prestamista o inversionista sino como socio activo del proyecto Entremares se ve A folio 214 del Cuaderno principal, en Correo de Ochoa a Martínez del 23 de febrero de 2017 en la cual Ochoa envía información de otro proyecto similar, el proyecto Karibana Cartagena. Lo anterior demuestra su participación e interés en el proyecto
- ix) Por otra parte, el 21 de febrero de 2018 (Cuaderno principal F.37 Declarativo) en correo enviado por el señor Alberto Ochoa a Iván Martínez se lee claramente que:

“Desde que Dios me dio la oportunidad de conocerlos, creo que tuve una buena empatía con Don Iván y la Sra. Rosario, Comenzamos una relación de amistad, y a la vez con la posibilidad de poder efectuar un gran negocio juntos, Llegando a unos acuerdos iniciales, los cuales pude aportar a algunos compromisos que ustedes tenían en el momento y con miras a poder participar de mi parte en el desarrollo de un proyecto con ustedes en Barú.

Posteriormente analizando más profundamente sobre los alcances de dicha inversión, (Muchas veces se deja llevar uno en el momento por la emoción más que por la razón), decidí desistir de dicho proyecto-como se lo manifesté sobre el mes de marzo del año anterior, teniendo en cuenta que de acuerdo a un análisis dicho proyecto demandaba más recursos de los que yo podría aportar en determinado momento. Y le manifesté desistir.”

Es más que evidente que el señor Alberto Ochoa reconoce que invirtió en el proyecto Entremares, el se reconoce como socio, se lee que desistió, **UNO NO DESISTE DE ALGO QUE NO SE HA ACEPTADO Y EL DESISTIR NO DEJA DE SER UN INCUMPLIMIENTO Y SUSTRACCIÓN DE LOS COMPROMISOS ADQUIRIDOS.** En folio 220 del cuaderno principal se encuentra una de las pruebas de mayor relevancia



NARANJO VALLEJO ABOGADOS

pues en Correo enviado por Alberto Ochoa reafirma su calidad de socio, reconoce las distintas etapas por las que ha pasado el proyecto y manifiesta su punto de vista de no construir. Distintas aseveraciones que no realizaría una persona que solo presto un dinero para un proyecto.

De lo anterior se desprende que el negocio jurídico por el cual se suscribió el pagaré era un acuerdo comercial de inversión de un proyecto inmobiliario y no un mutuo como lo pretendió hacer ver el aquí ejecutante.

De igual forma, conforme a los dictámenes periciales se arriba a la conclusión de la existencia de un contrato entre el señor Iván Martínez y el Señor Alberto Ochoa.

Dictamen Pericial	<p>En folio 131 se encuentra Dictamen Pericial de la Agencia Forense de Investigación del Perito Jorge Enrique Malambo Martínez donde se corrobora que:</p> <ul style="list-style-type: none">• Se establece inequívocamente que A partir de las fechas 24 de octubre de 2016 a 11 de abril de 2017 existe interacción entre los correos electrónicos del señor Iván Martínez y el correo electrónico del señor Alberto Ochoa. en los que por su contenido se puede dilucidar que existe un proceso de negociación del proyecto Entremares-Baru- “Dentro de los mensajes que se están enviando por parte del señor Iván, se menciona el proyecto y algunos avances”- “Se mencionan inconvenientes, pasos a seguir, algunos ítems importantes respecto al proyecto que están haciendo”- “A partir de esta (24 de octubre de 2022) fecha se empieza a tocar el tema referente a algo de proyectos”- “Se haya un proceso de negociación del proyecto entremares”- “El señor Iván en su correo está anunciando cuestiones, trabas, incluso algo que no me entere porque no hacía parte de mi objeto contractual, como una cotización, algo de unos dineros”. <p>Lo más importante es que dichos correos son fidedignos no susceptibles de modificar.</p>
-------------------	---



<p>Dictamen Pericial</p>	<p>En folio 155 se encuentra Dictamen Pericial, informe del investigador en acústica forense, Perito Marco Antonio Vargas Pineda donde se examina el celular de Rosario Bedoya y un audio de la Asamblea de Socios del proyecto Barú del día 4 de noviembre de 2016, realizando así el perito una transcripción del audio de la reunión:</p> <p>De dicha reunión se permite dilucidar que:</p> <ul style="list-style-type: none">• Alberto Ochoa conocía del proyecto, reconocía el contrato y ser socio-gestor.• Alberto Ochoa indica expresamente <u>“yo quiero es estar en todo el proyecto que desarrollemos...”</u> (folio 166)• Alberto Ochoa reconoce que es un <u>negocio a largo plazo</u> (folio 169)• Rosario indica de forma expresa que se habrán de constituir dos sociedades una de ellas sas donde todos vana a participar del total de la tierra (folio 173)• Alberto Ochoa realiza las siguientes manifestaciones: <u>“Me dijo vamos a entrar al negocio”</u> (Folio 169 al final) <p>Como conclusión se tiene que hay una sociedad para un proyecto en Barú entre Alberto Ochoa e Iván Martínez.</p> <p>-----</p> <p>➤ SINOPSIS: Hay una sociedad para un proyecto Barú, entre Iván Martínez y Alberto Ochoa y se prueba con esta grabación del día 04/11/2016, 2:03:38, Barú Alberto en la Asamblea de Socios del Proyecto Barú.</p>
--------------------------	--

Ahora bien, es necesario traer de presente ciertos reparos concretos sobre lo expresado por el *a quo* en su sentencia de primera instancia, que deja en entristo el defectuoso análisis probatorio desarrollado en su parte considerativa y la necesidad de que su decisión sea revocada por el *ad quem*:

2.1 SOBRE EL ÁNIMO CONCLUYENTE DE ASOCIARSE CON LA INTENCIÓN INCONTESTABLE DE FORMAR UNA SOCIEDAD:

El Juzgado Tercero (03) Civil del Circuito de Bogotá D.C. manifestó que:

“con el aporte monetario para la compra de una hectárea del total del terreno, que se sufragaría en un plazo de 18 meses, como lo indicó el demandante en los hechos 13 y 14 del libelo demandatorio, ésta sola participación no puede significar por sí sola el ánimo concluyente de asociarse con la intención incontestable de formar una sociedad, pues basta acudir al documento traído por el demandante en el que se analizaron los mensajes de datos que cruzaron



NARANJO VALLEJO ABOGADOS

las partes en el lapso del 24 de octubre del 2016 hasta el 11 de abril del 2017, que arroja la conclusión sobre la existencia de un proceso de negociación en virtud del proyecto inmobiliario antes reseñado” (subrayas y negrillas por fuera del texto).

Sobre el punto en particular, es menester señalar que el a quo ignora la existencia de una manifestación expresa, realizada por ALBERTO OCHOA en correo del 21 de febrero de 2018, que constata su calidad de socio con IVÁN MARTÍNEZ respecto a la sociedad tendiente al desarrollo del proyecto inmobiliario y el ánimo de éste de no seguir en tal calidad, así:

“Don Ivan, buenas tardes, he estado echándole cabeza y analizando su última propuesta respecto a construir, a mi manera le expongo mis opiniones percepción respecto a la vida.

*Desde que Dios me dio la oportunidad de conocerlos, creo que tuve una buena empatía con Don Iván y la Sra. Rosario, Comenzamos una relación de amistad, y a la vez con la posibilidad de poder efectuar un gran negocio juntos, **llegando a unos acuerdos iniciales, los cuales puede aportar a algunos compromisos que ustedes tenían en el momento y con miras a poder participar de mi parte en el desarrollo de un proyecto con ustedes en Barú.***

*Posteriormente analizando más profundamente sobre los alcances de dicha inversión, (Muchas veces se deja llevar uno en el momento por la emoción más que por la razón), **decidí desistir de dicho proyecto-como se lo manifesté sobre el mes de marzo del año anterior, teniendo en cuenta que de acuerdo a un análisis dicho proyecto demandaba más recursos de los que yo podría aportar en determinado momento.** Y le manifesté desistir.*

Don Iván me manifestó en ese momento que tenía una negociación con Gregorio y planteamos aportar otros dineros de acuerdo a unos planteamientos y acuerdos que llegamos y hablamos. Teniendo en cuenta que en base a la negociación que tenía, se preveía comenzar a tener una recuperación de la inversión a partir de noviembre.

Después me manifestó de otra negociación, que en mi opinión es de mayor riesgo y de mucha precaución, como le manifesté en su momento, y me gustaría volver a conversar al respecto.

En nuestra última conversación, de la semana pasada, me manifestó nuevamente su intención de no vender, sino de construir lentamente y aprovechar la propiedad obteniendo mejores recursos, al cual, si bien es cierto que en el tiempo hay una ganancia muy superior, también es cierto que demanda tiempo, contratiempos y la construcción muchos dolores de cabeza.



NARANJO VALLEJO ABOGADOS

(...).”

Por ello, como ocurre con otros pobres indicios plasmados en la providencia, se llega a una conclusión errónea por parte del Juez debido a la indebida y/o no valoración de varios medios probatorios que hacen parte del expediente del proceso.

Sobre la debida valoración de pruebas, la Corte Suprema de Justicia¹ ha manifestado que:

“La apreciación en conjunto de los medios demostrativos guarda relación con el denominado principio de unidad de la prueba, que impone un examen concentrado de todos ellos con independencia de su naturaleza y del interés del sujeto que los aportó, en palabras de Devís Echandía, «Significa este principio que el conjunto probatorio del juicio forma una unidad, y que, como tal, debe ser examinado y apreciado por el juez, para confrontar las diversas pruebas, puntualizar su concordancia discordancia y concluir sobre el convencimiento que de ellas globalmente se formen.

Esta exigencia se relaciona también con el principio de adquisición o comunidad de la prueba, por virtud del cual, ésta no pertenece a quien la aporta, sino que una vez practicada e introducida legalmente es del proceso y, por lo tanto, «debe tenérsela en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, sea que resulte en beneficio de quien la adujo o de la parte contraria, que bien puede invocarla. Como el fin del proceso es la realización del derecho mediante la aplicación de la ley al caso concreto y como las pruebas constituyen los elementos utilizados por el juez para llegar a ese resultado, nada importa quien las haya pedido o aportado.”

Continúa la Sala, indicando que:

“Que los medios de convicción deban ser valorados de conformidad con las «reglas de la sana crítica», significa que la decisión judicial debe estar orientada por unas condiciones de racionalidad y que ese raciocinio debe quedar plasmado en la decisión de manera explícita, siendo este un imperativo que se inscribe en el sistema de libre apreciación de la prueba, concepción en la que, «el juez debe orientar su criterio, precisamente, por las reglas de la sana crítica, en las cuales se comprenden las de la lógica, la psicología judicial, la experiencia y la equidad.”

Ahora bien, en el caso que nos ocupa se evidencia que existe una multiplicidad de pruebas, que le permiten al Juez hacer un estudio más a fondo para determinar la

¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC3249-2020. M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque



existencia de la sociedad que aquí se pretende; no obstante, considera este extremo que el a quo erró o no valoró en debida forma las pruebas que yacen en el proceso.

De la demanda presentada y el desarrollo del proceso, se puede evidenciar que la parte demandante durante todo el curso del proceso ha asumido una posición inamovible manifestando que existe un contrato de mutuo entre el señor Iván Martínez y su mandante Alberto Ochoa; situación que se desvirtúa en diferentes oportunidades iniciando en la contestación de la demanda, donde el demandado manifiesta una posición contraria; y que me permito mencionar de manera textual, cada parte donde se afirma y se confiesa por el demandado Ochoa su participación como inversionista del Proyecto Inmobiliario Entremares, así:

- Contestación hecho vigésimo primero: *"El señor Iván Martínez firmó el pagaré por exigencia del señor Albero Ochoa, **por cuanto su determinación de no proseguir con el proyecto desde el momento en que se lo comunicó al señor Iván Martínez por las razones ya señaladas en este documento**";* es decir, el señor Ochoa expresa que él hacía parte del proyecto inmobiliario Entremares, solo que le comunicó después al señor Iván Martínez su decisión de no proseguir en con dicho proyecto, situación que se ve precisada en la prueba número 15 de esta demanda, la cual es un correo electrónico del señor Alberto Ochoa al señor Iván Martínez, donde expresa su imposibilidad de no continuar en el proyecto, correo electrónico que tiene fecha de 21 de febrero de 2018. De igual forma, en este mismo hecho expresa *"lo cual le dio fundamento a mi mandante para retirarse del mismo"*, refiriéndose al proyecto inmobiliario.
- Contestación hecho vigésimo séptimo: ***"No es cierto. Su decisión de retirarse del proyecto había sido comunicada con mucha anterioridad"*** precisa nuevamente la parte demandada, manifestando que el señor Ochoa había expresado que ya no quería continuar con el proyecto inmobiliario Entremares.
- Contestación hecho vigésimo noveno: ***"No es cierto. Mi mandante había tomado la decisión de no proseguir con la inversión, por los argumentos ya señalados (...)"***; con tal afirmación se puede confirmar que cuando el señor Ochoa manifiesta que ya no quiere proseguir con la inversión no está haciendo referencia a un dinero prestado por medio de una relación comercial de contrato de mutuo sino que hace referencia a la inversión que hizo en el proyecto inmobiliario Entremares; respuesta diáfana y prístina que no permite cubrir la verdadera intención del aquí demandado.
- Contestación hecho trigésimo: ***"No es cierto. Estas propuestas de negociaciones eran adelantadas por el señor Iván Martínez y sus colaboradores o propietarios conjuntos del proyecto, a mi mandante le informaban sobre dichas propuestas, las cuales en su totalidad de las que se ventilan en este hecho fueron denegadas por una u otra razón, consecuencia de la deficiencia organizativa del proyecto mismo"***; de este párrafo se puede inferir que el señor Ochoa era,



inequívocamente, socio del señor Iván Martínez porque de no ser así surgen los siguientes interrogantes, que debió hacerse el a quo, ¿a cuentas de qué uno le informa a una persona que le prestó dinero, propuestas respecto al proyecto inmobiliario? ¿Y cómo por qué esa persona, "que no tiene calidad de socio inversionista" deniega o aprueba, situaciones de un proyecto?

- Excepción propuesta por la parte demandada denominada "A nadie se le puede obligar a ser partícipe de una sociedad de hecho cuando el agente determina no participar en la misma." Se manifiesta en este acápite que **"mi mandante siempre con la condición de retirarse del proyecto en el momento en que lo considerara, facilitaba los dineros"**; es decir, se vuelve a establecer que el dinero no era entregado simplemente porque existía un contrato de mutuo, sino que estaba establecido que era una inversión.

Es evidente que el señor Alberto Ochoa, sí hizo parte como inversionista del Proyecto Inmobiliario Entremares y esta situación claramente se puede deducir de la asistencia de este a una serie de reuniones que se llevaron a cabo no solo en Bogotá sino en la ciudad de Cartagena, dinero que él pagaba de su propio peculio... ¿De dónde acá una persona que solo realizó un contrato de mutuo va a asumir una cantidad de gastos y recursos innecesariamente y va a visitar el terreno donde no va invertir y visita a funcionarios relacionados con el POT y documentos del proyecto en la Curaduría de Cartagena? Solo se puede entender si realmente tiene su interés como parte inversionista que se inició el día 4 de noviembre de 2016.

Sin lugar a duda, la relación de un contrato de inversión entre el señor Alberto Ochoa e Iván Martínez existió. Muestra de esto es las 35 pruebas anexas a esta demanda: documentos, chats, correos electrónicos (que cumplen con su veracidad de acuerdo al dictamen pericial de informática forense que se anexa en este escrito); además de los testigos; sin embargo, es menester precisar que nos encontramos en esta desdichada situación porque la parte aquí demandada decidió tergiversar, acomodar y eludir los hechos e incluso las prueba de manera individual, modificando así la situación fáctica real; esto, sin tener en cuenta las pruebas se tiene que valorar como un conjunto complejo que integran la totalidad del caso.

El contrato innominado existió, es un contrato de sociedad de hecho para el desarrollo de un proyecto de inversión y se dio de manera verbal entre las partes, es ilógico que se desconozca ese hecho, cuando las pruebas allegadas así lo confirman; evidenciando, además, la inexistencia de un contrato de mutuo entre las partes; sin embargo, al no ser valoradas en debida forma la cantidad de pruebas que aquí se aportaron es indudable que se le está violando el derecho al debido proceso al demandante.

La corte constitucional en la sentencia SU129/21 ha manifestado lo siguiente:



“El objeto de la actividad probatoria en el proceso judicial es superar el estado de incertidumbre. Puede que ello se logre (o no) acudiendo a los elementos probatorios aportados por las partes. Pero si no es así, y la parte interesada no fue responsable de la insuficiencia probatoria, corresponderá al juez decretar y practicar pruebas de oficio.”

De esta manera, con los elementos probatorios aportados por la parte demandante en el proceso, se puede determinar la existencia del contrato innominado que se dio de manera verbal entre las partes, por lo que es deber del juez decretar y/o practicar pruebas de oficio si las mismas se encuentran en un estado de incertidumbre.

2.2. SILENCIO INJUSTIFICADO RESPECTO DE LA TOTALIDAD DE LAS PRETENSIONES INCOADAS POR EL DEMANDANTE EN SU DEMANDA:

De forma adicional, es de extrañeza para la parte demandante el silencio injustificado del a quo respecto a la totalidad de las pretensiones incoadas en el escrito de la demanda. Pues, de la lectura de la sentencia de primera instancia, brilla por su ausencia cualquier manifestación tendiente al pronunciarse respecto al resto de las pretensiones solicitadas al Juez.

Al respecto, el a quo manifiesta que:

“Así, al no encontrarse cumplidos los presupuestos axiológicos, para tener por probada la existencia de la sociedad de hecho planteada desde la demanda, se negarán las pretensiones invocadas y así, también, se hace innecesario entrar a estudiar los medios exceptivos propuestos por el extremo pasivo, conforme a lo reglado en el artículo 282 del C.G.P. y, sin más elucubraciones al respecto.”

Sin embargo, no puede el juez tomar como argumento para el no pronunciamiento de las pretensiones, que el proceso no cumple con todos los presupuestos axiológicos para probar la existencia de la sociedad de hecho; puesto que, para llegar a tal conclusión debió este estudiar de forma detallada el caso en concreto; situación que en el presente caso y a ojos del aquí suscrito, no sucedió; máxime cuando se evidencia que la sentencia que aquí se impugna no tiene los suficientes fundamentos para llegar a las conclusiones establecidas por el a quo, de conformidad a lo indicado en el resto del presente escrito.

Sobre el particular, la Corte Constitucional² ha establecido en razón al principio de congruencia, lo siguiente:

² Corte Constitucional. Sentencia T-455 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo.



NARANJO VALLEJO ABOGADOS

La jurisprudencia de esta Corporación ha definido el principio de congruencia “como uno de los elementos constitutivos del derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, “en la medida que impide determinadas decisiones porque su justificación no surge del proceso por no responder en lo que en él se pidió, debatió, o probó”[49]. Además, ha establecido que siempre que exista falta de congruencia en un fallo se configurará un defecto y, por tanto, será procedente la tutela contra providencia judicial con el fin de tutelar el derecho constitucional fundamental al debido proceso.

Se puede concluir que el juez debe tomar su decisión de manera congruente con los hechos, pretensiones y excepciones probadas dentro del proceso. Por lo tanto, no podrá proferir una sentencia en la que se pronuncie acerca de algo que no fue solicitado por las partes (extra petita) o en la que otorgue más de lo pedido (ultra petita), pero tampoco podrá fallar sin pronunciarse acerca de todas las pretensiones, pues de lo contrario deberá explicar de manera suficiente las razones por las cuales omitió referirse a algún pedimento. El principio de congruencia de la sentencia además garantiza el oportuno uso del derecho de defensa por parte de las partes, puesto que les permite hacer uso de cada una de las herramientas establecidas en la ley para ello.

En esa medida, es urgente la necesidad de que la sentencia de primera instancia sea revocada por cuanto: i) se omitió y/o valoró indebidamente varias piezas procesales que hacen parte del acervo probatorio del expediente, y ii) hay un silencio injustificado respecto a la totalidad de las pretensiones realizadas en el escrito de la demanda.

SOLICITUD

De conformidad con lo anteriormente establecido, solicito al Despacho de forma respetuosa, lo siguiente:

1. **REVOCAR** la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado 03 Civil del Circuito de Bogotá al interior del proceso identificado con el número de radicado 11001310300320190057700.
2. **CONCEDER** las pretensiones incoadas por la parte demandante en la demanda del proceso identificado con el número de radicado 11001310300320190057700.

PRUEBAS

- Las que se encuentran en el expediente del proceso de referencia.



NARANJO VALLEJO ABOGADOS

NOTIFICACIONES

De conformidad con lo dispuesto en la Ley 2213 de 2022, el suscrito apoderado **CARLOS EDUARDO NARANJO FLÓREZ** recibirá notificaciones en la Calle 67 No. 4A - 41 en la ciudad de Bogotá, y en los correos electrónicos: cnaranjo@naranjoabogados.com dependencia.judicial@naranjoabogados.com y judiciales@naranjoabogados.com

Respetuosamente,

CARLOS EDUARDO NARANJO FLOREZ.
CC. No. 71.583.099 de Medellín
T.P. 33.269 del C. S. de la J.