

**República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, D.C.
SALA CIVIL**

11001-31-03-009-2014-00185-03

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de julio de dos mil veinte (2020)

En obediencia a las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo No 806 del 4 de junio del año que avanza, el Despacho dispone:

1. Imprimirle al presente proceso el trámite consagrado en el artículo 14 de la citada normativa, con miras a resolver el recurso de alzada instaurado frente a la sentencia de primer grado.

2. De conformidad con lo establecido en el inciso 2º del reseñado canon 14 del Decreto 806 de 2020, y comoquiera que en el *sub lite* el término para petitionar pruebas en segunda instancia ha fenecido, se corre traslado al apelante para sustentar los reparos que de manera concreta formuló contra el fallo de primer orden (artículos 320 y 322, numeral 3º, inciso 2º, del C. G. del P.), dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del presente proveído.

Transcurrido dicho lapso, de la sustentación presentada se correrá traslado a la parte contraria por el término de cinco (5) días.

Por Secretaría, contrólense los mencionados términos, para que vencidos, se ingrese el expediente al Despacho, con el propósito de emitir la decisión que en derecho corresponda.

Las partes deberán allegar, preferentemente, el escrito sustentatorio y su réplica a la dirección de correo electrónico **secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co**

NOTIFÍQUESE,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'JP Suárez Orozco', written over a light blue circular stamp.

**JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO
Magistrado**

**República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, D.C.
SALA CIVIL**

11001-31-03-013-2015-00671-02

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de julio de dos mil veinte (2020)

En obediencia a las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo No 806 del 4 de junio del año que avanza, el Despacho dispone:

1. Imprimirle al presente proceso el trámite consagrado en el artículo 14 de la citada normativa, con miras a resolver el recurso de alzada instaurado frente a la sentencia de primer grado.

2. De conformidad con lo establecido en el inciso 2º del reseñado canon 14 del Decreto 806 de 2020, y comoquiera que en el *sub lite* el término para petitionar pruebas en segunda instancia ha fenecido, se corre traslado al apelante para sustentar los reparos que de manera concreta formuló contra el fallo de primer orden (artículos 320 y 322, numeral 3º, inciso 2º, del C. G. del P.), dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del presente proveído.

Transcurrido dicho lapso, de la sustentación presentada se correrá traslado a la parte contraria por el término de cinco (5) días.

Por Secretaría, contrólense los mencionados términos, para que vencidos, se ingrese el expediente al Despacho, con el propósito de emitir la decisión que en derecho corresponda.

Las partes deberán allegar, preferentemente, el escrito sustentatorio y su réplica a la dirección de correo electrónico **secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co**

NOTIFÍQUESE,



JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO
Magistrado

**República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, D.C.
SALA CIVIL**

11001 31 030 34 2015 00673 02

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de julio de dos mil veinte (2020)

En obediencia a las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo No 806 del 4 de junio del año que avanza, el Despacho dispone:

1. Imprimirle al presente proceso el trámite consagrado en el artículo 14 de la citada normativa, con miras a resolver el recurso de alzada instaurado frente a la sentencia de primer grado.

2. De conformidad con lo establecido en el inciso 2º del reseñado canon 14 del Decreto 806 de 2020, y comoquiera que en el *sub lite* el término para peticionar pruebas en segunda instancia ha fenecido, se corre traslado al apelante para sustentar los reparos que de manera concreta formuló contra el fallo de primer orden (artículos 320 y 322, numeral 3º, inciso 2º, del C. G. del P.), dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del presente proveído.

Transcurrido dicho lapso, de la sustentación presentada se correrá traslado a la parte contraria por el término de cinco (5) días.

Por Secretaría, contrólense los mencionados términos, para que vencidos, se ingrese el expediente al Despacho, con el propósito de emitir la decisión que en derecho corresponda.

Las partes deberán allegar, preferentemente, el escrito sustentatorio y su réplica a la dirección de correo electrónico **secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co**

NOTIFÍQUESE,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'JP Suárez Orozco', written over a faint circular stamp.

**JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO
Magistrado**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

Bogotá, D.C., veintiuno de julio de dos mil veinte.

Radicado: 11001 31 03 022 2012 **00601** 02

Sería del caso resolver el recurso de reposición interpuesto por la parte demandante contra el auto mediante el cual se declaró desierto el recurso de apelación formulado contra la sentencia de primera instancia; no obstante, de la revisión del trámite surtido en esta instancia se advierte que se incurrió en una nulidad, pues no se elevó la solicitud de interpretación prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, siendo ello necesario en el caso concreto.

En efecto, si bien la reclamación en este proceso se circunscribe a competencia desleal, lo cierto es que en la estructuración de los hechos, en los específicos perfiles del caso *sub lite* y sin que constituya precedente, se tratan asuntos de derechos de autor y/o derechos de propiedad industrial, pues se ha aducido la presunta incursión en actos de competencia desleal mediante la supuesta vulneración de derechos de ese tipo y se han presentado documentos con los que se aduce contar con registros en ese asunto¹, y por tanto, resulta imperativo elevar la referida petición.

Por lo anterior, se declara la nulidad de lo actuado en esta instancia a partir del proveído en el que se declaró desierta la alzada, y en su lugar se dispone que, previamente, y por ser procedente, se eleve solicitud de interpretación prejudicial.

En firme, vuelva el expediente al Despacho para emitir la providencia respectiva.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El Magistrado

GERMÁN VALENZUELA VALBUENA

11001 31 03 022 2012 00601 02

¹ Arts. 258 y siguientes Dec. 486/2000.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**



SALA CIVIL

**SENTENCIA ESCRITURAL
(Art. 14 Decreto Legislativo 806 de 2020)**

MARTHA ISABEL GARCIA SERRANO

Magistrada ponente

Proceso: Ejecutivo Singular

Rad. No. 11001 3103 018 2012 00063 01

Demandante: CARMEN ROSA REY OSORIO (actual cesionario: JOSÉ EDILBERTO MACHADO VEGA)

Demandado(s): ROBERTO ESTEVEZ ROMERO y herederos indeterminados de DANIEL ARTURO y otro

En Bogotá D.C., veintiuno (21) de julio de dos mil veinte (2020).
(Discutido y aprobado en Sala de quince de julio)

1. ASUNTO A RESOLVER

El **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandada en el proceso ejecutivo de la referencia, contra la **SENTENCIA** adiada 10 de julio de 2019, proferida por el **JUEZ 49 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, que fue formulado y sustentado oportuna y debidamente.

2. ANTECEDENTES FÁCTICOS

2.1. CARMEN ROSA REY OSORIO pidió que se librara mandamiento de pago contra **ROBERTO ESTEVEZ ROMERO, y LOS HEREDEROS INDETERMINADOS DE DANIEL ARTURO, Y MARTIN BOBADILLA RUIZ¹**, por las siguientes sumas de dinero:

¹ Frente a todos los herederos de éstos, se aceptó desistimiento de la ejecución por auto del 4 de julio de 2018, por lo que el cobro solo siguió en contra de José Roberto Estévez Romero.

2.1.1. Los cánones de arrendamiento correspondientes a los meses de abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, y octubre de 2007, a razón de \$2.033.726 por cada mensualidad.

2.1.2. Los cánones de arrendamiento de noviembre y diciembre de 2007, enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, y octubre de 2008, a razón de \$2.440.472 por mes.

2.1.3. Los cánones de arrendamiento de noviembre, y diciembre de 2008, enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, y octubre de 2009, a razón de \$2.928.566 por mes.

2.1.4. Los cánones de arrendamiento de noviembre, y diciembre de 2009, enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, y octubre de 2010, a razón de \$3.514.280 por mes.

2.1.5. Los cánones de arrendamiento de noviembre, y diciembre de 2010, enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, y octubre de 2011, a razón de \$4.217.136 por mes.

2.1.6. Las costas liquidadas en el proceso de restitución de inmueble arrendado que cursa en el Juzgado 65 Civil Municipal de Bogotá, que ascendieron a \$ 221.800.00

2.1.7. Los intereses de mora por el no pago oportuno de los cánones de arrendamiento enunciados, desde que se hicieron exigibles y hasta que se verifique el pago total, a la tasa máxima autorizada.

2.2. El fundamento de tales pretensiones son los siguientes hechos:

2.2.1 Carmen Rosa Rey celebró contrato de arrendamiento con Arturo Bobadilla, Martín Bobadilla, y Roberto Estévez Romero, sobre el predio ubicado en la carrera 26 No. 9 -30, barrio La Fragueta de Bogotá.

2.2.2 Dicha relación contractual se perfeccionó en Bogotá, el 1º de noviembre de 1991, pactándose como canon de arrendamiento mensual inicial la suma de \$110.000.00, pagaderos dentro de los 5 primeros días de cada periodo.

2.2.3 Los arrendatarios, acá demandados, incumplieron tal contrato, pues dejaron de cancelar el canon pactado a partir del mes de abril de 2007, razón por la cual hubo necesidad de instaurar el proceso de restitución de inmueble arrendado que correspondió por reparto al Juzgado 65 Civil Municipal de Bogotá, despacho que en sentencia del 8 de febrero de 2011, acogió las pretensiones incoadas, declarando terminado el contrato, ordenando la restitución del inmueble, y condenando en costas al extremo pasivo.

2.2.4 Las partes intervinientes en dicha negociación pactaron un reajuste del 20% anual, dado que se trataba de un local comercial.

2.2.5 La liquidación de costas efectuada por el Juzgado 65 mencionado, asciende a la suma de \$221.800.00.

2.2.6 Tanto la sentencia que ordenó la terminación del contrato de arrendamiento aludido y consecuentemente, mandó la restitución del inmueble y condenó en costas, como la liquidación de las mismas, se encuentran debidamente ejecutoriadas.

3. ACONTECER PROCESAL

Se puede resumir diciendo que el Juez 18 Civil del Circuito de Bogotá, por auto del 30 de marzo de 2012, libró mandamiento de pago, en la forma que fue solicitada y reseñada.

José Roberto Estévez, se opuso al mismo y propuso como excepciones de mérito las denominadas, "*prescripción de la acción ejecutiva*", y "*plus petitum*".

Los demás ejecutados fueron desvinculados por auto de 4 de julio de 2018, dado que medió desistimiento contra los mismos.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Adelantado el trámite probatorio y de alegaciones, la primera instancia culminó con **sentencia el 10 de julio de 2019**, que resolvió: i) "*Declarar no probada la excepción llamada prescripción de la acción*". ii) "*declarar probada la excepción de plus petitio (sic)*", iii) "*consecuencial a lo anterior, se ordena seguir adelante con la ejecución en el presente asunto, por la suma de \$142.867.956.00, correspondiente al capital de las mensualidades dejadas de cancelar por arrendamiento, con respecto de los cánones de abril de 2007 hasta octubre de 2011, modificándose en este aspecto el mandamiento ejecutivo del 30 de marzo de 2012, en lo demás la orden de seguir adelante con la ejecución se ciñe a los términos señalados en el mandamiento ejecutivo del 30 de marzo de 2012*", y iv) "*condénese a la parte demandada al pago de las costas causadas en la instancia en proporción de un sesenta por ciento incluyéndose en la misma agencias en derecho por la suma equivalente al 2% del valor de las sumas ordenadas pagar en este proveído y en el mandamiento ejecutivo*".

Las razones que soportaron tal decisión fueron las siguientes:

En torno a la prescripción, se indicó que no prosperaba porque el término aplicable era de 5 años para la acción ejecutiva, y que el mismo no se había vencido dado que

se notificó a la ejecutada dentro del término de un año dispuesto por el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, que para el caso concreto vencía el 15 de abril de 2013, siendo notificado el mandamiento de pago a través de aviso el 12 de abril de 2013.

Y en lo que concierne a la excepción denominada *plus petitum*, señaló que el incremento del reajuste fue aplicado por la demandante en debida forma, como ésta misma lo reconoció al replicar tal defensa de mérito, por lo que era viable seguir la ejecución por \$142.867.956 correspondiente al capital de los cánones de arrendamiento comprendidos entre los meses de abril de 2007 y octubre de 2011, y manteniéndose en los demás el mandamiento de pago.

Dicha sentencia fue apelada por el único ejecutado contra el cual se admitió seguir adelante la ejecución, quien presentó como reparos, los siguientes:

Que en auto del 4 de julio de 2018, se determinó que la notificación del mandamiento de pago se tenía surtida el 26 de abril de 2013, fecha que debió ser tenida en cuenta para efectos de contabilización del término prescriptivo alegado por cuanto tal proveído quedó ejecutoriado.

Que el hecho de haberse recibido un aviso para notificación personal, éste por no encontrarse acompañado de la demanda como lo ordena el Código de Procedimiento Civil; no produce ningún efecto vinculante.

Y que, como el expediente estuvo al despacho entre el 10 de abril de 2013, y el 15 de abril siguiente, tal circunstancia impidió retirar copia de la demanda en tal lapso; por ende, no podían correr los términos para tener por notificado el mandamiento ya que no se contaba con la copia de la misma, y todo ello, implicaba que la fecha de notificación no pueda entenderse realizada por aviso, el 12 de abril; dado que la ejecutante contaba hasta el 19 de abril de 2013, para que se efectuara tal publicidad

so pena de configurarse el fenómeno prescriptivo, que provocaría la extinción de las obligaciones perseguidas.

Dicho recurso fue sustentado en tiempo, con los mismos argumentos de los reparos formulados, y hecho el traslado a la contraparte, esta presentó réplica, en los siguientes términos: que la demanda fue presentada antes de que se configurara el fenómeno de la prescripción; que el mandamiento de pago se notificó efectivamente al ejecutado, por aviso, el 12 de abril de 2013; que de dicha orden de pago se enteró al extremo demandado, dentro del año, al que se refiere el artículo 94 del Código General del Proceso.

5. PARA RESOLVER SE CONSIDERA

5.1 Competencia

Sea lo primero decir que la Sala tiene competencia para ello al tenor de lo previsto en el numeral primero del artículo 31 del Código General del Proceso y bajo las limitantes contempladas en los artículos 280 y 328 ibídem, por encontrarse satisfechos los presupuestos procesales y no existir causal de nulidad que invalide lo actuado.

5.2 Análisis caso concreto

Determinado lo anterior, pasaremos a pronunciarnos sobre la viabilidad de los reproches formulados y sustentados, para lo cual debemos establecer si la acción deprecada se encontraba prescrita; es decir, ¿si la presentación de la demanda interrumpió la prescripción de la acción ejecutiva, y de ser así, frente a cuáles cánones de arrendamiento?

Para dilucidar tal interrogante, ello nos lleva a memorar, que los cánones de arrendamiento respecto de los cuales se pidió que se librara mandamiento ejecutivo son aquellos comprendidos entre los meses de abril de 2007, a octubre de 2011.

Igualmente, que el libelo fue presentado el 6 de febrero de 2012, como se desprende de la lectura del acta de reparto obrante a folio 18.

A su vez, que el artículo que contempla el fenómeno prescriptivo para este caso, es el 2531 del Código Civil, que reza: *“La acción ejecutiva se prescribe por cinco (5) años. Y la ordinaria por diez (10)”*.

Ahora bien, como el apelante, ejecutado, no cuestiona la idoneidad de dicha fecha para interrumpir la prescripción aludida frente a los cánones mencionados, sino que centra su descontento en que el mandamiento de pago se notificó tardíamente, por fuera del año, *“contado a partir del día siguiente a la notificación al demandante”* de tal providencia, y de acuerdo a lo previsto en el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, diremos que para la Sala resulta claro, que para que la interrupción de la prescripción hubiese sido eficaz desde la presentación de la demanda, el ejecutante ha debido notificar el mandamiento de pago al extremo pasivo, dentro del término de un año contemplado en el extinto artículo 90 del CPC.

Sobre el tema de la eficacia de la interrupción de la prescripción la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que: *“la presentación oportuna de la demanda era eficaz para interrumpir la prescripción, “(...) siempre y cuando se cumplan las demás exigencias consagradas en esas otras disposiciones, particularmente en la segunda de ellas [art. 90 del C.P.C.] (...)”* (Sentencia SC1131-2016).

Como en este caso, el mandamiento de pago se notificó al ejecutante por estado el 16 de abril de 2012; y de acuerdo con la disposición referida, tenía hasta el día 17 de abril de 2013, para notificar a la parte ejecutada tal proveído, a efectos de

interrumpir la prescripción, ello, nos lleva a decir, que como Estévez Romero, demandado, se notificó de dicha decisión, a través de aviso del 12 de abril de 2013 (ver folio 57), de acuerdo con el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil vigente para esa fecha, lo hizo oportuna y debidamente.

En ese orden de ideas, es claro que la prescripción de la acción ejecutiva se interrumpió con la presentación de la demanda, no siendo de recibo lo alegado por el apelante referente a la configuración de la prescripción de la acción ejecutiva.

También debe aclararse, que si bien en el expediente reposa un auto del 4 de julio de 2018, que indica que la notificación del mandamiento al ejecutado se surtió hasta el 26 de abril de 2013 (fl. 228), ello no corresponde con la realidad procesal, ni varía, la norma imperativa e inderogable (ver art. 6º del CPC, hoy 13 del C.G.P), que para la época era el artículo 320 de dicho estatuto, por cuya aplicación, el ejecutado se notificó a través de aviso el 12 de abril de 2013.

Lo que sucedió fue que el *a-quo* incurrió en un yerro al decir en el auto calendado 4 de julio de 2018, que la fecha de notificación era el 26 de abril de 2013, porque para tal data el expediente se encontraba al despacho, afirmación que, si bien corresponde al acontecer fáctico, no así a la normatividad vigente. Por tanto, como lo interlocutorio no ata al juez de la causa ni a esta Sala, como quiera que tal interpretación no puede desprenderse de lo consignado en el artículo 320 de la extinta legislación procedimental civil, porque si bien, el artículo 120 de la misma codificación indicaba que mientras el expediente esté al despacho, no correrán términos, ello no impide que se entienda surtida la notificación -como aquí sucedió-, sino solamente, que el término para contestar la demanda no corre mientras no se supere tal situación y que el expediente deba pasar nuevamente a Secretaría, como lo indicaba la disposición recién citada.

No se olvide que, respecto de la regla procesal de la irrevocabilidad de los autos, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha establecido una excepción,

fundada en que los autos manifiestamente ilegales no atan al juez – antiprocesalismo-. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de junio 28 de 1979 MP. Alberto Ospina Botero; Sentencia No. 286 del 23 de Julio de 1987 MP. Héctor Gómez Uribe; Auto No. 122 del 16 de junio de 1999 MP. Carlos Esteban Jaramillo Schloss; Sentencia No. 096 del 24 de mayo de 2001 MP. Silvio Fernando Trejos Bueno, entre otras.)

Así las cosas, frente al reproche que el expediente estuvo al despacho entre el 10 de abril de 2013 y el 15 de abril siguiente, y por ello, no se podía surtir la tan mentada notificación, se insiste en que ello no impedía que se hubiera surtido la notificación por aviso, pues no hay disposición que así lo indique.

Por último, debe señalarse, respecto al reparo concerniente a que el aviso no venía acompañado de la copia de la demanda, aunque ello fuere cierto, no tendría ni tiene trascendencia alguna para este caso, pues si bien conforme el artículo 320 del CPC, entonces vigente, ha debido cumplirse tal exigencia, dicho defecto no afecta la validez de la notificación, por cuanto no se alegó como nulidad. Además, el ejecutado contestó la demanda en tiempo, y en forma íntegra, por lo cual, cualquier irregularidad al respecto se encontraría saneada, pues es evidente que la finalidad de acompañar al aviso una copia de la demanda, no es otra, que el accionado conozca su contenido, propósito que en todo caso se cumplió en este proceso como lo dispone el artículo 144 de la misma codificación que contempla el principio de convalidación de las irregularidades procesales, y lo atinente a la prevalencia del acto, cuando se ha consumado su fin y no se violó el derecho de defensa.

Las anteriores razones son suficientes para confirmar el fallo de primer grado.

Se condenará en costas al apelante ante la adversidad de esta decisión.

Y se ordenará la devolución del proceso al juzgado de origen, una vez en firme este fallo, por Secretaría de la Sala.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Decisión Civil número tres, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C.**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

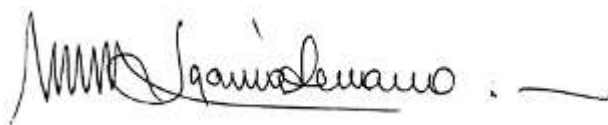
6. RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la **SENTENCIA** adiada 10 de julio de 2019, proferida por el **JUEZ 49 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, en el proceso de la referencia.

SEGUNDO.- CONDENAR en costas a la parte apelante. La Magistrada Sustanciadora, en su momento, fijará las agencias en derecho.

TERCERO.- DEVOLVER el proceso al Juzgado de origen una vez en firme este fallo, por Secretaría de la Sala, para lo de su competencia.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.



MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO

Magistrada



HILDA GONZALEZ NEIRA

Magistrada



MARTHA PATRICIA GUZMAN ALVAREZ

Magistrada

Firmado Por:

MARTHA ISABEL GARCIA SERRANO

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

TRIBUNAL SUPERIOR SALA 009 CIVIL DE BOGOTÁ D.C.

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

9a343a0dd85fbf82bc49108b5bbc2fb1005a37229938c56f38d0599a88bfc26c

Documento generado en 21/07/2020 08:19:04 a.m.

República de Colombia
Rama Judicial



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, D.C.
SALA CIVIL DE DECISIÓN

11001 31 99 003 -2019 02138 01

Bogotá, veintiuno (21) de julio de dos mil veinte (2020)

Revisadas las presentes diligencias, esta Corporación es del criterio de que su cognición, en segunda instancia, corresponde a los jueces civiles del circuito de esta ciudad, por tratarse de un proceso verbal de menor cuantía.

1. En efecto, de la revisión detenida del expediente, se avizora que las pretensiones elevadas en el escrito genitor corresponden a un proceso de menor cuantía,¹ y, en tal virtud, es claro que el llamado a dirimir la alzada interpuesta es el Juez Civil del Circuito, teniendo en cuenta que la Superintendencia Financiera de Colombia, en ejercicio de sus atribuciones jurisdiccionales, desplazó al Juez Civil Municipal.

2. En ese sentido, obsérvese que, de un lado, el artículo 20, numeral 9, de la Ley 1564 de 2012 radicó, por la naturaleza del asunto, la competencia de los jueces civiles del circuito, en primera instancia, para conocer de los procesos relacionados con el ejercicio de los derechos del consumidor, mientras que el artículo 390, párrafo, *ibídem*, estableció el factor objetivo-cuantía como elemento determinante para fijar el conocimiento de tales asuntos.

Sin embargo, sobre el particular debe destacarse que los debates surtidos en el Congreso de la República del proyecto de ley

¹ En las pretensiones de la demanda se deprecó la suma de \$51'656.232, oo, monto aludido también en el acápite de la cuantía del libelo genitor, la cual estimó en \$51'636.232,oo.

para aprobar el Código General del Proceso, dejan al descubierto que el propósito del legislador fue instituir el factor objetivo-cuantía, consagrado en el artículo 390 de la Ley 1564 de 2012, como factor determinante para asentar la competencia en causas relativas a los derechos de los consumidores; intención patentizada en el informe de ponencia para segundo debate (cuarto debate), desarrollado ante la Plenaria del Senado de la República, publicado en la Gaceta del Congreso número 261 de 23 de mayo de 2012, en el que se manifestó que "(...) *los asuntos que versen sobre protección a los derechos de los consumidores deben tramitarse de acuerdo con las mismas reglas que se predicen de los jueces ordinarios, y su trámite debe seguir los procedimientos verbal o verbal sumario, según las reglas generales que toman como base la cuantía de las pretensiones.* (...) Se añade, por último un parágrafo 3º, en el que se aclara el criterio de lo expresado respecto de las acciones de protección al consumidor, según se explicó arriba. (...)" (Negrillas extratexto); hermenéutica autorizada por el artículo 32 del Código Civil, que permite interpretar los pasajes normativos contradictorios, del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación.

3. Agréguese a lo anterior que, en relación con la solución de evidentes discordancias entre normas, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia anotó:

"En línea de principio, el sistema jurídico es coherente, consistente o congruente y, por ende, no presenta asimetrías, contradicciones, incoherencias o conflictos normativos. En veces, distintos preceptos disciplinan idéntica o análoga hipótesis fáctica y asignan consecuencias incompatibles, es decir, a la misma fattispecie singular y concreta, atribuyen disímiles efectos.

*La antinomia normativa, es la manifiesta contradicción, incompatibilidad e incoherencia entre normas jurídicas de igual o diferente categoría, una o diversa uniformidad, homogeneidad, heterogeneidad, generalidad o especialidad, bien absoluta o total, ora parcial o relativa, ya en abstracto o en concreto, cuya solución se disipa con la interpretación sistemática, adecuada, ponderada, la técnica del equilibrio, la disociación o, los criterios disciplinados por el ordenamiento jurídico."*²

² CSJ. Cas. Civil. Sentencia de 8 septiembre de 2011. Exp. 11001-3103-026-2000-04366-01.

Asimismo, memórese que, a objeto de dar solución a esas contradicciones, dicha Corporación ha precisado que, entre varios criterios, “[e]l cronológico, está basado en la época de expedición de las normas, y resuelve el conflicto con la más reciente (*lex posterior derogat priorem*; la ley posterior deroga la ley anterior). Esta regla define las situaciones conflictivas generadas por tránsitos de legislación (artículos 1 a 3 de la Ley 153 de 1887). Empero, por su alto grado de objetividad, el legislador extiende sus alcances incluso a casos en los cuales las normas hacen parte de una misma ley o de un mismo Código, *ad exemplum*, según el numeral 2º del artículo 5º de la Ley 57 de 1887, dándose contradicción de dos normas del mismo estatuto, se preferirá la del artículo posterior.”³

4. Dentro del contexto normativo y jurisprudencial descrito, al aplicar el criterio cronológico, de entrada se vislumbra que el aludido canon 390, respecto del artículo 20 del compendio procesal ya mencionado, es una disposición posterior, por lo que no cabe duda, entonces, que la norma aplicable, en este caso, es el último de los preceptos aludidos y, en consecuencia, “[l]os procesos que versen sobre violación a los derechos de los consumidores establecidos en normas generales o especiales, (...) se tramitará por el proceso verbal o por el verbal sumario, según la cuantía, cualquiera que sea la autoridad jurisdiccional que conozca de ellos.”

Si eso es así, la autoridad destinada a asumir el conocimiento del asunto de marras, en segunda instancia, es el Juzgado Civil del Circuito de Bogotá, comoquiera que el funcionario desplazado por la Superintendencia Financiera de Colombia fue el Juez Civil Municipal.

En mérito de lo brevemente expuesto,

RESUELVE

PRIMERO.- REMÍTIR las diligencias a la Oficina de Apoyo Judicial de esta ciudad, para que haga la correspondiente asignación entre los Juzgados Civiles del Circuito de Bogotá.

³ Ídem.

SEGUNDO.- Por Secretaría, **COMUNÍQUESE** esta decisión a las partes e intervinientes y a la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, lo decidido sobre su radicado interno No 2019097054, dejando las constancias de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'JP SO', is centered on the page. The signature is fluid and cursive.

JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO
Magistrado

**República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, D.C.
SALA CIVIL**

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de julio de dos mil veinte (2020)

39 2009 00622 01

Revisadas las presentes diligencias, en el *sub judice*, surge la necesidad de prorrogar por seis (6) meses el término para desatar la apelación formulada, en armonía con el artículo 121, inciso 5, del Código General del Proceso, en cuyo tenor dispone que “[e]xcepcionalmente el juez o magistrado podrá prorrogar por una sola vez el término para resolver la instancia respectiva, hasta por seis (6) meses más, con explicación de la necesidad de hacerlo, mediante auto que no admite recurso.” (subrayado extratexto).

De acuerdo con lo anterior, se dispone:

PRORROGAR el lapso para fallar, en esta instancia, el presente asunto, por un período de seis (6) meses, contado a partir del 29 de julio de 2020, teniendo en cuenta que en el interregno del 16 de marzo al 22 de junio de 2020, los términos judiciales estuvieron suspendidos para esta clase de asuntos. La presente determinación no admite recurso alguno, en virtud de lo normado en el canon adjetivo previamente transliterado.

NOTIFÍQUESE,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'JP Suárez Orozco'.

JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO
Magistrado

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

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de julio de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE	JACQUELINNE AMARA, DEMANDADA EN RECONVENCIÓN
DEMANDADOS	ROSSANA MILENA ACUÑA GARCÍA Y HERNÁN AMARIS JIMÉNEZ, ESTÉ ÚLTIMO DEMANDANTE EN RECONVENCIÓN
PROCESO	ORDINARIO

En atención a que por auto del pasado 21 de junio se le ordenó a la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional de Colombia que designe a un médico especialista en dermatología (o al especialista que considere más idóneo) con miras a que realice un examen físico a la señora Jacqueline Amara y luego rinda un dictamen médico, sin que a la fecha hubiera dado respuesta al oficio C-254 enviado y recibido el día 19 de junio de 2020, se le requiere para que de manera inmediata informe la designación del experto y lo que fuere necesario para la realización del trabajo encomendado como señala el inciso tercero del artículo 234 del CGP.

Por secretaría comuníquese por correo electrónico lo aquí decidido a la citada institución educativa, con copia del mismo a los correos electrónicos clopez@cglabogados.com (abogado parte demandante), anmafuto548@gmail.com (abogada de Hernán Amaris Jiménez) y marinjoan67@gmail.com (apoderado de Rossana Milena Acuña García).

Adicionalmente, en respuesta a la petición elevada por el apoderado de la parte demandante se le ordena a la Secretaría que reenvíe al correo electrónico clopez@cglabogados.com el email por medio del cual se comunicó a la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional de Colombia.

Finalmente, cualquier petición relacionada con este proceso debe ser remitida al correo electrónico secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co.

NOTIFÍQUESE.



RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado

SALVEDAD DE VOTO

Ref. Proceso verbal de Yenis Carolina Rubiano Useda y otros
contra José Bernal Díaz y otros.
Exp. 013201600373 03

Muy respetuosamente discrepo de la decisión adoptada, por las siguientes razones:

Todo el que causa daño a otro está obligado a resarcirlo (CC, art. 2341); por lo mismo, toda duda se debe resolver en favor de la víctima, no del victimario, menos aún si sobre éste gravita una presunción de culpa por haber provocado el daño en ejercicio de una actividad peligrosa (art. 2356, ib.). Sólo si prueba una causa extraña que rompa el nexo causal puede exonerarse de responsabilidad, puesto que, en las hipótesis de fuerza mayor, conducta de un tercero o culpa exclusiva de la víctima, el agravio no le será atribuible.

En el caso que ocupó la atención de la Sala, no se disputó que el señor Jaime Hernando Rubiano Arévalo falleció como consecuencia del aplastamiento de su cráneo por un tractocamión que era conducido por el señor José Bernal Díaz, sin que tampoco se hubiere controvertido que, en principio, este se presume culpable, por mandato del artículo 2356 del Código Civil. Pero dos preguntas afloraron durante la discusión: ¿medió culpa del señor Rubiano? ¿fue exclusiva, o también la hubo del señor Bernal?

Al primer cuestionamiento la Sala respondió afirmativamente; yo lo comparto, por las plurales razones que expuso el señor Magistrado Sustanciador en la presentación oral del fallo; al fin y al cabo, el señor Rubiano cruzó una avenida principal en forma imprudente, violando las normas del Código Nacional de Tránsito que le imponían transitar por el paso peatonal, específicamente los artículos 57 y 58, parágrafo 2º, inciso 2º, que establecen que “el tránsito de peatones por las vías públicas se

Exp.: 013201600373 03

hará por fuera de las zonas destinadas al tránsito de vehículos”, y que, “dentro de perímetro urbano, el cruce de peatones debe hacerse sólo por las zonas autorizadas, como los puentes peatonales, los pasos peatonales y bocacalles”.

Al segundo interrogante la Sala mayoritaria respondió que esa conducta culposa fue la única determinante del resultado, y que ningún reproche relevante se le podía hacer al señor Bernal. Y es aquí donde discrepo, por cuanto fueron plurales sus faltas, también generadoras del daño. Veamos:

a. En primer lugar, es innegable que violó el artículo 66 del Código Nacional de Tránsito, que lo obligaba a detenerse para poder girar a la derecha y tomar la avenida La Esperanza. Él mismo reconoció que no lo hizo, pues en su declaración afirmó que “traté de frenar un poco, sí, porque es una semicurva donde uno tiene que voltear para coger La Esperanza, ahí frené un poco, volteé y seguí” (min; 16:27).

b. En segundo lugar, quebrantó el artículo 60 de esa codificación porque no respetó la calzada, al punto de haber dejado una larga y marcada huella en el borde del andén, hecho este en el que toda la prueba es coincidente. Con otras palabras, el vehículo, puesto en disposición de dar el giro, iba arrimado o pegado al andén, o por lo menos su remolque.

Hasta aquí, es clara la violación de las normas de tránsito.

c. En tercer lugar, obró con marcada imprudencia e impericia puesto que (i) no reparó en el paso de peatones; (ii) no determinó su conducta pese a que advirtió que el espacio vial para girar a la derecha era “estrecho” (min: 16:55, declaración del señor Bernal); (iii) no tuvo en cuenta que, como él mismo lo reconoció, lo largo del vehículo y sus características lo obligaban a “abrir el carro para poder hacer la curva” (min:17:00), toda vez que el tráiler es una estructura rígida que obviamente se cerraría cuando el cabezote diera el giro, y (iv) menos aún estuvo atento

por los retrovisores para advertir el movimiento del remolque y los posibles riesgos que ese giro podría provocar en una vía estrecha, lo que resulta relevante porque, de un lado, el remolque se pegó al andén, y del otro, el señor Rubiano fue golpeado con el tercer tercio de las ruedas del vehículo, es decir, con la parte final del automotor, que es la que más se cierra cuando el cabezote ha completado el giro; tan despreocupado -o apresurado- estaba el conductor que sólo se detuvo 400 metros después por el aviso que le dio “un señor de una grúa que venía detrás” suyo (min: 14:44), pues ni cuenta se dio de que había golpeado un ser humano.

La Sala consideró que ese comportamiento del conductor sí podía tildarse de culposos, pero que se trató de una “culpa inocua”. Más, yo pregunto: ¿si el conductor hubiere detenido su marcha, como se lo imponían las reglas de tránsito, se habría generado el hecho fatal? ¿si el señor Bernal no hubiese ido pegado al sardinel, se habría producido el atropellamiento? En general, ¿si el conductor hubiese respetado las normas que le imponía el Código Nacional de Tránsito y obrado con prudencia y pericia, pues, incluso, un aviso previo lo alertaba de un paso peatonal, se habría ocasionado el accidente? Creo que no, por lo menos si se repara en la causalidad adecuada, desde luego en sentido jurídico, puesto que tanto la acción como las omisiones del conductor, todas ellas dentro de su esfera de control, fueron apropiadas para producir el resultado dañoso, máxime si, ello es medular, pudiendo actuar, se abstuvo de hacerlo (cuando menos detenerse antes de girar). Al fin y al cabo, “para establecer si una conducta (activa u omisiva) se puede atribuir a un agente hay que partir de categorías jurídicas como el deber de actuar, las acciones y omisiones relevantes, la posición de garante, el concepto de ‘guardián de la cosa’, las obligaciones de seguridad, etc. (que no llevan implícitos juicios de reproche), las cuales no se constatan directamente sino que se atribuyen a partir de un marco de sentido jurídico que permite la construcción de pruebas inferenciales.”¹

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC13925 de 30 de septiembre de 2016.
Exp.: 013201600373 03

Incluso, si la Sala se hubiere detenido en la teoría de la “razón suficiente”, considerada en la sentencia SC13925-2016, la conclusión sería la misma, así “las explicaciones de razón expresen una correspondencia no necesariamente causal entre dos hechos”, puesto que “la presencia de uno de ellos lleva al juez a inferir la existencia de otro según un marco de sentido jurídico que otorga validez a dicha correlación”.

Por tanto, aunque es cierto que el señor Rubiano incurrió en culpa, también lo hizo el señor Bernal, habiendo convergido las dos conductas culposas en la producción del resultado, por lo que, en modo alguno, podía concluirse que hubo culpa exclusiva de la víctima, por lo menos si se tiene en cuenta que, según reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, “para que el demandado se libere completamente de la obligación indemnizatoria se requiere que la conducta de la víctima reúna los requisitos de toda causa extraña, en particular que se trate de un evento o acontecimiento exterior al círculo de actividad o de control de aquel a quien se le imputa la responsabilidad.”²

Luego, en mi criterio, en este caso se configuró una típica compensación de culpas, pues siendo innegable que la víctima se expuso imprudentemente al daño, no se podía dejar de reconocer que la conducta del conductor también contribuyó al resultado. Se imponía, entonces, aplicar el artículo 2357 del Código Civil.

Pero además, creo, respetuosamente, que la valoración probatoria que se adelantó no fue acertada, si se repara en los siguientes aspectos:

a. El primero, que la Sala hizo especial énfasis en los informes de la Policía de Tránsito y Judicial, específicamente en el “Dibujo topográfico FPJ-17” y la versión del señor David Alfonso Rojas, documentada por un funcionario de esa entidad, respecto de los cuales se

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia SC665-2019. Exp.: 013201600373 03

dijo en la sentencia que, por tratarse de documentos públicos, constituían plena prueba de su contenido (min: 21:15), lo que no luce acorde con lo previsto en los artículos 250 y 257 del CGP, pues esa tipología de documentos hacen prueba de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones que en él haga el funcionario, pero en modo alguno de los hechos -por cierto pasados- relativos al accidente de tránsito o a la manera cómo ocurrió.

Por lo mismo, la Sala no podía considerar probada la forma como se presentó el accidente a partir de lo que refirieron los primeros “respondientes”, Fausto Rincón Rojas y Diego Becerra Suarez, en un documento soportado en lo que les dijo “la ciudadanía” sobre los hechos. Con otras palabras, a partir de ese error de apreciación probatoria, la Sala le terminó dando la razón al victimario con fundamento en lo que, según dos servidores públicos que no presenciaron el accidente, fue dicho por personas que no se saben quiénes son, respecto de los cuales, obviamente, no pudo darse contradicción de la prueba.

b. Y el segundo, que el dictamen pericial rendido por Cesvi Colombia no es una prueba “científica”, como se calificó en el fallo proferido el 9 de julio pasado. Se trata de un concepto rendido por dos (2) expertos que, eventualmente, puede catalogarse como una prueba técnica, pero jamás científica, menos aun si se repara en que sus apreciaciones responden a probabilidades que pueden ser discutibles si se considera, por ejemplo, que los peritos no tuvieron en cuenta que el vehículo iba pegado al andén, pese a lo cual lo muestran, en el dibujo del giro, alejado del mismo.

En síntesis, creo que la decisión debió ser una muy otra: declarar la responsabilidad suplicada, e imponer condena al pago de perjuicios, con reducción de su monto, por mandato del artículo 2357 del Código Civil. Ante la duda, la Sala no podía debilitar la presunción de culpa, menos si

paraba mientes en la interpretación províctima. Y como así no se obró, la decisión absolutoria se ofrece -cuando menos- injusta.

Esta, por tanto, la constancia de mi voto disidente.

Firmado Por:

**MARCO ANTONIO ALVAREZ GOMEZ
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 006 CIVIL DE BOGOTÁ D.C.**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**b713be719d555c7bb1f999c5bbe2410407c1ac43d38f20b0a410a46286
0a6f3a**

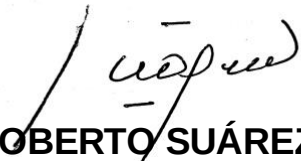
Documento generado en 21/07/2020 04:09:24 p.m.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Bogotá D. C., veintiuno de julio de dos mil veinte

Verificado el informe secretarial que antecede, se requiere a la parte demandante para que inicie y acredite ante esta Corporación el trámite de notificación de los señores Jaime Barreto Mateus, Israel García Buitrago y Edgar Eduardo Archila Gómez dando estricto cumplimiento a lo previsto en los artículos 291 y 292 adjetivo, dentro del término de los 30 días siguientes contados a partir de la notificación por estado de esta providencia so pena de aplicar la regla 317.1 de la misma obra, decretando el desistimiento tácito de la actuación.

Notifíquese,



LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

Magistrado

Exp. 2019-00768-00

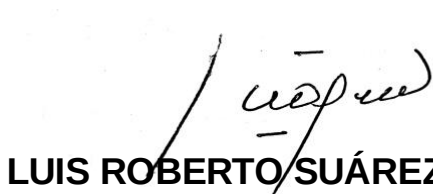
Revisión
Demandante: Constructora Las Galias S.A.
Demandado: Carlos Alberto Dueñas Ángel
Rad. 2020-00112-00

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Bogotá D. C., veintiuno de julio de dos mil veinte

Verificado el informe secretarial que antecede, se requiere a la parte demandante para que inicie y acredite ante esta Corporación el trámite de notificación del señor Carlos Alberto Dueñas Ángel dando estricto cumplimiento a lo previsto en los artículos 291 y 292 adjetivo, dentro del término de los 30 días siguientes contados a partir de la notificación por estado de esta providencia so pena de aplicar la regla 317.1 de la misma obra, decretando el desistimiento tácito de la actuación.

Notifíquese,



LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

Magistrado

Exp. 2019-00768-00

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

MAGISTRADO:
LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

Bogotá D.C., veintiuno de julio de dos mil veinte

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación que formuló el demandante contra el auto proferido el pasado dieciocho de febrero por el que el Juzgado Cuarenta Civil del Circuito de esta ciudad.

ANTECEDENTES

1. Mediante escrito presentado el dieciocho de noviembre de la pasada anualidad, la apoderada de la sociedad ejecutante solicitó que se decretara la nulidad de la providencia emitida el doce de noviembre de dos mil diecinueve, particularmente lo actuado con posterioridad al ingreso al despacho para dictar sentencia anticipada, alegando la configuración de las causales consagradas en los ordinales quinto y sexto del artículo 133 del Código General del Proceso, al haberse omitido la práctica y decreto de pruebas de manera oficiosa así como pretermitir la etapa de alegatos de conclusión.

2. El dieciocho de febrero de dos mil veinte, la juzgadora de instancia declaró no probada la articulación fundada en que “[...]”

el Despacho estaba facultado para proferir sentencia el 12 de noviembre de 2019, sin la necesidad de convocar a ninguna audiencia, decretar y practicar pruebas o escuchar los alegatos de conclusión de las partes [...]” pues al no haber solicitado el demandante ningún medio de convicción adicional en las oportunidades procesales pertinentes, era del caso resolver la instancia con “[...] las pruebas documentales allegadas por las partes [...] que consideró suficientes [...]”.

3. Contra esta determinación se alzó la interesada, alegando que al proponerse excepciones el proceso ejecutivo mutó a “cognitivo” por lo que resultaba necesario que se esclareciera la realidad de la relación jurídica sustancial existente, análisis para el que, en su sentir, debió hacerse uso del decreto oficioso de pruebas, omisión que acompañada de la falta de oportunidad para presentar sus alegatos de conclusión generan la anulación de lo actuado, impugnación que fue concedida y la que se procede a resolver, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

1. Los motivos de anulación se encuentran reglados taxativamente por la ley, por cuya virtud el proceso es nulo, en todo o en parte, sólo por las causales expresamente determinadas en ella, lo cual pone de presente que, a pesar de la existencia de vicios en la actuación, éstos no podrán ser corregidos por el funcionario judicial por la vía de la nulidad, si no existe un texto legal que la reconozca como tal. Con ese propósito, se enumeraron en el artículo 133 del Código General del Proceso, las causas de represión del posible desconocimiento

del debido proceso, relativas a la competencia, el derecho a la defensa, el respeto por la cosa juzgada y la plena observancia de las formas procesales.

2. En el evento que ocupa la atención de la Sala Unitaria es preciso resaltar que la solicitud de nulidad se fundó en la desatención de “decretar o practicar pruebas” y no brindar la “oportunidad para alegar de conclusión”, vicios que se configuran cuando el juzgador cercena la posibilidad de que se decrete o practique una prueba oportunamente pedida o cuando se prescinde de la fase de alegaciones pretermitiendo -parcialmente- la instancia.

3. Con esta orientación, en lo que dice relación con la anulación por la causal quinta del artículo 133 del Código General del Proceso, conviene resaltar que conforme lo dispuesto en el artículo 173 adjetivo “para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados para ello [...]”; expresión que la Corte Suprema de Justicia explicó al afirmar que “las pruebas producidas, con el objeto de que cumplan con su función de llevar al juez el grado de convicción suficiente para que pueda decidir sobre el asunto materia de la controversia, además de ser conducentes y eficaces, deben allegarse o practicarse en los términos y condiciones establecidos de antemano en el ordenamiento positivo”¹, de suerte que de no cumplirse los requisitos mencionados, no es posible que cumplan la función señalada, como lo estipula el canon 164 del Código General del

¹ Sentencia de la Sala de Casación Civil del 27 de marzo de 1998

Proceso, al tenor del cual “toda decisión judicial debe fundarse en pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”.

Así las cosas, de revisar el material que informa al plenario se tiene que dentro de las oportunidades procesales respectivas – demanda y traslado de excepciones de mérito, el extremo demandante no solicitó la práctica de algún medio de convicción diferente a las documentales que acompañó a sus escritos, lo que, en principio, impide que se configure la tesis invocada - **decreto**-, como quiera que no había lugar a declarar lo no pedido, a lo que se adiciona que la ausencia de su prescripción oficiosa no genera la anulación de lo actuado pues esa hipótesis no se encuentra dentro de la órbita de la causal alegada -dirigida a resguardar las probanzas que se quieren hacer valer por iniciativa de las partes- a lo que se adiciona que aquel deber, de todas formas se halla en la esfera discrecional del juez, no siendo “un mandato absoluto que se le imponga fatalmente al sentenciador, puesto que él goza de una discreta autonomía en la instrucción del proceso, circunstancia por la que no siempre que se abstenga de utilizar tal prerrogativa equivale a la comisión de su parte de un yerro de derecho. Además, no puede perderse de vista que hay casos en los cuales la actitud pasiva u omisiva del litigante que tiene la carga de demostrar determinada circunstancia fáctica es la generadora del fracaso, bien de las pretensiones ora de sus defensas, cuando menosprecia su compromiso procesal en el interior de la tramitación y en las oportunidades previstas por el legislador (CSJ SC de 21 de oct. de 2010 rad. 2003-00527-01), aclarando que “aunque al juez se le exige acuciosidad y dinamismo en la búsqueda de la verdad real sobre la cual ha de definir la controversia, esa labor no se extiende hasta el punto de

tener que suplir en cualquier supuesto la carga probatoria que le incumbe a las partes”, como se explicó en la sentencia SC5676 de 2018, no existiendo defecto en la actuación respecto de este tópico.

4. De otra parte, en lo que respecta a la **práctica** de pruebas, que es otra de las fases para el acopio regular del material suasorio, si bien la Juez no se pronunció de manera expresa sobre la incorporación al expediente de las documentales adosadas por ambas partes confinándose a afirmar el once de julio de dos mil diecinueve que “no existen más pruebas que practicar”², haciendo con ello una referencia implícita -no aconsejable en la actividad judicial, pues las decisiones debe ser claras, precisas, explícitas y, además, motivadas, para permitir el normal desarrollo del procedimiento y aun la eventualidad de su impugnación- lo cierto es que, en la misma oportunidad agregó que se procedería “conforme a lo previsto en el artículo 278 del Código General del Proceso, esto es, a emitir sentencia anticipada”.

En ese orden a pesar de que no se revistió al acto de la formalidad propia del auto que decreta pruebas o del que se abstiene de hacerlo, tal gestión se entendió agotada con la emisión del proveído previamente citado, en el que se notificó el cierre de la actividad probatoria, frente al cual no se interpuso recurso alguno, avalando con su omisión impugnaticia tal clausura, realidad que deja al descubierto que de llegar a existir un vicio, este se saneó ante el silencio del objetante, preservándose el respeto al derecho constitucional del debido

² Folio 228 Cdno 1

proceso, la defensa y contradicción de las partes, en los términos del artículo 136, numeral 4.

5. De otro lado, en punto de la ausencia de oportunidad para alegar de conclusión, destaca la Sala Unitaria que, en puridad, cuando los administradores de justicia advierten que no habrá debate probatorio o que el mismo es inocuo, en aplicación de lo previsto en el artículo 278 del Código General del Proceso se habilita para dirimir, de inmediato, la instancia, finalidad que se concibió para los eventos en los que no sea necesario agotar las etapas posteriores del juicio bajo el entendido de que “[...] el respeto a las formas propias de cada juicio debe ponderarse con los principios de celeridad y economía procesal, los cuales reclaman decisiones prontas, adelantadas con el menor número de actuaciones posibles y sin dilaciones injustificadas. Total, que las formalidades están al servicio del derecho sustancial, por lo que cuando se advierta su futilidad deberán soslayarse, como cuando en la foliatura se tiene todo el material suasorio requerido para tomar una decisión inmediata [...]”³.

En otro pronunciamiento la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia indicó que es posible que la decisión anticipada se profiera de manera oral o escrita y que para definir la modalidad adecuada “[...] corresponde diferenciar el momento en que el juzgador se persuade de que «*no hay pruebas por practicar*», ya que si alcanza ese convencimiento en la fase introductoria del proceso, es decir, antes de convocar a audiencia inicial, no es indispensable programar la vista pública, sino dictar el fallo

³ Corte Suprema de Justicia, Sentencia SC 1722 de 2019 M.P.: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo

anticipado en forma escrita [...]”⁴ ello por cuanto en estos casos “no es forzoso garantizar la oportunidad para las alegaciones finales dada la ausencia de práctica probatoria, porque aquellas son una crítica de parte acerca del despliegue demostrativo [...]”⁵.

6. No empece lo anotado, si bien en el caso bajo análisis obra en el plenario el anuncio efectuado por la autoridad judicial sobre la culminación del periodo probatorio fundada en que no existían “más pruebas por practicar” y que en consecuencia de ello, se dictaría sentencia anticipada, no puede perderse de vista que tal y como lo desarrolló la Corte Suprema de Justicia en la providencia en cita, tal determinación “impone mayor cautela y prudencia a la hora de evaluar la procedencia del material suasorio para evitar lesionar el derecho de los litigantes a «probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ell[o]s persiguen (art. 167)”.

En el mismo proveído, la Corte expuso varias hipótesis para el proferimiento de la sentencia adelantada explicando que “si el funcionario concluye que es procedente fallar por anticipado cuando el litigio ha incursionado en la fase oral –cualquiera que sea el rito impartido- la sentencia deberá emitirse en la respectiva sesión, y si en ella se han evacuado algunas pruebas, le antecederán los alegatos de conclusión, porque al tenor del numeral 4° del artículo 372 ibídem, «*practicadas las pruebas se oirán los alegatos de las partes*»”, puntualizando a continuación que “cuando el fallo se emite en forma escrita no es forzoso garantizar la oportunidad para las alegaciones finales dada la ausencia de práctica probatoria, porque aquellas son una crítica

⁴ Corte Suprema de Justicia, Rad. 47001221300020200000601 del 27 de abril de 2020 M.P.: Octavio Augusto Tejeiro Duque

⁵ Ibídem

de parte acerca del despliegue demostrativo, de suerte que si éste no se llevó a cabo no hay sobre qué realizar las sustentaciones conclusivas, teniendo en cuenta que las posturas de los contendientes están plasmadas en sus respectivas intervenciones anteriores (demanda y réplica)”, argumentación que deja al descubierto que no se puede predicar que en todos los casos de sentencia anticipada sea innecesario dar traslado para alegar, esto es, que esa tesis tenga ribetes absolutos.

De este modo, no puede dejarse en el olvido que en el presente al advertirse por la funcionaria que no existían más pruebas que practicar de manera antelada a que se fijara fecha para llevar a cabo las audiencias de que tratan los artículos 372 y 373 del estatuto procesal civil, no era del caso proceder a emitir la sentencia anticipada sin que previo a ello se le corriera traslado a los intrevinientes para presentar sus alegatos de conclusión, en particular, ante la copiosa probanza documental que las partes presentaron en pro de sus aspiraciones procesales, material que sirvió de base para formular todo un debate demostrativo, sin perjuicio, claro está, de la posibilidad de proferir fallo por escrito, pero con la garantía de que los extremos procesales concluyeran sus defensas, al obrar en la actuación lo que en palabras de la Alta Corporación, constituye el insumo suficiente sobre el cual “realizar las sustentaciones conclusivas”, acervo que, entonces, justificaba el decreto de la oportunidad para alegar, pues como se expresó anteriormente, la práctica probatoria en el presente asunto sí existió.

7. Así las cosas y dada la importancia de esta etapa del proceso - tanto que su pretermisión se castiga con la nulidad de lo actuado

a continuación-, se abre la puerta para que las partes se pronuncien sobre el mérito de las pruebas que presentaron y contradigan las de su contrincante, gestión en la que está ínsita el derecho de contradicción y defensa como elementos integrantes del debido proceso, lo que impone declarar la infición de lo actuado con posterioridad a esa fallida fase, en tanto que, como lo indicó el Tribunal Constitucional “[...] los alegatos de conclusión juegan un destacado papel en orden al mejor entendimiento de los hechos, de los intereses en conflicto, de la forma en que cada extremo asume los motivos de hecho y de derecho –a favor y en contra-, y por tanto, en lo concerniente a la mejor comprensión del universo jurídico y probatorio que ampara los intereses en conflicto. Por consiguiente, de una parte, la dinámica de los alegatos de conclusión tiene la virtualidad de facilitarle a los interesados o contendientes la oportunidad para esgrimir sus argumentos culminantes en procura de sus propios derechos e intereses; y de otra, tal dinámica se ofrece a los ojos de la autoridad administrativa o del juez correspondiente como un conjunto de razonamientos que a manera de referente interpretativo les permite examinar retrospectivamente todas y cada una de las actuaciones surtidas. Lo cual, sin duda alguna, se constituye en hito procesal de significativa importancia para la salvaguarda de la postulación y la excepción, al propio tiempo que se atiende a la depuración de la certeza jurídica que requiere el fallador para decir el derecho [...]”⁶.

Bajo esa óptica, con independencia de que no se hubiere reclamado por los extremos procesales el decreto de medios de prueba adicionales y que con el recaudo del abundante material

⁶ Corte Constitucional Sentencia C 107 del 2004

documental que obra en el expediente se agotara la etapa de comprobación, lo cierto es que, dado el espectro inicial de la ejecución y las defensas propuestas por el ejecutado, respaldadas con las probanzas ya descritas, a consideración de esta Sala Unitaria, era necesario que se le otorgara a los intervinientes el tiempo correspondiente para alegar de conclusión, como momento adjetivo para la defensa de sus posiciones.

8. En ese sendero, al estructurarse la causal contemplada en el numeral 6 del artículo 133 del Código General del Proceso es del caso revocar la determinación atacada, al no brindarse el traslado a las partes para que alegaran de conclusión, omisión que condujo a que ninguna de ellas pudiese refutar la unidad de prueba allegada, limitándose con ello, el derecho de defensa que les asiste.

9. Corolario de lo expuesto, esta Corporación se abstendrá de resolver la petición de pruebas en segunda instancia y ordenará la devolución del legajo al Juzgado Cuarenta Civil del Circuito de esta urbe, para que se le imprima el trámite ahora descrito al presente y se conceda el traslado correspondiente, previo a que se emita sentencia.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en Sala Civil de Decisión,

RESUELVE

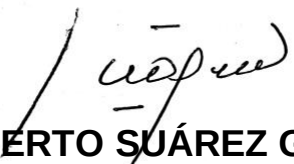
PRIMERO: REVOCAR el auto de fecha y procedencia anotadas.

En consecuencia, se deja sin valor y efecto lo adelantado en el asunto desde el auto calendado once de julio de dos mil diecinueve, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva para que, en su lugar, proceda la funcionaria adelantar el trámite que corresponda.

SEGUNDO: Por secretaría efectúense las anotaciones correspondientes en los radicados 11001310304020180003401 y 11001310304020180003402 y devuélvase la actuación al despacho de origen.

TERCERO: Sin costas.

Notifíquese,


LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ
Magistrado

Rad. 11001310304020180003402

República de Colombia
Rama Judicial



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Bogotá, D. C., diecisiete (17) de julio de dos mil veinte (2020).

Ref.: Exp. No. 110012203000-2020-00930-00

Respecto de la demanda con que Clara Elizabeth Avila Díaz y William Darío Avila Díaz pretenden sustentar el recurso de revisión contra “*las actuaciones de los Juzgados 43 Civil Municipal y 9 de Ejecución Civil Municipal de esta ciudad*”, se observa lo siguiente:

1. Se desacató el artículo 357, numeral 3°, del Código General del Proceso (CGP), por cuanto no se precisó “*la designación del proceso en que se dictó la sentencia, con indicación de su fecha, el día en que quedó ejecutoriada*”, en la medida en que fueron mencionados los números “*1148 de 2009*” y “*2003-01143*” sin especificar el tipo de proceso, además de que se relacionan los Juzgados 15 y 43 Civiles de Conocimiento y 9° de Ejecución, todos municipales, sin esclarecer esa situación ni mencionar los datos del proceso, ni de la sentencia ejecutoriada que sería objeto de revisión.

2. De acuerdo con el artículo 357, numeral 2°, en concordancia con el artículo 82 del mismo estatuto, falta el nombre y domicilio de las personas que fueron parte en el proceso en que se dictó la sentencia, “*para que con ellas se siga el procedimiento de revisión*” (art. 82-2 del CGP), pues en el acápite de notificaciones no fueron relacionados los datos de la parte demandante en el proceso objeto de revisión, ni su correo electrónico (art. 82-10).



3. Salvo el poder otorgado por los recurrentes a su apoderado (folio 2), faltan los demás anexos enumerados en la demanda (art. 89, incisos 2º y 3º ídem).

4. También se encuentra carente de sustento formal la causal de revisión invocada (numeral 7 del art. 355 del CGP), por falta de precisión en los hechos, visto que se efectuó una narración sin especificar fundamentos fácticos que puedan, en términos reales, estructurarla, acorde con el artículo 357, numeral 4º, del CGP, que prevé el requisito de expresión del motivo de revisión “*y los hechos concretos que le sirven de fundamento*”, por las siguientes razones:

4.1. Los recurrentes, en la mayoría del escrito, solicitaron la nulidad del proceso cuestionado en “*todo lo actuado*”, al parecer porque la allí demandante, Edificio Terralunga V P.H., estaba representada por una abogada que no podía ejercer su profesión y posteriormente tampoco tenía poder para actuar, sin embargo, omiten mencionar cuál es el hecho que los legitimaría para pedir esa nulidad conforme al art. 134, incisos 2º, 3º y 5º, en armonía con el art. 135 del CGP.

4.2. También adujeron una serie de irregularidades en actuaciones concernientes al mandamiento ejecutivo, pagos de cuotas de administración, acumulación de procesos, liquidación del crédito, remate y depósitos judiciales, aunado al cobro de intereses sobre intereses, pero no explicaron de qué manera esas situaciones fundamentan la causal de revisión invocada, en específico.

4.3. Del precedente resumen aflora que la parte recurrente dejó sin exponer hechos concretos, en relación con la causal de revisión, pues en buenas cuentas su relato no exhibe aptitud para estructurar, así sea en forma potencial, una eventual nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento, porque para tal sanción procesal, además de no aparecer de modo claro la invocación de los hechos que generen la indebida representación, tampoco tendría



ninguna posibilidad en tratándose de la legitimación de la parte contraria a quien la invoca, aunado a que dicho recurso extraordinario carece de idoneidad para examinar las demás irregularidades mencionadas como si hiciera las veces de instancia adicional para esos temas.

4.4. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, ha precisado alrededor de la concreción de la causal de revisión exhortada, que “...desde un comienzo debe el recurrente justificar por qué considera fundada la causal de revisión que alega. Desde luego que, en ese contexto, el recurrente tiene una carga argumentativa cualificada, consistente en formular una acusación precisa con base en enunciados fácticos que guarden completa simetría con la causal de revisión que se invoca, al punto que pueda entenderse que la demostración de esos supuestos, en principio, haría venturoso el ataque. Dicho de otro modo, corresponde al recurrente explicar por qué considera que la sentencia debe revisarse y, para ello, ha de hacer una presentación que permita establecer, desde un comienzo, que existen motivos idóneos que justifican el inicio de este trámite, destinado, como se sabe, a impedir la solidificación definitiva de la cosa juzgada. De ahí que si el recurrente no expresa la causal de revisión que pretende hacer valer, o no pone de presente los hechos que la configurarían, la demanda no puede servir de percutor para la actividad de la Corte; igual sucede, cuando se advierte que los hechos que expone el impugnador no tienen idoneidad para configurar la causal de revisión que se alega, caso en el cual la demanda tampoco tiene vocación para ser admitida, no sólo por el incumplimiento de un perentorio requisito legal, sino porque si en gracia de discusión se tolerara esa deficiencia, tendría que adelantarse una actuación judicial que, a buen seguro, ningún resultado arrojaría, máxime si se tiene en cuenta que por la disponibilidad del recurso y por la importancia que para el ordenamiento tiene el principio de la seguridad jurídica, el juez de la revisión no puede hacer pronunciamientos oficiosos, ni salirse del preciso marco de referencia



planteado por el censor” (CSJ ARC de 2 de diciembre de 2009, rad. 2009-01923, transcrito en providencias posteriores como en proveído de 27 de agosto de 2012, rad. 11001-0203-000-2012-01285-00).

De ese modo, ante la necesidad de tales requisitos, se inadmitirá la demanda para que el recurrente la subsane (art. 358, inciso 2º, del CGP).

DECISIÓN

Con base en lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, D. C., Sala Civil, **resuelve:**

1. **Inadmitir** la demanda de revisión, a fin de que sean subsanados los defectos anteriormente anotados.
2. **Conceder** a la parte interesada el término legal de cinco (5) días para ello, so pena de rechazo.
3. **Reconocer** personería al abogado Germán Enrique Avila Díaz, como apoderado judicial de la parte recurrente, según el memorial que obra en el folio1 del cuaderno de revisión.

Notifíquese.

JOSE ALFONSO ISAZA DAVILA

MAGISTRADO TRIBUNAL SUP. DE BOGOTÁ, SALA CIVIL
(FIRMA SEGÚN ARTS. 11 DEC. 491/2020, 6 AC. PCSJA20-11532 Y OTROS)

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

Bogotá D.C., veintiuno (21) de julio de dos mil veinte (2020)

Radicación: 11001-3199-001-2018-34506-02

Asunto. Verbal
Recurso. Apelación de Sentencia.
Demandante. Carlos Andrés Granada Garcés.
Demandado. Vidplex Universal S.A.
Reparto. 14/11/2019

En virtud de la suspensión de términos, decretada por el Consejo Superior de la Judicatura ante la emergencia sanitaria originada por la propagación del corona virus Covid 19, no es factible dirimir la segunda instancia de este asunto, dentro de los 6 meses siguientes a la recepción del expediente en la Secretaría de la Sala Civil de esta Corporación, razón por la cual se **PRORROGA** el aludido plazo por seis (6) meses más para proferir el fallo respectivo.

NOTIFIQUESE


NUBIA ESPERANZA SABOGAL VARÓN
Magistrada.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Magistrada Ponente
MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

Bogotá D.C., veintiuno (21) de julio de dos mil veinte (2020)

**Asunto. Proceso Verbal promovido por Rafael Alberto Jaramillo Franco contra la sociedad Parque Cementerio La Nueva Luz Ltda.
Rad. 002 2019 00067 01**

Discutido y aprobado en Sesión de Sala de Decisión del 15 de julio de 2020, según acta No. 26 de la misma fecha.

Procede la Sala a decidir la solicitud de adición que formuló la apoderada del demandante respecto de la sentencia de segunda instancia que profirió este Tribunal el 9 de marzo de 2020, dentro de este asunto.

ANTECEDENTES

1. El señor Rafael Alberto Jaramillo Franco formuló demanda contra la sociedad Parque Cementerio La Nueva Luz Ltda., para obtener la declaración de existencia de los presupuestos de ineficacia de las decisiones adoptadas en las juntas de socios de la demandada el 19 de mayo de 1995 (plasmada en el Acta No. 03) y el 28 de mayo de 2017 (contenida en el Acta No. 01), por contravenir lo establecido en el artículo 186 del Código de Comercio.

2. Mediante sentencia anticipada parcial del 29 de octubre de 2019, la Coordinadora del Grupo de Jurisdicción Societaria II y III de la Superintendencia de Sociedades dispuso declarar probada la excepción de prescripción que propuso la convocada respecto de las pretensiones relacionadas con la decisión de junta de socios adoptadas el 19 de mayo de 1995; y continuar el trámite del proceso respecto de las demás aspiraciones, determinación que confirmó este Tribunal en decisión calendada el 9 de marzo de 2020.

3. En esta oportunidad, la apoderada del demandante solicitó la adición de la sentencia con fundamento en que el Tribunal no se pronunció frente al momento a partir del cual debe ser contabilizado el término prescriptivo contenido en el artículo 235 de la Ley 222 de 1995, pese a que fue uno de los planteamientos del recurso de apelación, el cual, en su sentir, debía computarse a partir del momento en que se hizo pública el Acta No. 3 del 19 de mayo de 1995 *“al ser aportada como prueba de la capacidad legal del representante legal para la venta del inmueble realizada mediante escritura pública No. 1461 del 23 de junio de 2017, por lo que no habrían transcurrido los cinco (5) años del término de prescripción”*.

CONSIDERACIONES

Para resolver, es preciso memorar que en virtud de lo estatuido en el artículo 287 del Código General del Proceso, la sentencia podrá ser adicionada cuando *“omita resolver sobre cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento”*.

Así mismo, que la apoderada del demandante insiste en que el recurso de apelación contra la sentencia anticipada lo enfocó en dos argumentos, uno relativo a la prescripción contenida en el artículo 235 de la Ley 222 de 1995, el cual considera que no es aplicable a la declaratoria de ineficacia de pleno derecho; y otro, consistente en que el reconocimiento de presupuestos de ineficacia sobre la decisión contenida en el acta No. 3 del 19 de mayo de 1995 no ha prescrito.

No obstante, si se miran bien las cosas, es evidente que esos aspectos de inconformidad fueron objeto de pronunciamiento en el fallo en comento, pues se dijo que la impugnación contra los actos ineficaces se debe intentar a lo máximo dentro del término de cinco años contemplado en la Ley 222 de 1995; y que a la fecha de presentación de la demanda ya había transcurrido con holgura el término de prescripción respecto del acta del 19 de mayo de 1995.

Entonces, al confrontar los considerandos de la decisión en comento con los argumentos que se invocan como sustento de la petición de adición, queda en evidencia que en aquella no se omitió resolver sobre cualquiera de los extremos de la litis o cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, que es el propósito de la

institución de la adición, en tanto que en sus considerandos quedaron estudiados los reparos formulados por la parte demandante; además, la institución de la adición no está contemplada para obtener del funcionario un pronunciamiento necesariamente favorable al litigante solicitante, o en forma distinta a la prevista en la norma, pues de esa forma se desbordaría el marco trazado por el legislador.

Así las cosas, advertido que la motivación de la decisión comprende el análisis de los aspectos que fueron motivo de desconcierto, se colige que la petición de adición deviene inviable.

Coherente con lo anterior, la Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C.,

RESUELVE

NEGAR la petición de adición que formuló la apoderada del demandante respecto de la sentencia emitida por esta Corporación el 9 de marzo de 2020.

NOTIFÍQUESE,


MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA
Magistrada


JORGE EDUARDO FÉRREIRA VARGAS
MAGISTRADO


RUTH ELENA GALVIS VERGARA
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA SUSTANCIADORA

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

Bogotá D. C., veintiuno (21) de julio de dos mil veinte (2020)

**Asunto: Proceso verbal del señor Carlos Alfonso López Bayona
contra el señor Jhon Edinson Rincón Lombana y otros.**

Rad. 17 2015 00701 02

Discutido y aprobado en Sala de Decisión Dual del 15 de julio de 2020 fecha,
según acta N° 26

Se decide el recurso de súplica que interpuso el apoderado del demandado Mario Alberto Huertas Cotes contra el auto que profirió la Magistrada Ruth Elena Galvis Vergara el 23 de junio de 2020.

ANTECEDENTES

1. Mediante el referido proveído y por considerar que no se verificaban las previsiones del artículo 327 del Código General del Proceso, la citada Magistrada negó la petición de pruebas que en esta instancia elevó la mencionada parte, fundamentada en los numerales 3° y 4° de esa norma, donde pretendía se decretara como elemento probatorio el contrato celebrado entre Mario Alberto Huertas Cotes y Camilo Enciso Parra, solicitud que se fincó en que éste último teniendo en su poder el referido documento no lo presentó como prueba, pero el mismo se localizó en el archivo inactivo de la empresa MHC Ingeniería y Construcción de Obras Civiles; y que, en todo caso, se allegó al proceso antes de emitir la sentencia.

2. Inconforme, el solicitante interpuso recurso de súplica y para ello argumentó que, al tenor del artículo 60 del estatuto comercial, los libros y

papeles deberán ser conservados al menos 10 años; que la convención suscrita entre Camilo Enciso Parra y Mario Alberto Huertas Cotes, donde el primero garantiza la indemnidad del segundo en razón de los accidentes que se originasen en la operación de la volqueta de su propiedad, el mismo fue conservado en la empresa por mas de cinco años.

Que el accidente que generó este proceso, el señor Enciso Parra nunca lo informó ni puso en conocimiento de Mario Alberto Huertas Cotes, quien desconocía las circunstancias en que se produjo, de las que se enteró sólo cuando se le notificó la demanda; por ello, al intervenir no planteó la excepción perentoria basada en la referida convención; que de no tener el cuenta tal prueba, se produciría un enriquecimiento en favor del demandado Camilo Enciso Parra y, adicionalmente, dentro del proceso ejecutivo que promovería el acá demandante en contra de los demandados, procedería la excepción de inexigibilidad de la obligación en relación con Huertas Cotes.

CONSIDERACIONES

Respecto a la oportunidad para solicitar pruebas en segunda instancia, el artículo 327 del Código General del Proceso prevé que cuando se trate de apelación de sentencias, en el término de ejecutoria del auto que admite el recurso, las partes pueden pedir las, las cuales serán decretadas, siempre y cuando se adecúen a los siguientes presupuestos:

- "1. Cuando las partes las pidan de común acuerdo.*
- 2. Cuando decretadas en primera instancia se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió.*
- 3. Cuando versen sobre hechos ocurridos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, pero solamente para demostrarlos o desvirtuarlos.*
- 4. Cuando se trate de documentos que no pudieron aducirse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito, o por obra de la parte contraria.*
- 5. Si con ellas se persigue desvirtuar los documentos de que trata el ordinal anterior. (...)"*

Las anteriores reglas hacen que el decreto de pruebas en esta sede sea de carácter especial y excepcional, circunscrito a las precisas causales ya

anotadas, pues *“la solicitud, práctica y aporte de pruebas debe darse esencialmente en el curso de la primera instancia, por ser esa la directriz adoptada por el CGP”*¹, luego si no se verifica alguna de ellas no hay lugar a considerar otros fundamentos en que se sostenga la petición, por mas razonados que pudieran parecer.

4. Para el caso, se advierte que ninguno de los eventos consagrados en las reglas 3° y 4° en que se fincó la petición se verifican, pues si se tiene en cuenta que el documento que se pretende se decrete como prueba data uno del 30 de agosto de 2011 (fol. 332) y otro del 14 de septiembre de 2011 (fol. 339 C.1), es evidente que no se trata de un medio probatorio que verse sobre hechos ocurridos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, que para el peticionario demandado lo era con la contestación de la demanda, oportunidad que desaprovechó pues pese a que se notificó el 23 de enero de 2017, a través de su apoderado, guardó silencio, conforme a los antecedentes del litigio.

Tampoco puede ser considerado como hecho nuevo, ocurrido después de la oportunidad precitada, la localización del documento en el archivo inactivo de la empresa MHC Ingeniería y Construcción de Obras Civiles, en razón a que precisamente esos contratos, que contienen una oferta mercantil de servicios de transportes de materiales, a más de ser anteriores a la oportunidad que se tenía para contestar el libelo, están dirigidos al demandado peticionario, Mario Alberto Huertas Cotes, de donde se infiere que no era ajeno a su contenido.

Menos se configura la mencionada regla 4ª, soportada en que el codemandado, señor Enciso Parra nunca informó ni puso en conocimiento de Mario Alberto Huertas Cotes el accidente que generó este litigio y por ello éste desconocía las circunstancias en que se produjo y de las sólo que se enteró cuando se le notificó la demanda, lo que le impidió proponer la correspondiente excepción previa, en razón a que ese supuesto, a más de que no proviene de la contraparte, esto es la demandante como lo consagra la norma, no constituye una situación de fuerza mayor o caso fortuito.

Al respecto, la Sala dual recuerda que la fuerza mayor y el caso fortuito son circunstancias imprevisibles e irresistibles que requieren de plena

¹ LOPEZ Blanco Hernán Fabio. Código General del Proceso. Parte General. Pág. 820

acreditación, la sola afirmación del peticionario del elemento de convicción no tiene la virtualidad de abrir una nueva etapa probatoria después de proferido el fallo de primer grado, siendo que, como ya se advirtió, la misma es excepcional.

3. En consecuencia, al no adecuarse la petición de pruebas a las concretas previsiones que estableció el legislador en el mencionado artículo 327 del C.G.P., para su viabilidad en segunda instancia, necesariamente el proveído suplicado se habrá de confirmar, sin perjuicio de la facultad oficiosa que en su momento pudiera considerar la Magistrada Sustanciadora de este asunto.

DECISIÓN

Por mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

RESUELVE:

CONFIRMAR el auto objeto de súplica que profirió la Magistrada Ruth Elena Galvis Vergara el 23 de junio de 2020.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA
Magistrada


JORGE EDUARDO FÉRREIRA VARGAS
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Magistrada Ponente
MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

Bogotá D.C., veintiuno (21) de julio de dos mil veinte (2020)

**Asunto. Proceso Verbal (Pertinencia) del señor Eduardo Rojas Hurtado contra la sociedad Credigane Electrodomésticos S.A. y demás personas indeterminadas.
Rad. 024 2017 00195 01**

Discutido y aprobado en Sesión de Sala de Decisión de 15 de julio de 2020, según acta No. 26 de la misma fecha.

Procede la Sala a decidir la solicitud de aclaración y adición que formuló el apoderado del demandante respecto de la sentencia de segunda instancia que profirió este Tribunal el 31 de enero de 2020, dentro de este asunto.

ANTECEDENTES

1. El señor Eduardo Rojas Hurtado formuló demanda contra la sociedad Credigane Electrodomésticos S.A. y demás personas indeterminadas, para obtener la declaración de pertenencia ordinaria, o subsidiariamente por vía extraordinaria, del apartamento 202, garaje y depósito 202 que hacen parte del Edificio Los Cerezos Propiedad Horizontal, distinguido con el No. 9-35 de la calle 78 de esta ciudad.

2. Mediante sentencia del 1º de agosto de 2019, el Juzgado 24 Civil del Circuito de esta ciudad negó tanto las pretensiones principales como las subsidiarias, determinación que confirmó este Tribunal en decisión calendada el 31 de enero de 2020.

3. En esta oportunidad, el apoderado del demandante solicitó la adición y aclaración de la sentencia como quiera que no se señaló *“en qué momento se produjo la interversión del título de tenedor a poseedor que alega”*, tema que considera fundamental para garantizar una respuesta de todos los argumentos expuestos en la sentencia.

CONSIDERACIONES

1. Para resolver, es preciso memorar que en virtud de lo estatuido en el artículo 285 del Código General del Proceso, la sentencia podrá ser aclarada *“cuando contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o influyan en ella”*, figura que encuentra cabida cuando la providencia contiene conceptos expresados en la parte resolutive, que no son lo suficientemente explícitos; y que de conformidad con lo consagrado en el canon 287 *ibidem* deberá ser adicionada cuando *“omita resolver sobre cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento”*.

2. Atendidas las anteriores previsiones normativas pronto emerge que la solicitud de aclaración que se pretende deviene infructuosa, pues en la parte resolutive de la sentencia no se observan frases o conceptos que ofrezcan verdaderos motivos de duda, sino simple y llanamente la confirmación de la resolución negativa o contraria a los intereses que defiende, precisamente resultado de la valoración probatoria que hiciera la Sala frente a los elementos de convicción obrantes en el expediente, que en manera alguna pueden ser modificadas o adicionadas en esta oportunidad, menos, con miras a esclarecer una condición que es netamente del resorte del solicitante.

De igual manera, la Sala evidencia que la decisión no omitió resolver sobre cualquiera de los extremos de la litis o cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, que es el fin de la figura de la adición, atendido que esta institución no está contemplada para obtener del funcionario un pronunciamiento necesariamente favorable al litigante solicitante y que el pronunciamiento

emitido por esta sede fue el resultado de la apreciación conjunta de las pruebas recaudadas y la aplicación de las disposiciones allí reseñadas.

3. Por ende, es evidente que la petición del togado desborda el marco trazado por el legislador para la aclaración y adición de sentencias; luego, deviene infructuosa.

Coherente con lo anterior, la Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C.,

RESUELVE

NEGAR la petición de aclaración y adición que formuló el apoderado del demandante respecto de la sentencia emitida por esta Corporación el 31 de enero de 2020.

NOTIFÍQUESE,


MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA
Magistrada


JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO

RUTH ELENA GALVIS VERGARA

No hacía parte de la Sala que profirió la sentencia, por ello no la suscribe.

República de Colombia
Rama Judicial



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Magistrado Ponente: **José Alfonso Isaza Dávila**

Radicación: 10013103041-2017-00398-01
Demandante: Lisbeth Johanna Fernández Barón
Demandado: Construcciones Inteligentes Eva S.A.S. y otro
Proceso: Verbal
Trámite: Súplica
Estudiada en Sala Dual de 19 de marzo de 2020.

Bogotá, D. C., veintiuno (21) de julio de dos mil veinte (2020).

Decídese el recurso de súplica propuesto por Acción Sociedad Fiduciaria S.A., en calidad de vocera y administradora del patrimonio autónomo Fideicomiso Recursos Proyecto Eva 110, contra el auto de 14 de enero de 2020, mediante el cual dijo negar la solicitud de nulidad formulada por la misma parte, dictado en segunda instancia por la magistrada que antecede, en el proceso arriba referido.

En el recurso de súplica el inconforme alegó, en resumen, que la nulidad por indebida representación del patrimonio autónomo Fideicomiso Recursos Proyecto Eva 110, se configuró porque no fue citado al proceso, pese a que fue parte en el contrato de fiducia de vinculación por beneficio de área que el juez de primera instancia declaró nulo de forma oficiosa; tan así que en el fallo de primer grado se le ordenó restituir una suma determinada de dinero a la parte demandante.



Expuso que en el citado negocio jurídico, fueron partes: i) la fiduciaria Acción Sociedad Fiduciaria S.A.; ii) Construcciones Inteligentes Eva, en calidad de fideicomitente; iii) y el beneficiario de área, que es la demandante Lisbeth Johanna Fernández Barón. El patrimonio autónomo Fideicomiso Recursos Proyectos Eva 110, también es parte del contrato, pues su representación está en cabeza de la fiduciaria. De manera que la demanda también debió dirigirse contra él, si no se hizo así, el juez tenía el deber de integrar el contradictorio, o realizar el control de legalidad que impone el artículo 134 del Código General del Proceso, para corregir los vicios que configuran nulidades. Esto conlleva a la vulneración de su derecho al debido proceso y contradicción, porque no tuvo la oportunidad de presentar su defensa y pedir pruebas.

Refirió que la nulidad no puede entenderse convalidada, puesto que en realidad el patrimonio autónomo no fue vinculado al proceso, ya que Acción Sociedad Fiduciaria S.A.S. fue demandada en calidad de persona jurídica, no como vocera del patrimonio. Hecho que fue alegado por la fiduciaria, como persona jurídica, en la contestar la demanda y como excepción previa, pero no prosperó debido al silencio del juzgado de primer grado.

Narró que una cosa es el patrimonio autónomo y otra la persona jurídica, por tanto, es equivocado considerar que la sola vinculación de Acción Sociedad Fiduciaria S.A., es suficiente para entender que el patrimonio autónomo también estuvo representado, como quiera que se trata de relaciones diferentes.

Agregó que hay una *“separabilidad patrimonial entre una persona jurídica y un patrimonio autónomo el cual huelga decir está reconocido en el artículo 53 del Código General del Proceso, como parte en un proceso”*.



PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

1. Precísase que el auto cuestionado es susceptible del recurso de súplica, por cuanto con el mismo se rechazó (negó) de plano una solicitud de nulidad, de tal manera que encaja dentro de lo regulado por el artículo 331 del Código General del Proceso, que prevé dicho remedio procesal contra los autos dictados por el magistrado sustanciador *“en el curso de la segunda o única instancia, o durante el trámite de la apelación de un auto (...) que por su naturaleza hubieran sido susceptibles de apelación...”*, y el precepto 321 ibídem contempla la apelación contra el que niegue el trámite de una nulidad procesal y el que la resuelva (num. 6).

2. Advertido lo anterior, revélase la improsperidad de este recurso, al observarse que fue justificado el rechazo de la nulidad pretendida, conforme al artículo 135 del CGP.

Tal precepto dispone, en el inciso 1º, que la parte solicitante de una nulidad *“deberá tener legitimación para proponerla, expresar la causal invocada y los hechos en que se fundamenta...”*, precepto que armoniza con el inciso 4º, bajo cuyo tenor el juez debe rechazar de plano aquella *“que se funde en causal distinta de las determinadas en este capítulo o en hechos que pudieron alegarse como excepciones previas, o la que se proponga después de saneada o por quien carezca de legitimación”*.

3. Requisitos que se incumplen en la solicitud de nulidad rechazada, examinado que no podía tramitarse en tanto que el hipotético yerro, si es que lo hubiese habido, tendría que considerarse saneado, porque *“a pesar del vicio el acto procesal cumplió su finalidad y no se violó el derecho de defensa”* (numeral 4º, art. 136, CGP).



En efecto, que la demanda se haya formulado contra la Acción Sociedad Fiduciaria S.A., sin aludir a la calidad de vocera y administradora del patrimonio autónomo Fideicomiso Recursos Proyecto Eva 110, fue una irregularidad que no afectó el derecho de defensa y contradicción, porque en todo caso, la fiduciaria compareció al proceso desde el principio y tuvo la oportunidad de ejercer la defensa del patrimonio autónomo que representa.

Justamente la fiduciaria, desde la contestación de la demanda puso de presente unos aspectos fundamentales del contrato de fiducia mercantil, conforme al cual se forma un patrimonio autónomo, que es quien debe ser parte, representado por ella (folios 198 a 201 del cuaderno 1), y al responder los hechos y pretensiones precisó siempre que las obligaciones por las que se demandaba eran de dicho patrimonio o fideicomiso.

Es más, formuló excepciones como *“inexistencia de incumplimiento del contrato”*, *“inexistencia de los elementos que configuran la responsabilidad civil contractual o vulneración de derechos de beneficiario de área”*; e inclusive la denominada *“falta de legitimación en la causa por pasiva”*, en la que solicitó *“al juzgado que en el caso de seguir el proceso, el mismo sea dirigido contra la Fiduciaria como vocera y administradora del Fideicomiso Recursos Proyecto EVA 110 y no a título personal”* (folio 221 del cuaderno 1).

De donde se concluye que así no se haya dicho en el auto admisorio de la demanda, de manera expresa que el demandado era el fideicomiso, representado por la fiduciaria, esta última ejerció la defensa con atención de esa característica, esto es, como representante del patrimonio autónomo, en los términos del artículo 1234, numeral 4 del Código de Comercio y 54-3 del Código General del Proceso, y así siempre fue consciente de que su actuación era como vocera y



administradora del patrimonio autónomo, luego no luce razonable que a estas alturas se pretenda una nulidad.

4. Por demás, la indebida representación invocada está fuera de lugar, porque las intervenciones de la demandada fueron legales, pues a términos del artículo 133-4 del CGP, el defecto sólo puede presentarse en dos hipótesis, que no ocurrieron en este asunto:

a) Por la intervención de una parte que, según el derecho sustancial, debe actuar por intermedio de su representante legal, pero interviene sin este último, *verbi gratia*, menores de edad, personas jurídicas o similares, que actúan sin quien lleva su representación. Sobre el punto desde hace tiempo ha sostenido la Corte, que la indebida representación de las partes “*supone por definición, la coexistencia jurídica de dos personas, el representado y el representante, la existencia de alguien que toma el nombre y lugar de otro, para llevar en el proceso la representación suya en un acto que es propio de la persona a quien se representa, como en el caso del padre que acciona por el hijo, del mandatario por su mandante, del guardador por su pupilo, etc.*” (Sentencia civil de 10 de mayo de 1973).

Viene de verse que la vocería y representación del patrimonio autónomo recae en cabeza de la sociedad fiduciaria demandada, quien compareció al proceso y ejerció su derecho de defensa en forma apropiada, vale decir, como representante del fideicomiso.

b) En tratándose de representación judicial, que es la otra hipótesis en el plano procesal, acontece la nulidad “*cuando quien actúa como su apoderado judicial carece íntegramente de poder*”, cosa que tampoco pudo ocurrir porque ningún abogado actuó a nombre de la fiduciaria sin poder para tal efecto.



5. En ese orden de ideas, por haberse saneado la eventual irregularidad de representación, era factible el rechazo de plano de la nulidad, razón suficiente para denegar el recurso de recurso de súplica y condenar en costas al inconforme, (artículo 365-1 del CGP).

DECISIÓN

Con base en lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, **deniega** el recurso de súplica interpuesto en este caso.

Condénase en costas a la parte recurrente. Para la valoración el magistrado ponente fija la suma de \$600.000 como agencias en derecho (art. 366 del CGP).

Este documento es válido con firma digitalizada de cualquiera de los magistrados y su aprobación por correo electrónico, según los arts. 11 del Dec. 491/2020, 6 del Acuerdo PCSJA20-11532 y pertinentes.

Notifíquese.

JOSE ALFONSO ISAZA DAVILA

MAGISTRADO

IVAN DARIO ZULUAGA CARDONA

MAGISTRADO

Declarativo
Demandante: Kreston RM S.A.
Demandados: Juan José Rivera Manrique
Exp. 002-2018-00249-02

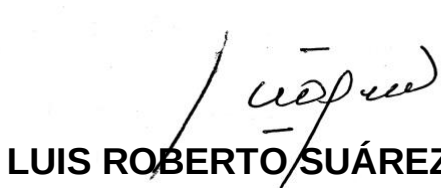
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C., veintiuno de julio de dos mil veinte

En cumplimiento de lo reglado en el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020 y ejecutoriado el auto que admitió la alzada, se le concede al recurrente el término de 5 días para que sustente su impugnación. Vencido este período, comienza a correr el plazo de 5 días para que se pronuncie la parte no apelante.

Notifíquese,



LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

Magistrado

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

*Bogotá D.C., veintiuno (21) de julio de dos mil
veinte (2020)*

*Ref.: INCIDENTE DE LIQUIDACIÓN DE
PERJUICIOS en el EJECUTIVO HIPOTECARIO de JULIÁN FIGUEROA
PEÑA contra RODOLFO VALERO Y BORRAS. Exp. 2013-00392-01*

*Discutido y Aprobado en Sala de Decisión de 26 de
febrero de 2020*

*Decide la Corporación el recurso de apelación
interpuesto por la parte incidentante (demandado inicial) contra la sentencia
dictada el veintiocho (28) de agosto de dos mil diecinueve (2019) por el
Juzgado Quince (15) Civil del Circuito de Bogotá.*

I. ANTECEDENTES

1.- El 27 de junio de 2013 (fl. 93 c.1.), JULIÁN FIGUEROA PEÑA, a través de apoderado judicial presentó demanda ejecutiva hipotecaria contra RODOLFO VALERO Y BORRAS, con el propósito que se librara mandamiento de pago por la siguiente suma de dinero contenida en el pagaré No. 51216-2: \$134'892.263,34 que equivalen a 659.166.3503 UVR por concepto de capital adeudado, junto con los intereses corrientes y de mora, los primeros desde el 4 de enero de 2000 hasta el 4 de agosto de 2010 y, los segundos desde el 5 del mismo mes y año hasta que se verifique el pago total de la obligación (fl. 90 c.1).

2.- El Juez a quo en proveído del 20 de octubre de 2016 profirió decisión que negó las pretensiones de la demanda, terminó el proceso y levantó las medidas cautelares, al considerar que los documentos aportados como báculo de la ejecución no cumplen las exigencias del artículo 488 del Código de Procedimiento Civil, en lo tocante a la exigibilidad de la obligación debido a la falta de reestructuración de la misma, para lo cual hace referencia a diversos fallos de la Corte Constitucional en los que se determinó la vulneración de derechos fundamentales por defecto material al ordenarse seguir adelante con la litis sin la existencia de un título exigible, por desconocimiento del artículo 42 de la Ley 546 de 1999.

Adicionó que de ordenarse seguir adelante con la

ejecución, sin haberse acreditado la reestructuración bajo las características señaladas por la Corte Constitucional, se estaría frente a una obligación que se torna inexigible, lo cual deviene en un obstáculo para que continúe el proceso (fls. 420 a 424 c.1).

2.1.- Decisión que fue confirmada por esta Corporación mediante proveído del 23 de noviembre de 2017, con fundamento en que: “...era requisito sine quo non que se realizará la “reestructuración” de la operación crediticia, a fin de ajustar las cláusulas que le permita al obligado solventar las cuotas de amortización y la deuda en general (artículos 20-2 y 42, parágrafo 3 ídem), no obstante ser una exigencia necesaria para iniciar la acción de cobro judicial, se incumplió con el presupuesto esencial de la ley marco de vivienda, por lo que se concluye que la obligación no es exigible.”.

Y, se adicionó la determinación objeto de alza en el sentido de condenar en perjuicios a la parte demandante (fls. 17 a 26 c.5).

3.- Actuando en nombre propio, la persona natural demandada -RODOLFO VALERO Y BORRAS- promovió incidente de liquidación de perjuicios en contra del ejecutante -JULIÁN FIGUEROA PEÑA -, en el que señaló, que el decreto de medidas cautelares le causó perjuicios materiales y morales, los primeros por razón de sacar los bienes inmuebles del comercio tasados en la suma de \$288.236.491,52 y los restantes ante el daño al buen nombre en 500 gramos oro, más los respectivos réditos moratorios (129 a 216 c.8).

3.1.- Agotado el trámite incidental, a través del proveído cuestionado, el Juez a-quo declaró no probados los perjuicios reclamados, tras considerar que no se acreditó efectivamente la causación de un daño o perjuicio objeto de reparación con ocasión de las cautelas decretadas, al paso que del embargo del bien garante de la obligación no se predica ninguna afectación de carácter subjetivo, por lo que tampoco procede el resarcimiento del perjuicio moral (fls. 280 a 284 c.8).

3.2.- Inconforme, la persona natural incidentante interpuso recurso de apelación para que se accediera a la reparación de los perjuicios reclamados, edificando su alza sobre los mismos argumentos del libelo introductor y, bajo la advertencia que las prueba obrantes en la actuación acreditan la existencia de los perjuicios reclamados y su cuantía (fls. 289 a 318 ej.).

3.3.- Así mismo, por auto adiado 23 de junio de la presente anualidad se ordenó correr el traslado previsto en el inciso 3° del artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

3.4.- A través de escrito enviado por correo electrónico a la Secretaría de este Tribunal la parte incidentante -apelante-

sustentó en debida forma su recurso de alzada, en tanto que, la parte incidentada -no recurrente- guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

1.- El Código de Procedimiento Civil, norma con la que se condenó en perjuicios en este especial caso, determina en el inciso 2º del numeral 10º del artículo 687 que: **“Siempre que se levante el embargo o secuestro en los casos de los numerales 1., 2. y 4. a 8. del presente artículo, se condenará de oficio o a solicitud de parte en costas y perjuicios a quienes pidieron tal medida**, salvo que las partes convengan otra cosa. Si el juez no impone dicha condena, el auto será apelable en el efecto devolutivo.”, todo lo cual lo reprodujo en inciso 3º del numeral 4º del artículo 597 del C. G. del P.

A su turno, el inciso 4º del artículo 307 de la norma en cita –actual inciso 3º del artículo 283 del C. G. del P.- prevé que: **“Cuando la condena en perjuicios se haga por auto, se liquidará por incidente que deberá promover el interesado, mediante escrito que contenga la liquidación motivada y especificada de su cuantía...”**, que desde luego debe ir acompañado de la solicitud de pruebas con las que pretenda acreditar el perjuicio irrogado, pues recae en sus hombros demostrarlo de conformidad al presupuesto consagrado en el artículo 177 de C.P.C. -167 del C. G. del P.- al establecer que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídicos que ellas persiguen, ello conforme lo ordena el artículo 137 del Procedimiento Civil –actual 129 ibídem-.

2.- Ahora bien, frente al perjuicio debe decirse que la ley, la doctrina y la jurisprudencia en forma constante enseñan que no puede existir responsabilidad sin daño; esta última ha pregonado insistente y uniformemente que, para que el daño sea objeto de reparación tiene que ser cierto y directo, ya que solo corresponde reparar el perjuicio que se presenta como **real y efectivamente causado** y, como consecuencia, inmediata del delito o culpa; conforme a los presupuestos que regulan la carga de la prueba, quien demanda la indemnización de un perjuicio que ha sufrido le incumbe demostrar, de todas maneras, el daño cuya reparación se persigue y su cuantía, por cuanto la condena no puede, por ese aspecto, extenderse más allá del detrimento padecido por la víctima.

Sobre este aspecto la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil ha dicho: **“...Establecida la existencia del daño, ...queda tan solo por determinar la exacta extensión del perjuicio que debe ser reparado, ya que el derecho no impone al responsable del acto culposo la obligación de responder por todas las consecuencias cualesquiera que sean, derivadas de su acto**, pues semejante responsabilidad sería gravemente desquiciadora de la sociedad misma, que el derecho trata de regular y favorecer, sino de aquellas que se derivan directa e indirectamente del acto culposo. Tanto la jurisprudencia como la doctrina admiten que **el perjuicio deber ser reparado en toda extensión en que sea cierto**. No solo el perjuicio actual es cierto, sino también

el perjuicio futuro, pero no lo es el perjuicio simplemente hipotético. La jurisprudencia califica el perjuicio futuro de cierto y ordena repararlo, cuando su evaluación es inmediatamente posible, al mismo título que el perjuicio actual... ”¹.

En lo que concierne a la indemnización de los perjuicios, por sabido se tiene que éstos pueden ser regulados por la ley, el juez o la convención. Son regulados por la ley cuando el ordenamiento mismo los avalúa, por ejemplo, respecto de las obligaciones de dinero -artículos 1617 del C.C., 883 y 884 del C. de Co.-, mientras el segundo evento tiene lugar cuando le corresponde al juzgador concretarlos con respaldo en los medios de convicción, bien porque la ley no los determina, ya porque no se acuerdan en la convención -artículo 1613 del C.C.-. y, la tercera hipótesis se presenta cuando las mismas partes contratantes los fijan en el negocio jurídico y esa estipulación pasa a llamarse cláusula penal, que es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal -artículo 1592 ibídem-.

*Pertinente es recordar que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente aportadas al proceso, por así disponerlo claramente el artículo 164 del C. G. del P. El principio de la **necesidad de la prueba** le indica al juzgador el deber de tomar toda decisión judicial con apoyo en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso (ejúsdem), esto es, que los medios probatorios para poder ser valorados deben aducirse en los términos señalados de manera taxativa por el legislador, contrario sensu, su apreciación cercenaría el derecho de defensa y de contradicción de la contraparte; mientras que el principio de la **carga de la prueba** (artículo 167 ibídem) le impone a las partes la obligación de probar los supuestos de hecho en que edifica la demanda, las excepciones, el incidente o el trámite especial, según el caso, o sea, que consiste en lo que a cada parte le asiste interés en probar, de modo que si el interesado en suministrarla no lo hace, o la allega imperfecta, se descuida o equivoca su papel de probador, necesariamente, ha de esperar un resultado adverso a sus pretensiones; claro está que como las pruebas una vez allegadas son consideradas o vistas del proceso y no de las partes, las recaudadas por la actora sirven para demostrar los hechos en que se apoyan las excepciones de la contraparte y viceversa.*

*3.- Débase advertir de entrada que la fuente de la condena, en este caso **no** radica en la responsabilidad aquiliana derivada del abuso del derecho a litigar que se determinaba a través del proceso ordinario, **si no** la proveniente del levantamiento de medidas cautelares al tenor de lo previsto en el inciso 2º del numeral 10º del artículo 687, por consiguiente, la órbita analítica en esta instancia girará en torno a los perjuicios causados con ocasión de la materialización de las medidas cautelares, razón por la cual desde ya se rechazan los reclamos sobre la ilegalidad del trámite procesal y el abuso del derecho a litigar.*

¹ Cas.Civ. de 29 de mayo de 1954, LXXVII, 712

4.- Puntualizado lo anterior y, descendiendo al caso concreto a la luz de los derroteros legales y jurisprudenciales descritos en precedencia, lo primero en resaltar es que en el presente asunto es tema pacífico y, además, probado con suficiencia, el decreto de las medidas cautelares al interior del compulsivo.

En efecto, nótese que debido a que la demanda ejecutiva contaba con garantía hipotecaria desde la misma orden de pago -23 de octubre de 2013- se decretó: “...**el embargo y posterior secuestro** del bien gravado con garantía real...” (fl. 102 c.1), primera medida –embargo del depósito, garaje y apartamento- que se informó a la Oficina de Instrumentos Públicos - Zona Centro mediante los oficios No. 2087 del **16 de diciembre de 2013** y 0091 del **28 de enero de 2015** (fls. 106 y 244 ib.) y, que se materializó respecto del primer oficio el 18 de diciembre siguiente según da cuenta la anotación 20 del certificado de tradición de la matrícula No. 50C-465121 (ver folios 108 a 113 ej.) y, respecto del segundo el **2 de febrero de 2015** conforme a las anotaciones 19 y 17 de los certificados de tradición de las matrículas Nos. 50C-465076 y 50C-465289 (fls. 258 a 279 c.1).

De otro lado frente al secuestro, nunca se concretó pese a que se emitió el respectivo Despacho Comisorio (fl. 119 c.1), pues éste fue devuelto sin diligenciar (fls. 204 a 214 ej.) y no se insistió en su práctica.

4.1.- En el caso que ocupa la atención de la Sala, del extenso y farragoso libelo introductor, logra la Sala extraer que los perjuicios materiales reclamados –daño emergente y lucro cesante- tienen su génesis en haber salido los bienes inmuebles objeto de garantía del tráfico mercantil –apartamento, garaje y depósito- lo que impidió su enajenación, reclamando como cuantía los réditos causados sobre el valor de los bienes por el tiempo que permaneció la cautela inscrita y, los morales obedecen a la vulneración de su buen nombre y prestigio profesional –Good Will-, frente a los cuales prontamente se advierte su negativa, por la razones que pasan a verse.

Frente a los **materiales**, no se duda de la titularidad en cabeza del actor de los inmuebles aquí embargados, de ello dan cuenta los certificados de tradición y libertad antes referidos, empero, como quedó antes puntualizado el perjuicio para que sea reparado en toda su extensión debe ser cierto y directo y, si bien la medida cautelar de embargo duró inscrita un periodo superior a los dos años, ello per se no genera un perjuicio como erróneamente lo pretende el incidentante, máxime cuando como lo plasmó el Juez a-quo ellos nunca le fueron despojados, debió inexorablemente acreditar el actor que a causa de esos embargos se truncaron varios negocios, lo que brilla por su ausencia y, ante la falta de prueba de esa circunstancia ya que los testigos por este citados no refirieron nada al respecto (Ver CD. fl. 277 minuto 33.26 y ss c.8), no queda otro camino que presumir que la cautela no generó efectos patrimoniales adversos al actor más allá de los gastos para su

cancelación en la oficina de registro respectiva, que en todo caso son reconocidos como costas procesales.

Y, es que, todo daño material comporta necesariamente una afectación del patrimonio de una persona, por lo que no es posible afirmar su configuración sobre supuestos, aceptar esa tesis, colocaría al incidentante en situación de recibir una indemnización cuyo contenido estaría dado por unos intereses que surgen de la nada, lo que no luce ajustado a las reglas que informan el régimen de la responsabilidad civil aplicable al caso bajo estudio.

4.2.- Pasando al **daño moral**, el máximo órgano de cierre de la especialidad civil ha puntualizado que: “...en sentido lato, está circunscrito a **la lesión de la esfera sentimental y afectiva del sujeto**», esto es, la intimidad del afectado, que se hace explícito «material u objetivamente por el dolor, la pesadumbre, perturbación de ánimo, el sufrimiento espiritual, el pesar, la congoja, aflicción, sufrimiento, pena, angustia, zozobra, perturbación anímica, desolación, impotencia u otros signos expresivos», que «(...) aún en la hipótesis de provenir de la lesión concurrente de otros intereses, por ejemplo, los derechos de la personalidad, la salud e integridad, es una entidad separada e independiente, cuyo resarcimiento es diferente, al tratarse recta y exclusivamente, del detrimento experimentado por el sujeto en su espectro interior, afectivo y sentimental, sin comprender su órbita exterior, proyecto, calidad de vida, actividad o desarrollo vivencial.”².

Sobre la temática, valga decir que para la reparación de este perjuicio no es válido jurídicamente su presunción, le correspondía al incidentante la carga de probar su efectiva ocurrencia, esto es, acreditar que la inscripción de la medida cautelar le generó un especial padecimiento o aflicción en los órdenes psicológico o espiritual, nada de lo cual fue establecido y, es que los testigos por éste citados relatan someramente una congoja en tal sentido, empero, la dirigen frente a la formulación de la acción ejecutiva hipotecaria, más no frente a la inscripción de la medida cautelar que como quedó antes puntualizado es el origen y génesis del incidente bajo estudio, pues para el tema del abuso del derecho otra es la cuerda procesal para procurar su reparación de ser el caso.

4.3.- Lo propio sucede frente al menoscabo sobre el **Good Will**, temática frente a la que la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil ha precisado:

“En términos generales el anglicismo “GOOD WILL” alude al **buen nombre, al prestigio, que tiene un establecimiento mercantil, o un comerciante**, frente a los demás y al público en general, es decir, al factor específico de un negocio que ha forjado fama, clientela y hasta una red de relaciones corresponsales de toda clase, aunado a la confianza que despierta entre los abastecedores, empleados, entidades financieras y, en general, frente al conjunto de personas con las que se relaciona.”

²CSJ SC, 18 Sep. 2009, Rad. 2005-00406-01 y reiterado en fallo del 12 de diciembre de 2017 Rad. 2008-00497-01

(...)

“Entre los diversos elementos que se conjugan para determinarlo, cabe destacar, además de la proyección de los beneficios futuros, la existencia de bienes incorpóreos, tales como la propiedad industrial, fórmulas químicas, procesos técnicos; la excelente ubicación en el mercado, la experiencia, la buena localización, la calidad de la mercancía o del servicio, el trato dispensado a los clientes, las buenas relaciones con los trabajadores, la estabilidad laboral de los mismos, la confianza que debido a un buen desempeño gerencial se logre crear en el sector financiero. En fin, el artículo 33 del decreto 554 de 1942, enumeró algunos otros factores a considerar como “constitutivos del good-will comercial o industrial”, al paso que, posteriormente, el decreto 2650 de 1993, aludió a su registro contable bajo el nombre de “Crédito Mercantil”, indicando que allí se registra “el valor adicional pagado en la compra de un ente económico activo, sobre el valor en libros o sobre el valor calculado o convenido de todos los activos netos comprados, por reconocimiento de atributos especiales tales como el buen nombre, personal idóneo, reputación de crédito privilegiado, prestigio por vender mejores productos y servicios y localización favorable... También registra el crédito mercantil formado por el ente económico mediante la estimación de las futuras ganancias en exceso de lo normal, así como la valorización anticipada de la potencialidad del negocio”³ (Subrayado por el Despacho)

Al punto, nótese que conforme a la anterior cita jurisprudencial, esa protección solo está prevista para temas comerciales, es decir, se reputa únicamente frente a establecimientos de comercio, sociedades comerciales o comerciantes, más no para personas naturales, de quien sólo se ampara su buen nombre, de allí que no proceda su estudio mucho menos su reconocimiento y, frente a este último tópico, el buen nombre o prestigio profesional reclamado por él actor, no se acreditó que gozara del mismo, de la simple inscripción como auxiliar de la justicia no se infiere, siendo insuficiente para tales propósitos la simple versión de sus empleados ni lo informado en la demanda incidental, ya que a nadie le es dado el privilegio de que su mero dicho sea prueba suficiente de lo que afirme, tal como lo ha precisado la H. Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil:

“es verdad que, con arreglo al principio universal de que nadie puede hacerse su propia prueba, una decisión no puede fundarse exclusivamente en lo que una de las partes afirma a tono con sus aspiraciones. Sería desmedido que alguien pretendiese que lo que afirma en un proceso se tenga por verdad, así y todo sea muy acrisolada la solvencia moral que se tenga. De ahí que la Corte Suprema de Justicia haya dicho en un importante número de veces... que ‘es principio general de derecho probatorio y de profundo contenido lógico, que la parte no puede crearse a su favor su propia prueba. Quien afirma un hecho en un proceso tiene la carga procesal de demostrarlo con alguno de los medios que enumera el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil, con cualesquiera formas que sirvan para formar el convencimiento del Juez. Esa carga... que se expresa con el aforismo onus probandi incumbit actori no existiría, si al demandante le bastara

³ CSJ, Cas. Civil, Sent. jul. 27/2001. M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles

afirmar el supuesto de hecho de las normas y con eso no más quedar convencido el Juez⁴.

5.- Colofón de lo anterior, se impone confirmar el fallo controvertido, con la consecuente condena en costas.

V. DECISIÓN

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá D.C., en Sala de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

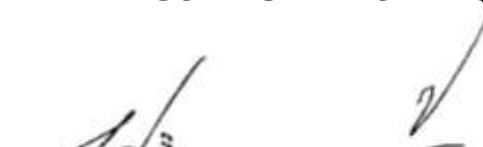
RESUELVE:

1.- **CONFIRMAR** la sentencia dictada el veintiocho (28) de agosto de dos mil diecinueve (2019) por el Juzgado Quince (15) Civil del Circuito de Bogotá, dentro del INCIDENTE DE LIQUIDACIÓN DE PERJUICIOS en el EJECUTIVO HIPOTECARIO de JULIÁN FIGUEROA PEÑA contra RODOLFO VALERO Y BORRAS.

2.- **CONDENAR** en costas de esta instancia a la parte recurrente, ante la negativa de sus reparos. Tásense.

2.1.- De conformidad con lo previsto en el numeral 3º del artículo 366 del Código General del Proceso, en concordancia con el artículo 5º del AcuerdoPSAA16-10554 de 2016, en la liquidación de costas causadas en segunda instancia, inclúyase como Agencias en Derecho el monto correspondiente a dos (2) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes de la anualidad que avanza. Para la elaboración de la misma síganse las reglas previstas en dicha norma.

CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE


JORGE EDUARDO FÉRREIRA VARGAS
MAGISTRADO

⁴ Sent. de 12 de febrero de 1980 Cas. civ. de 9 de noviembre de 1993. G.J. CCXXV, pag. 405

A handwritten signature in black ink, featuring a large, stylized initial 'R' followed by several loops and a long horizontal stroke at the bottom.

RUTH ELENA GALVIS VERGARA
MAGISTRADA

A handwritten signature in black ink, featuring a large, stylized initial 'M' followed by several loops and a long horizontal stroke at the bottom.

MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA
Magistrada

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO

JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA CIVIL



SENTENCIA ESCRITURAL

(Artículo 14 del Decreto 806 de 4 de junio de 2020)

MARTHA ISABEL GARCIA SERRANO

Magistrada ponente

Bogotá D.C., veintiuno (21) de julio de dos mil veinte (2020)

(Discutida y aprobada en Sala del 15 de julio pasado)

Incidente de Regulación de Perjuicios Ref. 11001 3103 034 2014 00624 05

Demandante: SOAM TRADING S.A.S

Demandado: HUAWEI TECHNOLOGIES CO. LTD. SUCURSAL COLOMBIA

1. ASUNTO A RESOLVER

El recurso de apelación formulado por el apoderado de Huawei Technologies Co Ltd. Sucursal Colombia, contra la sentencia adiada 9 de mayo de 2019, que negó el reconocimiento de perjuicios en favor de dicho extremo.

2. ANTECEDENTES

2.1 HUAWEI TECHNOLOGIES CO. LTD. SUCURSAL COLOMBIA promovió incidente de regulación de perjuicios contra **SOAM TRADING S.A.S**, pretendiendo que en su favor se reconocieran los siguientes perjuicios:

-. “PERJUICIOS MATERIALES. 1) DAÑO EMERGENTE POR DEFENSA JUDICIAL. Para la defensa jurídica del proceso de la referencia la sociedad HUAWEI TECHNOLOGIES CO. LTD. SUCURSAL COLOMBIA, se ha visto en la necesidad de contratar los servicios profesionales de: 1.2 ALEMAN CORDERO GALINDO & LEE, la sociedad cancelo por sus servicios profesionales la suma de NOVENTA Y UN MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL PESOS M/CTE (\$91.849.848). 1.2. MARIO IGUARAN ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S, la sociedad canceló por sus servicios profesionales la suma de SESENTA Y TRES MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y TRES MIL SETECIENTOS CINCUENTA MIL PESOS M/CTE (\$63.693.750). 1.3. CARLOS ADRIANO TRIBIN MONTEJO, la sociedad canceló por sus servicios profesionales la suma de DOSCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS DIECISÉIS MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS M/CTE (\$256.916.246), más la cuota de éxito que se deberá cancelar equivalente al 30% del equivalente al 5% del valor del crédito, conforme a las propuestas aceptadas y acompañadas al presente incidente”.

-. “2. LUCRO CESANTE, POR LA RETENCIÓN Y EMBARGO DE DINEROS. Este concepto se deriva en desarrollo de: 2.1. Medida cautelar decretada y practicada a los derechos de crédito que la sociedad demandada tiene a favor en la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ E.T.B. por la suma de CINCO MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL QUINIENTOS PESOS M/CTE (\$5.847.463.500.00), suma retenida el 10/09/2015 y entregada el 14/12/2016. 2.2. Medida cautelar decretada y practicada de forma ilegal a la cuenta corriente no. 5067671025 del banco CITIBANK por la suma de CINCO MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL QUINIENTOS PESOS M/CTE (\$5.847.463.500.00) suma retenida el 27/09/2015 y pendiente por entregar. Como consecuencia de las medidas cautelares anteriormente prácticas y según el dictamen pericial del economista Dr. Eduardo Aurelio Arenas el cual se acompaña, el lucro cesante corresponde a: 2.3. Para el título judicial entregado el 14/12/16 la suma de DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL CIENTOS SEIS PESOS M/CTE. (\$275.435.085). 2.4. Para el título judicial donde se calculó como fecha de entrega el 23/09/2016 la suma de MIL SETECIENTOS CATORCE MILLONES TRECIENTOS CUARENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS M/CTE (\$1.714.343.283)”.

2.2 El sustento de tales pretensiones aparece en los siguientes hechos:

2.2.1 SOAM TRADING S.A.S formuló demanda ejecutiva el 24 de septiembre de 2014 contra HUAWEI TECHNOLOGIES CO. LTD. SUCURSAL COLOMBIA, trámite repartido al Juzgado 34 Civil del Circuito de Bogotá.

2.2.2 Tras ser inadmitida la demanda, por auto del 20 de febrero de 2015, se libró mandamiento de pago por USD. 1.965.449,48, por concepto de capital, liquidados a la TMR certificada por el Banco de la República más los intereses moratorios liquidados a la tasa del 25% anual desde el 18 de febrero de 2014.

2.2.3. Además, mediante auto del 20 de febrero de 2015 el juzgado decretó medidas cautelares limitándolas a la suma de \$ 5.847.463.500.00. En dicha providencia, “se decretó el embargo y secuestro de los derechos de crédito que por cualquier concepto le adeude o le llegaren a adeudar las sociedades EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ ETB., COLOMBIA MOVIL S.A. ESP –TIGO, UNE EPM TELECOMUNICACIONES a la sociedad HUWEI TECHNOLOGIES CO. LTD. SUCURSAL COLOMBIA”, “de la misma manera se decretó el embargo y retención de las sumas de dinero depositadas en cuentas corrientes o de ahorros, fondos, comunes o fiduciarios o bajo cualquier otro título que se encuentre a nombre de la sociedad demandada HUAWEI TECHNOLOGIES CO. LTD. SUCURSAL COLOMBIA”.

2.2.4. “En los oficios circulares diligenciados por la parte demandante, se encuentra uno que fue llenado de forma manuscrita respecto al BANCO CITIBANK, el cual no aparece relacionado o enunciado en el numeral 4 del folio 4 del cuaderno de medidas cautelares, así las cosas quedó en el plenario plenamente probado que dicha medida cautelar no fue solicitada y mucho menos decretada”, “de forma gravísima se vio afectado el patrimonio de HUAWEI TECHNOLOGIES CO. LTD. SUCURSAL COLOMBIA, como quiera que el banco CITIBANK, colocó a disposición del juzgado y proceso a través de la cuenta de depósitos judiciales del Juzgado 34 Civil del Circuito la suma de \$5.847.463.500.00 M/CTE”.

2.2.5. El 27 de febrero de 2015, ante el Juzgado 34 Civil, como ejecutada recibió notificación personal del mandamiento de pago, con el traslado de la demanda y se

cancelaron copias de la actuación surtida en el proceso. “Dentro del término de ley se formuló el recurso de reposición contra el mandamiento de pago, pidiendo su revocatoria, condena en costas y perjuicios”.

2.2.6. Mediante “auto de 13 de mayo de 2015 este despacho judicial, reconoció personería jurídica al apoderado [de la demandada], en los términos y para los efectos del poder conferido, avocó conocimiento del proceso ejecutivo singular y se dispuso hacer entrega del depósito judicial por valor de \$5.487.463.500.00 y ordenó oficiar al banco Citibank”.

2.2.7. “Contra el auto de fecha 13 de mayo de 2015, mediante el cual dispuso cancelar la medida cautelar respecto al Banco Citibank, la parte demandante interpuso recurso de reposición despachado desfavorablemente”.

2.2.8. “Mediante auto de 27 de julio de 2015 (...) se dispuso revocar el mandamiento de fecha 20 de febrero de 2015, negar el mandamiento de pago de la demanda acumulada, cancelar las medidas cautelares vigentes, desglosar los documentos base de la acción a costa de la parte demandante, entregar los títulos judiciales consignados en virtud de las medias cautelares, condenar en costas en la modalidad de agencias en derecho, en la suma de 35.000.000.00 y en abstracto en perjuicios a la parte demandante y archivar en su oportunidad el expediente”.

2.3 El acontecer procesal podemos sintetizarlo diciendo que admitido el incidente el 14 de septiembre de 2018, y notificada la parte demandada, guardó silencio.

3. DECISION DE PRIMERA INSTANCIA

Adelantado el trámite probatorio, el trámite incidental culminó con **sentencia del 9 de mayo de 2019**, que resolvió: i) “negar el reconocimiento de perjuicios a la sociedad Huawei Technologies Co Ltd. Sucursal Colombia, ante la ausencia de prueba de su causación”, ii) “sin costas por no aparecer causadas”.

Las razones que llevaron a tomar tal decisión, fueron las siguientes:

“En reiterada jurisprudencia se ha dicho que los daños cuya reparación se piden deben ser demostrados, ciertos y existir relación causal entre el hecho dañoso y el perjuicio ocasionado, esto supone que si no se comprueba que, como consecuencia del actuar del agente, la víctima sufrió un daño que deba ser resarcido, no procederá el reconocimiento al pago de una indemnización”, “para el reconocimiento de perjuicios en asuntos de esta naturaleza, es indispensable acreditar la existencia del daño, su cuantía y la relación de causalidad correspondiente, al no haberse establecido por la ley una presunción de daño por el solo hecho de que se inicie un proceso judicial o por el decreto de medidas cautelares; menos aun cuando este proceso se inició por el incumplimiento de las obligaciones en cabeza del demandado, es deber de quien reclama el perjuicio aportar las pruebas pertinentes”.

“El primer tema a tratar, referido a las agencias en derecho, el juzgado cita para tal efecto, al H. Tribunal Superior de Bogotá”, en proveído del 4 de mayo de 2012, dentro del radicado 29-2001-444-02, según el cual: la aportación de documentos contentivos de contratos, no demuestra que se hayan pagado las obligaciones contenidas en los mismos; las agencias en derecho no necesariamente deben corresponder con el monto de honorarios pagados; el pago de honorarios no son un detrimento patrimonial sin causa para el reclamante de la indemnización, pues tal erogación se “originó en el concierto de voluntades en el que él manifestó su aquiescencia, con el objetivo de que le suministrara asesoría profesional y se le representara judicialmente”; no procede la indemnización cuando no se está ante el ejercicio abusivo de un derecho, por ejemplo “cuando el demandante acudió a la jurisdicción amparado en título cuyo contenido y autenticidad presumía legalmente otorgado”, sin que la obligación se hubiere honrado por el deudor, porque no se esgrimió defensa en tal sentido; el simple acceso a la administración de justicia no genera indemnización; tampoco procede la reparación cuando el acreedor tiene motivos legítimos para demandar, está dotado de título ejecutivo, y no actuó con

desmesura o ligereza, actuando simplemente como lo haría cualquier acreedor ante el impago de una obligación.

“Ahora bien, en lo que respecta al lucro cesante por la retención y embargo de dineros, este perjuicio es evidente y la cuantificación también, como quiera que al retenerse el dinero que estaba depositado en las cuentas de la ejecutada, esta no pudo disponer del mismo y, en consecuencia, se le ocasionó un perjuicio, el cual se puede cuantificar en los eventuales rendimientos financieros que dejó de percibir, durante todo el tiempo que las sumas retenidas no estuvieron en su poder”

Empero, “es manifiestamente razonable sostener que la presunción de perjuicios dispuesto en el artículo 1617, numeral 2º del Código Civil no es aplicable a la obligación de indemnizar perjuicios derivados de la imposición indebida de secuestro sobre una suma de dinero”.

“(…) se tiene que como en este caso, para efectos de probar el lucro cesante, únicamente se aportó una liquidación de intereses, no es procedente la condena deprecada, ‘si se entiende que el artículo 1617 C.C. no es aplicable a la responsabilidad derivada de la imposición de medidas cautelares, es razonable que la tabla de intereses de la Superintendencia Bancaria no valga como prueba de los perjuicios causados”. “Adicionalmente, la exigencia de prueba del daño es imprescindible como quiera que se hubiera podido probar un perjuicio diferente a la improductividad del dinero por su inmovilidad. Por ejemplo, la necesidad de pagar una deuda y la simultánea imposibilidad de utilizar el dinero de las cuentas bancarias, o que dicho dinero estaba destinado al pago de nómina o de proveedores, o para la compra de mercancía y la frustración de tal finalidad por la carencia de capital para hacerlo”.

“El artículo 206 de la ley de enjuiciamiento civil, establece que el juramento estimatorio es prueba del monto o cuantía del perjuicio, más no del daño en sí, y como ya se dijo el daño no se presume, por tanto, debía ser demostrado por quien persigue le sea resarcido”.

4. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con tal decisión la parte incidentante interpuso recurso de apelación, presentado los siguientes reparos concretos frente a dicha determinación, los cuales sustentó en la forma prevista en el artículo 14 del Decreto 806 de 4 de junio de 2020¹:

4.1. Se presentó juramento estimatorio, con la estimación razonada y discriminada de la cuantía de los perjuicios, soportada en pruebas documentales, v.gr. contratos de prestación de servicios, certificación de revisoría fiscal y dictamen pericial, los cuales reflejan los valores señalados en el escrito incidental.

4.2. *“La cuantía que se estima para el LUCRO CESANTE, no es capricho, por el contrario, HUAWEI TECHNOLOGIES CO.TD.SUCURSAL COLOMBIA, genera operaciones millonarias en el territorio Colombiano lo que significa que fueron grandes las pérdidas por dichos embargos. (...) Como consecuencia de las medidas cautelares anteriormente practicadas, la sociedad (...), contrató un perito economista quien rindió dictamen (...) y determinó que el lucro cesante por la práctica de dichas medidas cautelares corresponde a:*

- *Para el título judicial entregado el 14/12/2016 la suma de DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL SEIS PESOS M/CTE (\$275.435.085)*
- *Para el título judicial donde se calculó como fecha de entrega el 23/09/2016 la suma de MIL SETECIENTOS CATORCE MILLONES TRECIENTOS CUARENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS M/CTE (\$1.714.343.283)*

¹ Mediante auto adiado 8 de junio de ordenó sustentar, corriéndosele traslado del escrito de sustentación a la contraparte, mediante fijación en lista electrónica L-12 del día 18 del mismo mes y año.

5. PARA RESOLVER SE CONSIDERA

5.1 Competencia

Para desatar la alzada diremos que la Sala es competente al tenor del numeral primero del artículo 31 del Código General del Proceso y lo haremos bajo las limitantes contempladas en los artículos 280 y 328 ibidem. Además, porque no se verifica ninguna irregularidad procesal que invalide lo actuado, y se encuentran satisfechos los presupuestos procesales.

5.2 Del caso concreto

En asuntos como el que ahora ocupa a esta Sala, se ha dicho que quien persigue el resarcimiento de un daño específico tiene la carga de demostrar su existencia, puesto que *“si bien es verdad que la imposición de la condena preceptiva otorga a la parte favorecida con la misma el privilegio de no tener que acudir a proceso diferente para obtener su indemnización, no por eso debe entenderse ella liberada de demostrar los requisitos comunes a esta especie de responsabilidad, por cuanto no es admisible colegir que con la consagración legal de esa condena el legislador se propuso establecer una presunción del daño”* (C. S. de J., sent. de 12 de julio de 1993, exp. 3749).

La verdad, es que *“para que un perjuicio sea objeto de reparación económica, tiene que ser directo y cierto: lo primero, porque sólo corresponde indemnizar el daño que se presenta como consecuencia inmediata de la culpa; y lo segundo, porque si no aparece como real y efectivamente causado, sino apenas como una posibilidad de producirse, no entra en el concepto jurídico de daño indemnizable”* (CSJ, sent. 15 de septiembre de 1996).

Para el caso objeto de estudio, el incidentante pretende derivar los perjuicios reclamados de los dineros que le fueron cautelados lo que, a su vez, le privó de los

réditos correspondientes. También indicó que tuvo que asumir cuantiosos gastos asociados a la defensa judicial dentro del proceso ejecutivo.

Frente a la reparación perseguida, el juez de primer grado, en lo que concierne a los gastos de defensa judicial, se limitó a citar una decisión de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, sin dar razón alguna, o conclusión a partir de tal proveído; y en lo tocante a los perjuicios reclamados, derivados de la retención de dineros, señaló que no era aplicable la presunción de intereses civiles del artículo 1617 del Código Civil, y que no se habían acreditado los mismos.

Ante esta instancia, Huawei ha insistido en que deben reconocerle los perjuicios reclamados dado que, a su juicio, si probó la causación de los mismos.

Frente al tema de los dineros cautelados, conviene recordar, que en un caso que guarda alguna correspondencia con el que ahora se decide, la Corte Suprema de Justicia consideró que *“tratándose de la responsabilidad extracontractual por el daño ocasionado en el pago irregular del cheque cruzado y no de una responsabilidad fundada en incumplimiento de obligaciones derivadas de ‘negocios mercantiles’ (...) se concluye que la regulación normativa de la ganancia frustrada de aquel perjuicio extracontractual por violación de normas legales, no es la contenida en el artículo 884 del C. de Co. Exclusiva ‘en los negocios’ en ‘intereses’ estrictamente ‘moratorios’ y ‘mercantiles’, sino que son las reglas generales anteriormente mencionadas, teniendo en cuenta que el acreedor de la obligación dineraria, resarcitoria y subrogatoria del importe del cheque pagado irregularmente, se presume perjudicado en los intereses civiles anuales del 6% dejados de percibir (art. 1617. C.C.)”* (Sent. No. 42 del 15 de febrero de 1991).

En consecuencia, como quedó visto, no es posible el reconocimiento para este caso de intereses mercantiles, ni mucho menos los certificados por la Superintendencia Financiera para los créditos de consumo –como lo sugiere el peritazgo arrimado, el cual por esa misma razón no se tiene en cuenta–; pues esos frutos que se reclaman no se derivan de un contrato mercantil, y además, tampoco demostró Huawei que

esos dineros hubieran tenido por destino, un negocio que hubiera producido intereses como los obtenidos para los créditos de consumo.

Pese a lo dicho, contrario a lo estimado en primer grado, a juicio de la Sala, al menos ha de tenerse por cierto, que Huawei Technologies Co. Ltd. Sucursal Colombia fue perjudicada en la privación de los intereses civiles anuales del 6% dejado de percibir, en aplicación del mencionado artículo 1617 del Código Civil. Se insiste que aquí no se probó una productividad superior que hubiere tenido dicho dinero, ni se puede decir, que por el solo hecho de ser comerciante, en su favor se presume la causación de intereses mercantiles, pues ello no tiene amparo en ninguna disposición. Sobre este tema, tampoco aportó nada el dicho del único testigo que declaró, Juan Diego Posada Botero.

Para el Tribunal no existe duda que tal detrimento patrimonial (privación de intereses civiles) fue provocado por la solicitud de cautelas de Soam Trading S.A.S, y la consecuencial orden cautelar emitida por el juzgado. Es claro que la retención de dineros se provocó por el actuar procesal de la parte demandante en el juicio ejecutivo en que resultó vencida; e igualmente es verdad, que de acuerdo con el auto del 27 de julio de 2015 (fl. 192, c.1), el título que presentó para el cobro no era idóneo para para que se librara mandamiento de pago.

Es pertinente indicar, que con miras a establecer el origen del daño, *“debe realizarse una prognosis que dé cuenta de los varios antecedentes que hipotéticamente son causas, de modo que con la aplicación de las reglas de la experiencia y del sentido de razonabilidad a que se aludió, se excluyan aquellos antecedentes que solo coadyuvan al resultado pero que no son idóneos per se para producirlos, y se detecte aquél o aquellos que tienen esa aptitud”* (sentencia de casación de 6 de septiembre de 2011, exp. 2002 445 01).

Ciertamente, en este caso, tiene la calidad de causa adecuada, para la producción del daño (pérdida de los intereses civiles); la conducta de la parte demandante quien pretendió ante el juez de la ejecución el decreto de unas cautelas, y debe

asumir las consecuencias de haber emprendido tal medida, al haberse frustrado la ejecución apenas, en la etapa de mandamiento de pago, por la ineptitud del título ejecutivo.

En consecuencia, se procederá a liquidar los intereses moratorios a la tasa del 6% anual, respecto de las sumas retenidas así:

Los siguientes son los datos que se han de tener en cuenta para la respectiva liquidación.

- La tasa que se aplicará, será la de intereses civiles de 6% anual, que equivale al 0.5% mensual.
- Los dineros cautelados a Huawei que estaban en el Banco Citibank, \$5.847.463.500, se retuvieron el 25 de febrero de 2015 (fl.86, cdno ppal), y se devolvieron el 14 de diciembre de 2015 (fl. 269 cdno 1. ppal).
- Los dineros cautelados a Huawei por cuenta del crédito que ETB tenía con la ejecutada, \$5.847.463.500, se retuvieron el 27 de febrero de 2015 (fl. 12 cdno. medidas cautelares), y se devolvieron el 23 de septiembre de 2016 (fl. 329 del cdno 1 ppal).

Aplicando la tasa de interés del 0.5% mensual a tales sumas de dinero, y por los periodos señalados obtenemos los siguientes réditos, que se dejaron de percibir:

\$281.262.994 como intereses civiles para los dineros retenidos del Banco Citibank.

\$552.585.300 como intereses civiles para los dineros correspondientes al crédito que tenía ETB con Huawei.

\$833.848.294 sería el total de los intereses que se presume, debió haber recibido Huawei por los dineros que se le retuvieron, y que no ingresaron a su patrimonio dado la retención de dichos montos.

En lo demás, se advierte frente a los gastos de defensa judicial que dice haber sufragado la parte demandante, que esta no es la vía para haber ejercido tal reclamación dado que para tal propósito existe la liquidación de costas, dentro de las cuales se incluyen, por tal concepto, las agencias en derecho (art. 361 y 366 del Código General del Proceso).

Pero en todo caso, ha de tenerse en cuenta, que para el reconocimiento gastos de defensa judicial solo serían posible tener en cuenta aquellos que razonablemente se hubieren derivado de tal gestión; y para este caso, los señalados en oportunidad por el juez de primer grado, inclusive rebasaron los parámetros del Acuerdo 1887 de 2003, del Consejo Superior de la Judicatura, como lo dijo la Magistrada Ponente en auto pasado del 10 de mayo de 2018²; por lo que se entiende que ya se encuentra totalmente cubierto dicho concepto.

Ahora bien, si la parte afectada con las medidas cautelares incurre en gastos de defensa judicial, que no se compadecen a los que ordinariamente y regularmente se derivan de la gestión realizada, sino que están inclusive por encima de los límites del acuerdo del Consejo Superior de la Judicatura, entonces, debe asumir de su peculio tales erogaciones, en tanto que en dichas condiciones, es claro, que no existe nexo causal entre tal desplazamiento patrimonial y la conducta de quien

² En dicha proveído se dijo lo siguiente: “De acuerdo con el marco tarifario previsto por el mencionado acuerdo, el reconocimiento por agencias en derecho en el escenario de los procesos ejecutivos de primera instancia puede ir **“hasta” el equivalente al 15% del valor ordenado, o negado en ‘pertinente orden judicial’**. No obstante, el mismo compendio normativo trae una disposición especial, que señala, que **si se terminó el proceso, pero no se emitió sentencia -como aquí ocurrió-, en ningún caso las agencias en derecho superarán 20 salarios mínimos mensuales legales vigentes**. En el proceso de la referencia se negó el mandamiento de pago y no se emitió sentencia; en consecuencia, las agencias en derecho, tan solo podían ascender a 20 salarios mínimos legales mensuales, que para el tiempo en que se fijaron (año 2015), correspondía a \$19.330.500; por tanto, a juicio de la suscrita Magistrada, el juez de primer grado incurrió en yerro al superar ampliamente dicho monto dinerario en la condena, lo que no le era permisible de acuerdo con el numeral 4 del artículo 366 del C.G.P, y los artículos 3 y 4 del Acuerdo 1887 de 2003 del C.S. de la J. Sin embargo, en aplicación del principio de la non reformatio in pejus (ver art. 328 del C.G.P), dicha condena no puede ser reducida, pues el apelante único fue el beneficiado con la resolución de costas, que pretendía, le fuera aumentada; así que esta instancia no puede hacer más desfavorable su situación”.

pidió infundadamente las cautelas, pues el incidentado solo habrá de asumir los gastos y pérdidas que sean consecuencia directa de su actuar, y que sean razonables.

Pero, además, si conforme al artículo 597 del Código General del Proceso, la condena preceptiva se deriva por la práctica de medidas cautelares; entonces, únicamente entrarían en el campo del daño indemnizable que pudiese ser reconocido, aquellas gestiones de defensa judicial específicamente tendientes al levantamiento de las cautelas. No obstante, al respecto se verifica, que ni el contrato de Alemán, Cordero, Galindo y Lee, ni del abogado Mario Iguarán Arana, tuvieron por objeto preciso tal cuestión (fl. 20 y 25 del cdno. incidental).

No está de más señalar, que para la Sala no debe tenerse en cuenta el juramento estimatorio de la parte incidentante, pues conforme se extrae del artículo 206 del Código General del Proceso, es posible apartarse del mismo, cuando se verifique que el mismo es “injusto”. Tampoco pueden tenerse por probados los perjuicios, por el hecho de que Soam Trading S.A.S no ejerció defensa alguna frente al escrito incidental; a lo mucho, de tal conducta podría derivarse un indicio en su contra en aplicación de los artículos 241 y 280 del Código General del Proceso, sin embargo, ello no impide verificar íntegramente la totalidad de las pruebas como aquí se hizo, y como lo impone el artículo 176 de dicho estatuto procesal, ni mucho menos permite dejar de lado que, de acuerdo con el artículo 242 de ese compendio normativo, los indicios se valorarán “teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso”.

Lo anterior es suficiente para revocar íntegramente la sentencia de primer grado. En su lugar, se reconocerán los perjuicios concernientes a la retención de dineros en la forma señalada (réditos dejados de percibir); pero se negará la indemnización concerniente a los gastos de defensa judicial reclamados.

No se condenará en costas de ambas instancias, ante la prosperidad apenas parcial del incidente (ver art. 365 del C.G.P).

Por último, se ordenará devolver las diligencias al juzgado de origen, por secretaría de la Sala.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

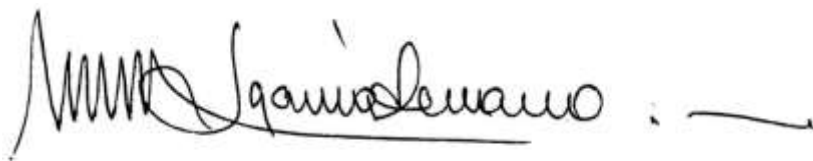
6. RESUELVE:

PRIMERO-. REVOCAR la **SENTENCIA** adiada 9 de mayo de 2019, proferida por el **JUEZ 13 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**. En su lugar, **1.1) CONDENAR** a SOAM TRADING S.A.S al pago de \$833.848.294, a favor de HUAWEI TECHNOLOGIES CO. LTD. SUCURSAL COLOMBIA, en el término de 10 días siguientes a la ejecutoria de este fallo, **1.2) NEGAR** la indemnización de perjuicios reclamados por concepto de gastos de defensa judicial.

SEGUNDO-. NO CONDENAR EN COSTAS de ambas instancias.

TERCERO-. DEVOLVER el proceso al Juzgado de origen una vez en firme este fallo, por Secretaría de la Sala.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,



MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO

Magistrada Ponente



HILDA GONZALEZ NEIRA

Magistrada



MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ

Magistrada

Firmado Por:

**MARTHA ISABEL GARCIA SERRANO
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 009 CIVIL DE BOGOTÁ D.C.**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

ccfe7b454875b22f9f6056483529b6f3e537cf424891cada84a7ae55d441150c

Documento generado en 21/07/2020 08:17:09 a.m.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SÉPTIMA CIVIL DE DECISIÓN**

Bogotá, D. C., veintiuno de julio de dos mil veinte

11001 3103 017 2015 01092 01

Ref. proceso de pertenencia de Ana Sofía Martínez de Flórez contra Celia Matilde Marín de Marín (y otros).

Como quiera que ninguno de los acá recurrentes sustentó su apelación en la oportunidad que consagra el artículo 14 del Decreto 806 de 2020 (que se computó a partir de la ejecutoria del auto de 3 de julio de 2020, mediante el cual se admitieron los recursos verticales), el suscrito Magistrado DECLARA DESIERTOS los recursos que interpusieron la demandante Ana Sofía Martínez de Flórez y la Procuraduría General de la Nación, contra la sentencia que, en primera instancia se profirió en el proceso de la referencia.

Lo anterior en armonía, además, con las previsiones del inciso final del artículo 322 del C.G.P., según el cual, **“el juez de segunda instancia declarará desierto el recurso de apelación contra una sentencia que no hubiere sido sustentado”**.

Devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Notifíquese


OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA
Magistrado



Tribunal Superior

Distrito Judicial de Bogotá

Sala Civil

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

Bogotá D. C., veintiuno (21) de julio de dos mil veinte (2020)

Radicación: 11001-3103-041-2016-00476-03
Asunto. Verbal
Recurso. Apelación Sentencia
Demandante: ADCAP COLOMBIA S.A.
Demandado: ANDRES URIBE CAJIAO
Reparto. 24/10/2019

El demandante principal solicita declarar desierto el recurso de apelación, porque, a su juicio, fue sustentado intempestivamente, ya que el respectivo memorial fue radicado el día 23 de junio de 2020, a las 5:11 p.m.

Para resolver, bastan las siguientes

CONSIDERACIONES

Mediante auto emitido el 12 de junio de 2020, se dispuso que el apelante sustentara la alzada interpuesta frente al fallo de primer grado, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de esa decisión, la cual quedó surtida el día 16 del citado mes y año, según lo evidencia el Estado Electrónico No.E-26 de esa fecha, lo cual comportó que el término en cuestión transcurriera en el lapso comprendido entre el 17 y 24 de junio de 2020; y la recurrente remitió, al correo electrónico des16ctshta@cendoj.ramajudicial.gov.co, el memorial



Tribunal Superior

Distrito Judicial de Bogotá

Sala Civil

contentivo de los fundamentos de sus reparos el día 23 de ese mes y año, a las “16:52”, y el día siguiente lo envió de nuevo a las “9:56”, según dan cuenta los reportes respectivos.

Por consiguiente, resulta palmario que la apoderada judicial de Andrés Uribe Cajiao sustentó oportunamente el aludido medio de impugnación, pues, radicó el respectivo escrito dentro del plazo legal con que contaba para tal efecto, esto es, antes de que el mismo feneciera el día 24 de junio del año en curso.

Siendo ello así, no le asiste la razón a la parte convocada y, por ende, no hay lugar a declarar desierto el susodicho recurso de apelación.

De ahí que como también venció el traslado al contradictor para la respectiva réplica, y ninguna irregularidad entraña la situación referida por éste último en el escrito presentado ante el a quo¹, atendiendo a que la sentencia combatida fue dictada con sustento en el numeral 2º del artículo 278 del C.G.P., la secretaría, una vez ejecutoriado este auto, ingresará el expediente para proferir sentencia escrita (inc.3º del artículo 14, Decreto 806 de 2020).

Por lo expuesto, el Despacho

RESUELVE

1. Negar la solicitud de declarar desierta la alzada propuesta contra la sentencia de primera instancia dictada en el proceso citado en

¹ Folio 108, C.2



Tribunal Superior

Distrito Judicial de Bogotá

Sala Civil

la referencia, como también la atinente a la irregularidad alegada por la parte actora², por las razones expuestas.

2. En consecuencia, la Secretaría ingrese el proceso inmediatamente al Despacho, a fin de proferir la respectiva sentencia Art.14 Inc.2º Decreto 806 de 2020).

NOTIFÍQUESE


NUBIA ESPERANZA SABOGAL VARÓN
Magistrada

² Ibidem.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

Bogotá D.C., veintiuno (21) de julio de dos mil veinte (2020)

Ref: VERBAL de PASTOR DE JESUS AVILA CUBIDES contra LUIS ARTURO CARRILLO ALVARADO. Exp. 2018-00245-01.

MAGISTRADO PONENTE: JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS

Discutido y aprobado en Sala de Decisión de 4 de marzo de 2020

Desata el Tribunal el recurso de apelación elevado por la parte demandante contra la sentencia dictada en audiencia pública llevada a cabo el veintiséis (26) de noviembre de dos mil diecinueve (2019), en el Juzgado Sexto Civil del Circuito de la ciudad.

I. ANTECEDENTES

1.- El 12 de marzo de 2018 (fl. 27 c.1), PASTOR DE JESUS AVILA CUBIDES, por conducto de apoderado judicial, entabló demanda en contra de LUIS ARTURO CARRILLO ALVARADO, para que en proceso ordinario se declare resuelto el contrato de promesa de permuta suscrito el 8 de septiembre de 2012, el cual fue incumplido por el demandado, en consecuencia, se le condene a pagar la suma de \$13.000.000.00, correspondientes a la cláusula penal; además, del pago de los frutos civiles y naturales del bien inmueble objeto de permuta por el tiempo que lo tuvo en su poder, más los perjuicios causados por dicho incumplimiento que estima en la suma de \$67.000.000,00 (fls. 21 y 23 a 25 ib.).

2.- Las súplicas se apoyan en los hechos que a continuación se compendian (fls. 18 a 21 c.1):

a)- El día 8 de septiembre de 2012 PASTOR DE JESUS AVILA CUBIDES dio en permuta a LUIS ARTURO CARRILLO ALVARADO el inmueble apartamento 302 del bloque II de la Agrupación Las Terrazas Tercera Etapa ubicado en la carrera 83 No. 145-26 de la ciudad identificado con matrícula inmobiliaria No. 50N-20122500, por un valor de \$130.000.000,00, para lo cual en contraprestación se entregó a la firma del contrato una camioneta Frontier doble cabina modelo 2010 de placas MOT-250 y un vehículo Mazda 3 Alphas modelo 2007 de placas BZT-141 por la

suma de \$90.000.000,00; \$30.000.000,00 representados en tres cheques de \$10.000.000,00 cada uno y, el saldo \$10.000.000,00 en dos cuotas iguales una a la firma de la permuta y otra el 22 de septiembre de 2012.

b)- La entrega real y material del inmueble se llevó a cabo el 17 de septiembre de 2012, conforme a lo pactado en la cláusula cuarta, al igual que los vehículos a la firma de la promesa, empero, la camioneta figura a nombre de un tercero ajeno y no se ha realizado el traspaso y, el automóvil fue incautado por la Fiscalía por un trámite de extinción de dominio, el dinero representado en los tres cheques nunca fue entregado, pero si los dos pagos de \$5.000.000,00, el último en fecha distinta.

c)- El señor AVILA CUBIDES debido a que no recibió los tres cheques para pagar la acreencia hipotecaria se vio en la necesidad de llegar a un arreglo con su acreedor y entregar el bien inmueble en dación en pago, pues se incrementó la deuda por el no pago que era ya insostenible, todo lo que demuestra el incumplimiento del demandado, por lo que no realizó la transferencia de éste a favor del demandado debido a que se había sustraído al cumplimiento de sus obligaciones y, en tal sentido no puede allegarse la prueba del cumplimiento.

3.- LUIS ARTURO CARRILLO ALVARADO, se notificó en los términos de los artículos 291 y 292 del Código General del Proceso, quien guardó silencio (fls. 71 a 116 c.1).

4.- Mediante auto del 7 de febrero de 2019 (fl. 124 c.1) se citó a las partes a la audiencia de que trata el artículo 372 del C. G. del P. y se decretaron las pruebas oportunamente solicitadas, la cual se celebró el día 5 de junio de 2019, allí se declaró fracasada la conciliación, se escuchó en interrogatorio al actor, se fijó el litigio y se decretó prueba de oficio (fls. 126 a 128 ib.), en acto procesal posterior -26 de noviembre de 2019- se recibieron los alegatos de conclusión y, se finiquitó la instancia con sentencia que negó las pretensiones de la demanda, declaró terminado el proceso y condenó en costas a la parte demandante (fls. 137 a 139 ej.), decisión que no compartió el extremo actor por lo que interpuso la apelación que ahora se revisa (CD. fl. 138 minuto 29:43 a 30:56, ib).

II. LA SENTENCIA OBJETO DE CENSURA

5.- Tras historiar el litigio e indicar la concurrencia de los requisitos necesarios para decidirlo, el Juez a-quo procede a abordar el estudio del contrato de promesa de permuta objeto de resolución y, tras analizar los términos del mismo acompasándolo con la prueba documental obrante en la actuación señala que no cumple con todas las exigencias vertidas en el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, específicamente el defecto referido a la camioneta Frontier no se identificó plenamente, por razón que no se indicó ni siquiera su placa, de allí que no puede entrar a analizar incumplimiento alguno y, en consecuencia, negó las súplicas de la demanda.

Agrega que, en caso dado, no se cumplió con la asistencia a la Notaría por parte del actor (CD fl. 138 minuto 16.29 y ss c.1).

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

6.- Sostiene el recurrente en curso de la audiencia de fallo, que no está de acuerdo con la decisión adoptada por los siguientes puntos: i) la identificación por la placa del bien vehículo marca Frontier se indicó en la demanda y no se plasmó en el contrato so pena de incurrir en una falsedad y, ii) frente al tema de la no concurrencia a la Notaría para llevar a cabo la firma de la respectiva escritura pública por parte del actor, por razón que para esa fecha el demandado ya había incumplido sus obligaciones y no vio necesaria su asistencia (CD. fl. 138 minuto 47.26 y ss. c.1).

6.1.- Así mismo, por auto adiado 23 de junio de la presente anualidad se ordenó correr el traslado previsto en el inciso 3° del artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

6.2.- A través de escrito enviado por correo electrónico a la Secretaría de este Tribunal la parte demandante -apelante- sustentó en debida forma su recurso de alzada, en tanto que, la parte demandada -no recurrente- guardó silencio.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Los presupuestos procesales, requisitos indispensables para la regular formación y desarrollo de la relación jurídico procesal, como son demanda en forma, capacidad para ser parte, capacidad para comparecer y competencia concurren en la litis, además como no se observa causal de invalidez que anule la actuación se impone una decisión de mérito, con la consideración adicional referida a que en el evento de ser interpuesta la alzada por ambas partes, la Sala está revestida de la competencia para resolver sin limitaciones, empero, no es el caso de autos.

2.- Con miras a desatar la apelación formulada por el extremo actor, debe decirse que este recurso se endereza a que el Superior revise la actuación del juzgador de la primera instancia, pero inmerso siempre dentro del criterio dispositivo, por lo que es al apelante a quien le corresponde determinar el ámbito dentro del cual ha de moverse el ad-quem al momento de tomar la decisión.

3.- La pretensión invocada por el extremo demandante no es otra que la resolución de la promesa de permuta celebrada el 8 de septiembre de 2012 entre él como primer permutante y el demandado en condición de segundo permutante, esgrimiendo como argumento cardinal

el incumplimiento de éste último por no haber realizado el traspaso de los vehículos ni haber solucionado la totalidad de los dineros a su cargo.

De la resolución

4.- Ubicado así en el ámbito del debate, debe decirse que de vieja data ha sostenido la Jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, tras interpretar el artículo 1546 del Código Civil, que para la prosperidad de cualquiera de las dos acciones taxativas en dicha disposición, la resolución ora el cumplimiento con indemnización de perjuicios, ambas, es necesario que se den estos dos requisitos: **a)** Que el contratante contra quien se dirige la demanda haya incumplido lo pactado a su cargo, que consiste en “no haberse cumplido la obligación” o “haberse cumplido imperfectamente” o “haberse retardado el cumplimiento”; y **b)** Que el contratante que la proponga haya cumplido o se haya allanado a cumplir lo pactado a cargo suyo, o lo que es lo mismo que quien pide la resolución o el cumplimiento de la promesa no esté en mora de cumplir sus propias obligaciones; quiere ello significar, que necesariamente la parte que invoca cualquiera de las acciones tiene que haber cumplido o allanado a cumplir sus prestaciones y el demandado encontrarse en mora de hacerlo, para que salga triunfante en la litis, de lo contrario obtendrá un resultado adverso.

5.- Liminarmente, en vista que la acción resolutoria bajo análisis radica en el incumplimiento de un contrato de **promesa de permuta**, pertinente se hace abordar el análisis de la existencia y validez del mismo, dado que ese fue el escollo que encontró el Juez a-quo al analizar el fondo de la controversia y, es el pilar de la alzada.

5.1.- Sabido es que en nuestra legislación las normas que regulan los contratos son normas supletorias de la voluntad de los contratantes, siempre y cuando éstos, al celebrar sus convenciones jurídicas, cumplen todas las prescripciones legales exigidas para su formación y respeten el orden público y las buenas costumbres; es así que el artículo 1602 del Código Civil, determina que un acuerdo de voluntades celebrado legalmente, se constituye en ley para los contratantes, quienes imperativamente quedan obligados a cumplir las prestaciones acordadas.

La hermenéutica del contrato consiste en determinar su sentido, las obligaciones que de él surgen o también investigar y fijar el significado de las manifestaciones de voluntad, con el propósito de determinar el contenido del negocio jurídico; en esta tarea existen dos métodos: el subjetivo y el objetivo; el primero de ellos se inspira en la teoría de la autonomía de la voluntad o de la voluntad interna o psicológica, que conduce a investigar y descubrir la voluntad real de quienes participaron en la convención, mientras que el segundo, se basa en la interpretación del texto contractual según sus términos literales, dando prelación a éstos sobre la posible volitividad de los intervinientes o sobre sus reservas mentales.

Dispone el artículo 1618 del Código Civil, que conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras, de donde deviene que el legislador acogió el método subjetivo, esto es, que impuso la búsqueda de la voluntad real o verdadera de los contratantes y, descubierta esa voluntad real, ella tendrá primacía sobre lo literal de las palabras, por tal motivo el juzgador en esa labor de hermenéutica jurídica debe orientarse en este sentido, tornándose las restantes reglas de interpretación en subsidiarias, a las cuales debe recurrir cuando le resulte imposible desentrañar lo querido por los contratantes.

Hay lugar a la interpretación de los contratos cuando las declaraciones de voluntad plasmadas sean inextricables u oscuras, pero esta tarea debe ubicarse dentro de la legalidad, conforme a las normas que a cada uno de ellos rige y la intención de las partes, pues la naturaleza jurídica de éstos la determina las disposiciones respectivas que lo regentan, según sus elementos propios, sus calidades intrínsecas y objetivos perseguidos, pero en manera alguna la que las partes a su arbitrio quieran darle o el juzgador motu proprio le asigne.

Generalmente el contrato se celebra y elabora como una unidad jurídica y para conocer la real voluntad de los contratantes sólo basta con apreciar sus estipulaciones en forma coordinada y armónica; empero, en algunos eventos las partes se apartan de esa regla y esas prestaciones se aíslan unas de otras y se presentan como entes autónomos o cuando por sí solas carecen de vida propia o independiente, se corre el riesgo de quebrar esa unidad, disgregar sus efectos propios o hacerle producir consecuencias no queridas o contrarias a las que de su conjunto realmente se infieren.

Acerca de este tópico la H. Corte ha dicho: "Tiene aceptado la doctrina del derecho que, aún prescindiendo de los contratos atípicos, o sea de aquellos pactos cuyo contenido es tan particular que no pueden asimilarse a ninguno de los contratos tipos, una convención jurídica ajustada entre las partes puede presentar combinadas prestaciones correspondientes a diversos contratos típicos. Y ha dicho que estas uniones de contratos pueden ser: a) unión con dependencia unilateral o bilateral, en la cual los distintos contratos que aparecen unidos son queridos como un todo, estableciéndose entre ellos una recíproca dependencia en el sentido de que el uno se subordina al otro y otros; b) unión simplemente externa, que es la que corresponde a aquella en la que los distintos pactos, independientes unos de otros y por tanto autónomos, aparecen unidos externamente sin que haya subordinación o dependencia de los unos respecto de los otros; y c) unión alternativa, caracterizada por la existencia de una condición que enlaza los distintos contratos en forma que si el suceso positivo no acaece o acaece el negativo, se entiende concluido uno u otro"¹.

*5.2.- Ahora bien, **la promesa** se puede definir como el acuerdo previo de voluntades en virtud del cual las partes se obligan a celebrar un contrato ulterior o futuro, que puede recaer sobre cualquier tipo de contrato y bienes, y que para su validez requiere el cumplimiento de todos y cada uno de los presupuestos señalados por el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, que a su tenor son: **1)** Que la promesa conste por escrito; **2)** que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que las leyes declaren ineficaces por no*

¹ Jurisprudencia y Doctrina, t., XIII, No. 155, pág.942

concurrir los requisitos que establece el artículo 1502 del Código Civil; 3) que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato y; 4) que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales.

Entretanto, **el contrato** se define legalmente como "el acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar hacer o no hacer alguna cosa" -artículo 1495 del C.C.-; dicho de otra manera, es la concreción o materialización de las obligaciones o prestaciones a que han llegado las partes, en donde se plasman todos y cada uno de los acuerdos de voluntades por ellas convenidos se diferencia con la promesa porque en ésta las partes se comprometen únicamente a celebrar aquél en época futura, esto es, que el contrato en sí no ha nacido a la vida jurídica, aunque ya se encuentra perfectamente determinado, solo resta el advenimiento de la fecha futura para su celebración.

5.3.- Visto el documento suscrito por los contratantes el 8 de septiembre de 2012 (fls. 2 y 3 c.1), claramente se determina tal y como se tituló que constituye un contrato de promesa de permuta, donde el actor se comprometió a transferir la titularidad del apartamento 302 del bloque II de la Agrupación Las Terrazas Tercera Etapa ubicado en la carrera 83 No. 145-26 de la ciudad y, a su turno el demandado en contraprestación traspasaría la propiedad de una camioneta Frontier doble cabina modelo 2010 y un vehículo Mazda 3 Alphas modelo 2007 de placas BZT-141 por la suma de \$90.000.000,00; la entrega de tres cheques de \$10.000.000,00 cada uno y, el saldo \$10.000.000,00 en dinero en efectivo, ya que en ese preciso momento no se cumplieron la totalidad de las obligaciones o acuerdos a que los contratantes llegaron sino que la realización de algunas de ellas fueron postergadas para una fecha futura.

En efecto, allí se acordó que la escritura pública del inmueble materia de permuta se suscribiría el 23 de octubre de 2012 en la Notaría 61 de este círculo, o sea, que el contrato de permuta del inmueble no se cumplió en ese mismo instante, sino que los contratantes pactaron la celebración del mismo para fecha posterior, circunstancia que nos lleva a concluir que se está de cara a una promesa de permuta.

Ahora bien, **la permutación** o cambio de cosas que en principio es consensual, adquiere categoría de contrato solemne cuando **“una de las cosas que se cambian o ambas sean bienes raíces o derechos de sucesión hereditaria”**, por así disponerlo el artículo 1956 del Código Civil; como lo querido por las partes del proceso al celebrar la promesa ya referida conllevaba la transferencia de un inmueble, el contrato preparatorio o preliminar inomisiblemente debía sujetarse a los requerimientos del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, ya que la inobservancia de uno cualquiera de ellos se atenta contra la esencia misma del contrato y conlleva a la declaratoria de nulidad del mismo.

Así que, resulta necesario analizar si el documento contentivo del acuerdo de voluntades es válido y eficaz o, lo que es lo mismo, si

genera o no obligaciones, dado que si esto último se considera que ese acto jamás se ha celebrado, que no ha nacido a la vida jurídica y de él no puede emanar ningún derecho y, por consiguiente, ninguna acción distinta de la nulidad y el legislador le ha otorgado facultad al juzgador para declarar la nulidad absoluta del mismo con apoyo en el artículo 1740 del Código Civil derogado por el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, empero, limitado a cuando ésta aparezca de manifiesto.

En efecto, el máximo órgano de cierre de la especialidad civil, de vieja data al abordar el análisis del artículo 15 de la Ley 95 de 1890, de tenor literal similar al punto que se examina –art. 2º Ley 50 de 1936–, puntualizó que: “...[s]i bien [dicho precepto] impone al Juez la obligación de declarar de oficio la nulidad absoluta cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato, esta atribución no puede ejercerla indistintamente respecto de todo acto que figure en el juicio, **sino sólo con relación a aquellos cuya validez o nulidad tenga influencia en la decisión del litigio**; pues dicha disposición tiene precisamente **por objeto que el Juez no reconozca validez para los efectos del fallo a un acto o contrato absolutamente nulo**”² (Negrilla por la Sala).

Con posterioridad, precisó que: “...[u]na nulidad absoluta de la clase a que se refieren los artículos 15 [de la Ley 95 de 1890] y 2º [de la Ley 50 de 1936] citados, es decir manifiesta, en el sentido ya expresado, **no puede declararse de oficio sino cuando entre las partes contratantes se está litigando sobre la efectividad o el cumplimiento del contrato** y entonces como por un principio general de orden público los actos absolutamente nulos no pueden vincular jurídicamente a las partes, el fallador niega esa vinculación por medio de la declaratoria oficiosa de nulidad. Quiere esto decir que ni el artículo 15 de la Ley 95 de 1890 ni el 2º de la Ley 50 de 1936 son de una aplicabilidad irrestricta e ilimitada”³ (Resaltado por la Sala).

Seguidamente, añadió: “Por eso, **el segundo requisito para que la nulidad absoluta pueda ser declarada de oficio es que el acto o contrato haya sido invocado en el litigio**; es decir que el acto o contrato nulo se haya exhibido en el proceso en apoyo de la pretensión de alguna de las partes”⁴ (ibídem).

Años después, desarrolló los requisitos necesarios para que proceda la declaratoria oficiosa de nulidad absoluta de un acto o contrato, en los siguientes términos: “Y el poder excepcional que al Juez le otorga el artículo 2º de la Ley 50 de 1936 para declarar de oficio la nulidad absoluta no es irrestricto o ilimitado, sino que por el contrario está condicionado por la concurrencia de tres circunstancias: **1ª, que la nulidad aparezca de manifiesto en el acto o contrato, es decir, que a la vez que el instrumento pruebe la celebración del acto o contrato contenga, muestre o ponga de bulto por sí solo los elementos que configuran el vicio determinante de la nulidad absoluta; 2ª, que el acto o contrato haya sido invocado en el litigio como fuente de derechos u obligaciones para las partes; y 3ª, que al pleito concurren, en calidad de partes, las personas que intervinieron en la celebración de aquel o sus causahabientes, en guarda del principio general que enseña que la declaratoria de nulidad de un acto o contrato en su totalidad no puede pronunciarse sino con audiencia de todos los que lo celebraron**”⁵.

² (Cas. Civ., sentencia de 8 de febrero de 1923, G.J. T. XXIX, pág. 345)

³ (Cas. Civ., sentencia de agosto 26 de 1938, G.J. T. XLVII, págs. 61 a 67)

⁴ (Cas. Civ., sentencia de 18 de octubre de 1938, G.J. T. XLVII, págs. 235 a 239)

⁵ (Cas. Civ., sentencia de 5 de abril de 1946, G.J. T.LX, pág. 363) (ejúsdem)

Después al clarificar el alcance de la exigencia tocante con que la nulidad aparezca de manifiesto en el respectivo acto o contrato, reiteró que: “...[e]l **segundo requisito para que la nulidad absoluta pueda ser declarada oficiosamente, es el de que el acto o contrato nulo haya sido invocado en el litigio por alguno de los contratantes; es decir, que se haya exhibido en el proceso en apoyo de alguna de sus pretensiones**”, razonamiento que sustentó con la sentencia de 26 de agosto de 1938, agregando que: “No sobra observar, en relación con este punto, que **la nulidad absoluta sólo puede declararse cuando el acto o contrato viciado es invocado en juicio, lo que presupone que se está tratando de que produzca efectos jurídicos**; es el interesado mismo quien lleva el acto o contrato a conocimiento de la justicia, y lo único que hace ésta, es ejercitar una facultad que le está expresamente reconocida por la ley”⁶.

5.4.- Descendiendo al caso sub-exámine, prontamente se advierte tal y como lo indicó el Juez a-quo, que el documento contentivo del contrato preliminar concebido para asegurar la celebración del contrato preparado, revela la omisión de la exigencia cuarta del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, como quiera que se incurrió en indeterminación al no individualizarse claramente unos de los rodantes objeto de la negociación -permuta-, es decir, no se particularizó debidamente con el número de la placa, motor o chasis, de modo que no genere confusión o impida que a posterior se reclame su dominio, circunstancia que la torna nula, ineficaz y sin efecto vinculante.

En esas condiciones el juzgador está vedado de estudiar la acción resolutoria propuesta en el libelo demandatorio y con apoyo en el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, se encuentra facultado para declarar la nulidad absoluta de ese acto, por cuanto en el sub-exámine concurren los siguientes supuestos exigidos por la H. Corte, a saber: “a) que la nulidad aparezca de manifiesto en el acto o contrato, es decir, que a la vez el instrumento pruebe la celebración del acto o contrato, muestre o ponga de bulto por sí solo los elementos que configuran el vicio determinante de la nulidad absoluta; b) que el acto o contrato haya sido invocado en el litigio como fuente de derecho u obligaciones para las partes; y, c) que al pleito concurren, en calidad de partes, las personas que intervinieron en la celebración de aquel o sus causahabientes, en guarda del principio general que enseña que la declaración de nulidad de un acto o contrato en su totalidad no puede pronunciarse sino con audiencia de todos los que lo celebraron”⁷.

Y, si bien es cierto que el fallo que decide una controversia debe estar en consonancia con los hechos y las pretensiones invocados en la demanda o su reforma y con las excepciones propuestas y que aparezcan demostradas -artículo 305 del C. de P. Civil actual 281 del C. G. del P.-, empero, este importante principio de la congruencia, no es sin embargo absoluto, dado que se presentan algunos casos en los cuales el juzgador no está obligado a observarlo, como ocurre en los siguientes: “a) Cuando halle probados los hechos que constituyen una excepción, debe reconocer oficiosamente, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse; b) en lo atinente a los presupuestos procesales, por cuanto tocan con la validez formal del proceso y cuya ausencia, en algunos casos, impone un fallo inhibitorio; c) **lo relacionado con**

⁶ (Cas. Civ., sentencia de 22 de octubre de 1952, G.J. T. LXXIII, pág. 295)

⁷ C.S.J., sent. 1º diciembre de 1981. G.J. t. CLXVI, pág. 630

cuestiones que atañen al orden público como sucede con la nulidad absoluta del acto o contrato, cuando ella aparezca de modo manifiesto, y d) los pronunciamientos sobre prestaciones mutuas en los eventos de nulidad o resolución del contrato”⁸ (Resaltado fuera de texto); de ahí que la Corporación no comparta que el a-quo no realizara pronunciamiento alguno frente a la nulidad absoluta que puso de presente al desatar la controversia, cuando la ley lo facultaba para que adoptara esa decisión, cuando de forma manifiesta se encuentre de cara a una nulidad de estirpe absoluta del acto o contrato objeto de litis.

6.- Bajo el anterior orden de ideas, no queda otro camino que reconocer la nulidad absoluta del contrato de promesa de permuta bajo estudio, por lo que pasa la Corporación a definir las restituciones del caso.

Prestaciones Mutuas

7.- El efecto propio y general de toda declaración judicial de nulidad absoluta, **es la de retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo**, es decir, persigue o tiene como objetivo destruir todos los efectos que el negocio haya alcanzado, por tal razón el fallo de nulidad produce efectos retroactivos y, por ende, cada parte tiene que devolver a la otra lo que ha recibido como prestación del negocio jurídico anulado, o en otros términos, las partes quedan obligadas a restituirse lo que recíprocamente se hubiesen entregado en desarrollo de la relación jurídica declarada nula, independientemente que se haya invocado su reconocimiento porque las mismas operan por ministerio de la ley.

Así lo preceptúa el artículo 1746 del Código Civil, al señalar que: "La nulidad pronunciada en sentencia que tiene fuerza de cosa juzgada, **da a las partes derecho para ser restituida al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo** sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita. En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, **de los intereses y frutos**, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y **la posesión de buena o mala fe de las partes**; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo".

Empero, obviamente, que en dicho restablecimiento se ha de tener en cuenta si el acto o contrato se cumplió en todo o en parte, porque si nada se ha cumplido o el cumplimiento ha ocurrido en forma fraccionada, la cuestión, se limita, en el primer evento, a extinguir las obligaciones, sin que haya lugar a restitución alguna y, en el segundo, a la extinción de las estipulaciones y a restituirse sólo la parte que se haya entregado.

Al punto, tiene establecido la H. Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil que:

⁸ C.S.J., sentencia 15 de mayo de 1985 Mag. Pon. Horacio Montoya Gil

*“...Las prestaciones mutuas legalmente quedan incluidas en la demanda, de suerte que **el juzgador siempre debe considerarlas en la sentencia, ora a petición de parte, ora de oficio...**”⁹*

Pertinente es recordar que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente aportadas al proceso, por así disponerlo claramente el artículo 164 del C. G. del P. El principio de la **necesidad de la prueba** le indica al juzgador el deber de tomar toda decisión judicial con apoyo en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso (artículo 164 ejusdem), esto es, que los medios probatorios para poder ser valorados deben aducirse en los términos señalados de manera taxativa por el legislador, contrario sensu, su apreciación cercenaría el derecho de defensa y de contradicción de la contraparte; mientras que el principio de la **carga de la prueba** (artículo 167 ibídem) le impone a las partes la obligación de probar los supuestos de hecho en que edifica la demanda, las excepciones, el incidente o el trámite especial, según el caso, o sea, que consiste en lo que a cada parte le asiste interés en probar, de modo que si el interesado en suministrarla no lo hace, o la allega imperfecta, se descuida o equivoca su papel de probador, necesariamente, ha de esperar un resultado adverso a sus pretensiones; claro está que como las pruebas una vez allegadas son consideradas o vistas del proceso y no de las partes, las recaudadas por la actora sirven para demostrar los hechos en que se apoyan las excepciones de la contraparte y viceversa.

Frente al pago

7.1.- Como primer efecto derivado de la nulidad absoluta de la promesa de permuta tantas veces referida está la devolución de lo pagado, frente a lo que en la cláusula tercera se indicó que el precio total de la negociación era de **\$130.000.000.00**, pagaderos así: **a) \$90.000.000.00** a la firma del contrato representados una camioneta Frontier doble cabina modelo 2010 y un vehículo Mazda 3 Alphas modelo 2007 **b) \$30.000.000.00** representados en tres cheques de \$10.000.000,00 cada uno y, **c) el saldo de \$10.000.000.00** en dos cuotas iguales una a la firma de la permuta y otra el 22 de septiembre de 2012.

Ahora bien, del valor del precio convenido el actor confesó tanto en la demanda como en su prueba de posiciones –arts. 191y 193 C. G. del P- (fl. 18 hecho 2º y CD. fl. 127 minuto 6.17 y ss c.1) haber recibido los vehículos, que serán materia de análisis en las restituciones y, el último pago en efectivo, esto es, \$10.000.000,00, dineros que el demandante debe reintegrar al demandado por corresponder a la solución de parte del precio del bien inmueble objeto de Litis, que lo hará con la respectiva indexación y, a los que se reconocerán réditos legales, por razón que se trató de un negocio civil.

En la temática la H. Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil ha planteado lo siguiente:

⁹ CSJ, Cas. Civil, Sent. Jul. 28/19 reiterada sentencias de Jun. 23/39, Jun. 3/48, Jun. 13/50 y Dic. 6/68.

“En consideración al fenómeno inflacionario que ordinariamente se presenta durante el tiempo transcurrido entre la fecha de la recepción del dinero y la devolución, el cual trae como efecto la pérdida o disminución de su valor adquisitivo, desde hace varios lustros la jurisprudencia ha sido constante en disponer el correspondiente reajuste monetario con el fin de corregir la depreciación experimentada por la moneda, pues no de otra manera se logra el efecto retroactivo de la sentencia, porque si ella tenía al tiempo de celebrarse el contrato un determinado poder de compra, la parte que hizo entrega del dinero sólo puede considerarse restablecida a la situación preexistente al acuerdo contractual, recibiendo una cantidad de dinero con un poder adquisitivo equivalente.”

“3. En materia mercantil, según lo precisó la Corte en su sentencia del 19 de noviembre de 2001, el legislador adoptó un mecanismo de indexación indirecta de las obligaciones pecuniarias de tal naturaleza, engastado en los intereses previstos en dicha normatividad. En la modalidad indicada, señaló la Corporación, "...la deuda dineraria -por regla- sigue aferrada al principio nominalístico, y los índices de corrección se aplican por vía refleja, en situaciones particulares", una de cuyas principales expresiones es la tasa de interés que incluye la inflación (componente inflacionario) y que, por ende, "conlleva el reajuste indirecto de la prestación dineraria", evento en el cual resulta innegable que ella, además de retribuir -y, en el caso de la moratoria, resarcir- al acreedor, cumple con la función de compensarlo por la erosión que, ex ante, haya experimentado la moneda (función típicamente dual).”

“Por la circunstancia anotada consideró que si "... el pago, a manera de segmento cuantitativo, involucra el reconocimiento de intereses legales comerciales, no pueden los jueces, con prescindencia de toda consideración especial, ordenar igualmente el ajuste monetario de la suma adeudada, específicamente cuando los réditos que el deudor debe reconocer son de naturaleza comercial, puesto que, sean ellos remuneratorios o moratorios, el interés bancario corriente que sirve de base para su cuantificación (art. 884 C. de Co.), ya comprende, per se, la aludida corrección", explicando que "... la tasa de interés monetaria -distinta de la pura, esto es, la concerniente al reconocimiento privativo del uso del capital-, se desdobra en diversos factores, v.gr: el rédito propiamente dicho; una tasa de seguridad por el riesgo asumido por el prestamista (tasa de riesgo); gastos de operación; monto compensatorio derivado del proceso inflacionario (tasa de inflación), entre otros conceptos admitidos por la jurisprudencia, por la doctrina y por la autoridad encargada -en Colombia- de la inspección y vigilancia de las instituciones financieras, de modo que, en tratándose de esta clase de tasas, específicamente de la bancaria corriente (art. 884 C. de Co.), puede afirmarse sin hesitación alguna que su función, en la hora de ahora, no se reduce tan solo a determinar el precio por el uso del dinero, sino que también tiene el propósito, así sea indirecto, de compensar al acreedor por el deterioro cualitativo que éste sufra, en el entendido, claro está, de la irrupción y preservación del fenómeno inflacionario en la economía (CSJ SC, 25 Abr 2003, Rad. 7140; las subrayas no son del texto).”

“En ese pronunciamiento sé concluyó, entonces, que la compatibilidad de la indexación y de los réditos depende de la clase de estos últimos, pues si son los civiles nada impide la coexistencia de esos dos conceptos; en cambio, si se trata de los comerciales, en tanto ellos comprenden ese concepto (indexación indirecta) «imponer la corrección monetaria, per se, equivaldría a decretar una doble -e inconsulta- condena por un mismo ítem, lo que implicaría un grave quebranto de la ley misma, ya que ésta ha establecido, en forma imperativa, que la manera de hacer el ajuste monetario de las obligaciones dinerarias de abolengo mercantil, es por la vía

de los intereses, por la potísima razón de que está entronizado en uno de los factores constitutivos o determinantes de la tasa reditual de mercado».”

“Lo que sucede es que el interés legal comercial, el cual corresponde al interés bancario corriente al que alude el artículo 884 del estatuto mercantil, se certifica por la Superintendencia Financiera con base en las ponderaciones de los promedios de las tasas efectivamente cobradas por los establecimientos de crédito, operación ésta que atiende las condiciones de oferta y demanda de préstamo de los recursos; el riesgo inherente a la actividad; el fenómeno inflacionario de la economía y la devaluación que experimenta la moneda nacional en el mercado, de ahí que ese tipo de interés involucra un componente de corrección monetaria y otro de tasa pura.”

“Criterio que ha sido ratificado por la Sala en otras ocasiones, precisando que en la indexación efectuada a través de la tasa de interés comercial, el índice de corrección monetaria se aplica por vía refleja, pues «incluye la inflación (componente inflacionario) y que, por ende, ‘conlleva al reajuste indirecto de la prestación dineraria’, evento en el cual resulta innegable que ella, además de retribuir -y, en el caso de la moratoria, resarcir- al acreedor, cumple con la función de compensarlo por la erosión que, ex ante, haya experimentado la moneda (función típicamente dual) ”¹⁰.

7.1.1.- Entonces, los valores que deberán reintegrar el demandante a la parte demandada, son los siguientes: \$10.000.000.00 correspondiente al pago inicial, así \$5.000.000,00 a la firma de la respectiva promesa **-8 de septiembre de 2012-** y \$5.000.000.00 el **22 de septiembre de 2012**, con la respectiva indexación, desde que fueron solucionados y hasta su pago efectivo, débase advertir que frente a la fecha de éste último pago si bien se indicó que no se realizó en la data estipulada si no en una posterior (fl. 19 hecho 2º c.1), lo cierto es que no se allegó prueba alguna de tal evento, por lo que atendiendo a la confesión del actor en su interrogatorio y lo literalizado en la promesa de permuta no puede estarse la Corporación a otra fecha distinta, debiéndose reconocer intereses legales civiles desde cuando fueron solucionados sobre el valor nominal, igualmente hasta su pago efectivo, según la siguiente formula:

$$V_p = \frac{V_h \times I.F}{I.I.}$$

En donde: V_p = valor presente; V_h = valor histórico o a indexar; $I.F$ = índice final, se toma el valor del I.P.C. a la fecha de la indexación $I.I.$ = índice inicial, se toma el valor del I.P.C. a la fecha en que se generó la obligación.

De la restitución del inmueble y sus frutos

7.2.- El segundo efecto derivado de la nulidad del contrato es la restitución de los bienes dados en permuta, para el caso del actor el apartamento junto con el pago de los frutos civiles y naturales que el raíz hubiese producido, tal y como establece el artículo 1746 antes citado, por lo

¹⁰ Ver sentencias, CSJ SC, 15 Ene 2009, Rad. 2001-00433-01; 13 Mayo 2010, Rad. 2001-00161-01 y SC11331-2015 de 27 de agosto de 2015.

tanto las partes se encuentran compelidas a verificar las restituciones recíprocas.

Al punto, se tiene que en la promesa de permuta en su cláusula cuarta se estableció que el apartamento se entregaría el 17 de septiembre de 2012, es decir, que ella no se realizó desde la misma fecha de su celebración -8 de septiembre de 2012- y, si bien el actor informa que si hizo la entrega, lo cierto es que no obra prueba alguna que respalde su dicho, siendo insuficiente su sola manifestación, por razón que a nadie le es dado el privilegio de que su mero dicho sea prueba suficiente de lo que afirme, tal como lo ha precisado la H. Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil:

“es verdad que, con arreglo al principio universal de que nadie puede hacerse su propia prueba, una decisión no puede fundarse exclusivamente en lo que una de las partes afirma a tono con sus aspiraciones. Sería desmedido que alguien pretendiese que lo que afirma en un proceso se tenga por verdad, así y todo sea muy acrisolada la solvencia moral que se tenga. De ahí que la Corte Suprema de Justicia haya dicho en un importante número de veces... que *‘es principio general de derecho probatorio y de profundo contenido lógico, que la parte no puede crearse a su favor su propia prueba.* Quien afirma un hecho en un proceso tiene la carga procesal de demostrarlo con alguno de los medios que enumera el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil, con cualesquiera formas que sirvan para formar el convencimiento del Juez. Esa carga... que se expresa con el aforismo *onus probandi incumbit actori* no existiría, si al demandante le bastara afirmar el supuesto de hecho de las normas y con eso no más quedar convencido el Juez”¹¹.

Por el contrario, nótese que el único testimonio recaudado en la actuación –Hernando Alberto Heredia Piñeros-, reveló que es el actual propietario del apartamento ya referido y ostenta la tenencia y posesión del mismo, quien indagado sobre la persona que le efectuó la entrega claramente manifiesta que fue el actor (CD. fl. 127 minuto 23.45 y ss c.1), circunstancia que infirma lo indicado por esa parte y, por ende, conlleva a la negativa del reconocimiento de fruto alguno, mucho menos se ordena su restitución.

De la restitución de los vehículos y los frutos

7.3.- Como quiera que se acreditó en la actuación que el demandado -LUIS ARTURO CARRILLO ALVARADO- entregó producto de la negociación una camioneta Frontier doble cabina modelo 2010 de placas MOT-250 y un vehículo Mazda 3 Alphas modelo 2007 de placas BZT-141 por la suma de \$90.000.000,00, lo lógico sería que producto del decaimiento de esa negociación reciba la devolución de esos automotores junto a los frutos civiles, empero, bajo las reglas generales de la posesión de buena o mala fe, pues así lo dispone el artículo 1746 del Código Civil.

Ahora bien, el artículo 964 del C. C. establece que el poseedor de **mala fe** es obligado a restituir los frutos naturales y civiles de

¹¹ Sent. de 12 de febrero de 1980 Cas. civ. de 9 de noviembre de 1993. G.J. CCXXV, pag. 405

la cosa, y no solamente los percibidos, sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder; y, el poseedor de buena fe no es obligado a la restitución de los frutos percibidos antes de la contestación de la demanda.

Así mismo, el artículo 768 ibídem pregona que la buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude o de todo otro vicio.

Por su parte, el art. 769 ejúsdem dispone que la buena fe se presume y la mala fe deberá probarse y, el 771 refiere que las posesiones viciosas son la violenta y la clandestina.

7.3.1.- Sobre la restitución de los rodantes, resulta palmario que el actor tal y como se indicó en el contrato promesa de permuta, a la firma del mismo recibió los automotores antes descritos, empero, advierte que solo tiene en su poder la camioneta Frontier por razón que el automóvil Mazda fue incautado por un trámite de Extinción de Dominio, afirmación indefinida que no requiere prueba conforme a las previsiones del inciso final del artículo 167 del C. G. del P. y, en todo caso, el certificado de tradición de ese vehículo obrante a folios 17 confirma la existencia de esa actuación judicial, por lo que solo es posible ordenarle a aquél que restituya al demandado únicamente la camioneta.

7.3.2.- Ahora bien, es claro que hay lugar a reconocer los frutos civiles, empero, únicamente por el rodante en poder del actor -la camioneta-, pues como ya quedó clarificado perdió la tenencia del automóvil, para lo cual en vista que fueron entregados en la negociación por la suma de \$90.000.000,00, debiendo colegirse que fue en partes iguales, es decir, \$45.000.000,00, ya que no obra prueba que demuestre lo contrario, por lo que la Corporación a título de frutos reconocerá los respectivos réditos legales civiles sobre esa suma, desde la fecha en que venció el término de contestación demanda -6 de agosto de 2018- (fl. 80 c.1), por razón que no pude considerarse poseedor de mala fe, de allí que sólo pueden reclamarse los causados a partir de la contestación de la demanda, como claramente indica la norma: “...el poseedor de **buena fe** no es obligado a la restitución de los frutos percibidos antes de la contestación de la demanda” -artículo 964 C.C.- y, hasta la restitución efectiva del vehículo ya referido.

8.- Colofón de lo expuesto, se impone la revocatoria de la sentencia apelada, conforme a lo antes expuesto.

V. DECISIÓN

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá D.C., Sala Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1.- REVOCAR, por las razones plasmadas en esta providencia, la sentencia dictada en audiencia pública llevada a cabo el veintiséis (26) de noviembre de dos mil diecinueve (2019), en el Juzgado Sexto Civil del Circuito de la ciudad, dentro del proceso VERBAL adelantado por PASTOR DE JESUS AVILA CUBIDES contra LUIS ARTURO CARRILLO ALVARADO. En consecuencia, se DISPONE:

1.1.- DECLARAR que el contrato de promesa de permuta suscrito el 8 de septiembre de 2012, no cumplió con la exigencia cuarta del artículo 89 de la Ley 153 de 1887 y, por lo tanto, al tenor de lo previsto en el artículo 1742 del Código Civil, esta permeado de nulidad absoluta.

1.2.- Se ORDENA al demandante a reintegrar a favor del demandado la suma de \$10.000.000.00 correspondientes al pago inicial realizado, así \$5.000.000,00 a la firma de la respectiva promesa -8 de septiembre de 2012- y \$5.000.000.00 el 22 de septiembre de 2012, que deberá indexarse siguiendo los parámetros fijados en el nomenclador 7.1.1.- de la parte considerativa, hasta la fecha efectiva del pago y, frente a la que se reconocen intereses legales desde cuando fueron solucionadas, igualmente hasta su pago efectivo, sobre su valor nominal.

1.3.- Se ORDENA a PASTOR DE JESUS AVILA CUBIDES demandante, que proceda a restituir al demandado LUIS ARTURO CARRILLO ALVARADO de forma real y material y en el estado en que se encontraba a la fecha de la entrega libre de multas, el vehículo camioneta Frontier doble cabina modelo 2010 de placas MOT-250, dentro de los tres (3) días siguientes a la ejecutoria de este fallo.

1.4.- Se CONDENA a PASTOR DE JESUS AVILA CUBIDES demandante al pago a favor del convocado los réditos legales civiles sobre la suma de \$45.000.000,00 desde el 6 de agosto de 2018 y hasta la restitución efectiva de la camioneta descrita en el numeral que antecede, a título de frutos por la tenencia del rodante.

2.- NEGAR las restantes pretensiones de la demanda.

3.- Sin COSTAS en ambas instancias por no aparecer causadas.

CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE



JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO



RUTH ELENA GALVIS VERGARA
MAGISTRADA



MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA
Magistrada

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

Correo: des12ctsbtta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Radicación: 110012203000 2020-01027-00

Bogotá D.C., veintiuno (21) de julio de dos mil veinte
(2020)

**Ref.: SOLICITUD DE EJECUCIÓN DEL LAUDO
ARBITRAL DE LUZ VICTORIA VARGAS CONTRA EDIFICIO
GUIBESA I PROPIEDAD HORIZONTAL.**

Procede el Despacho a decidir sobre la admisibilidad de la
petición de ejecución de la referencia:

1.- La señora Luz Victoria Vargas solicita la ejecución del
laudo de 22 de mayo del 2020, proferido contra el Edificio
Guibesa I Propiedad Horizontal, dentro del expediente No.
115819 de Tribunal Arbitral desarrollado en el Centro de
Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

2. De conformidad con el numeral 1° del artículo 111 de
la Ley 1563 de 2012; el laudo arbitral será ejecutable ante la
autoridad competente a solicitud de la parte interesada.

A su turno el inciso 1° del canon 68 de la citada ley,
establece que: *“La autoridad judicial competente para ejercer las
funciones a que se refieren los artículos 71, 73 numerales 5 y 6,
76 numeral 2, 77 numeral 1, 88 inciso 1 y 3, 89, 90, 100, **111** y
116 será el juez civil del circuito”*. No obstante, cuando se

trate de tribunales arbitrales en los que sea parte una entidad pública colombiana o quien ejerza funciones administrativas colombianas, lo será el juez administrativo.

3. Así las cosas, se advierte que este Tribunal carece de competencia para conocer de la ejecución del laudo arbitral, de conformidad con lo dispuesto en inciso 1° del artículo 68, en concordancia con el numeral 1° del art. 111 de la Ley 1563 de 2012. En consecuencia, como lo establece el inciso 2° del artículo 90 del Código de general del Proceso, se ordenará la remisión del expediente al Juez Civil del Circuito de Bogotá que por reparto corresponda, por ser la autoridad competente para conocer de este asunto, por ello el Despacho;

DISPONE:

Remitir el presente asunto al correo electrónico dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura, para la radicación de demandas, para que sea repartido entre los Juzgados Civiles del Circuito de Bogotá.

Secretaría deje las respectivas constancias.

NOTIFIQUESE,

MARTHA PATRICIA GUZMAN ALVAREZ
Magistrada

Firmado Por:

MARTHA PATRICIA GUZMAN ALVAREZ
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

TRIBUNAL SUPERIOR SALA 012 CIVIL DE BOGOTÁ D.C.

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**b762ad898fb37026080a69b78fff9a52837aa28d284c4a94df61ddb4c7d357
e0**

Documento generado en 21/07/2020 09:23:56 a.m.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá D.C., veintiuno (21) de julio de dos mil veinte (2020)

Conforme se dispuso en otro auto de la fecha, corresponde aquí decidir el recurso de reposición que se interpuso con escrito del 3 de junio de 2020 contra el auto del 18 de mayo de 2020, en el que la parte dice que “se negó la solicitud de dejar sin efectos lo decidido en la providencia del 27 de abril”.

La decisión será confirmada, esencialmente, porque no contiene ningún error o defecto que deba conjurarse a propósito de la impugnación. Lo que evidencia la censura es que el demandado insiste en afirmar que “*los términos judiciales se hallaban suspendidos por la emergencia sanitaria nacional que el Gobierno decretó*” y a su vez, que “*previo a decidir sobre la apelación el Tribunal debió pronunciarse sobre mi solicitud de suspensión del proceso*”.

Así las cosas, como ya se dijo en el auto del 18 de mayo, ahora recurrido, y se itera aquí, en el Acuerdo PCSJA20-11546 del 25 de abril de 2020, su artículo 7º, estableció las “excepciones... en materia civil”, entre ellas, la de “los autos que resuelven el recurso de apelación de los proferidos en primera instancia” (núm. 7.1), lo que habilitó al Tribunal para decidir el recurso que propuso el ejecutado propuesto en primera instancia.

A su vez, se repite, no tiene ninguna incidencia que los autos fueran notificados en diferentes estados, que es una actuación secretarial, pues las dos decisiones se emitieron el 27 de abril; luego, son simultáneas, así las hubiera conocido en momentos distintos el censor.

Entonces en el tiempo, el Despacho se pronunció respecto de las dos solicitudes de manera concomitante, al margen de lo que busque con sus alegatos el interesado que, en últimas, se resume a que “no se decida el asunto “cuando existe una causal clara de suspensión”, ya por las medidas decretadas por el Consejo Superior de la Judicatura, ora por la causal del numeral 1º del artículo 161 del C.G.P. y, en la actualidad, novedosamente, aludiendo a una figura diferente como es la interrupción a causa de su edad, circunstancia que no se había invocado antes, que no fue discutida en el auto del 18 de mayo de 2020 y, sin embargo, a todas luces infructuosa, puesto que no se acompasa con ninguna de los eventos del artículo 159 ib. para lograr la interrupción del proceso.

Es que, el argumento de tener 75 años, aportando una prueba como es la copia de su cédula, para justificar que el recurrente no ha podido a su propia oficina ni al Tribunal “donde están los documentos idóneos y las pruebas necesarias para discutir la decisión”, no tiene ninguna cabida pues, de un lado, las actuaciones judiciales se están adelantando de manera virtual, ha podido conocer oportunamente cada una de las providencias emitidas y, como se le ha repetido al interesado en cada auto, él puede elevar la solicitud de copias que requiera ante la Secretaría Civil.

Ahora bien, en punto al pronunciamiento específico sobre la suspensión del numeral 1º del artículo 161 del C.G.P., cabe resaltar que, en verdad, de fondo no estaba siendo en su escrito, resuelto con el auto del 18 de mayo, donde se enfocó en la ilegalidad de la actuación, en general, “porque a la fecha de producción de la providencia, 27 de abril de 2020, ya se encontraba en plena vigencia el Acuerdo PCSJA20-11546 del 25 de abril de 2020” y toda vez que “antes de resolver sobre la apelación del auto del Juzgado Décimo Civil del Circuito de Bogotá de 10 de octubre de 2019, -por el que se negó la nulidad del proceso a partir de la sentencia de primer

grado-, el Tribunal debió pronunciarse sobre mi solicitud de suspensión del proceso”.

No obstante ser cierto que en el auto del 27 de abril de 2020, que resolvió sobre la suspensión, se incurrió en un error por cambio de palabras, al aludir a una actuación penal, cuando correspondía a una de protección al consumidor que se adelanta ante la Superintendencia Financiera, dicha circunstancia en nada modifica el sentido de la decisión pues, la negación obedeció a un tema de la competencia atribuida al superior cuando conoce de la apelación de autos -artículos 321 y 328 inc, 3 del C.G.P.-, por lo que el Tribunal no se puede pronunciar sobre la suspensión pretendida en el trámite de dicha apelación y porque tampoco es petición puede supeditar el trámite para el cual realmente llegó el expediente al tribunal que fue la apelación de aquel auto ni su decisión que se tomó sobre providencia recurrida, esto de cara a la afirmación del censor, según la cual, “la solicitud la existencia de un proceso Civil,... determina que no pueda fallarse definitivamente, negando la nulidad”.

Por último, no está de más precisar que ningún pronunciamiento se realizará frente al escrito presentado por el demandado el 9 de junio de 2020, en tanto no está permitida la contradicción de la réplica de su contraparte, o contra réplica, que con dicho escrito pretendió.

Sin lugar a disquisiciones adicionales, se **RESUELVE:**

CONFIRMAR el auto proferido el 18 de mayo de 2020.

Notifíquese,


RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá D.C., veintiuno (21) de julio de dos mil veinte (2020)

Sin mayor disquisición se advierte que la reposición ahora propuesta en contra del auto proferido el 25 de junio de 2020 no es procedente porque en él se resolvió otro recurso de la misma clase; lo anterior en aplicación del artículo 318 del C.G.P., que dispone “el auto que decide la reposición no es susceptible de ningún recurso” y, muy a pesar de lo precisado por el recurrente, no contiene “puntos no decididos en el anterior”, es decir, el del 27 de abril, que negó la suspensión del proceso solicitada en segunda instancia en el trámite de apelación de un auto.

Pero si lo que dice el recurrente es que verdaderamente no estaba atacando el auto del 27 de abril, sino el del 18 de mayo de 2020, correspondía pronunciarse en ese sentido y no como se hizo el 25 de junio, por lo que tal proveído será revocado.

Entonces, sin necesidad de escudriñar en más argumentos como los que expone en esta otra impugnación, se revocará la decisión recurrida y se procederá. en otro auto. a resolver el recurso formulado el 3 de junio contra *“el auto del magistrado ponente de fecha 18 de mayo de 2020, y por el cual se negó la solicitud de dejar sin efectos la providencia de 27 de abril de 2020”*.

En consecuencia, se **RESUELVE:**

REVOCAR el auto proferido el 25 de junio de 2020.

Notifíquese,


RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de julio de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE : SERGIO JOSÉ SOTELO GONZÁLEZ Y
OTRA
DEMANDADO : PROFESIONALES & SERVICIOS S.A.S. Y
OTRA
CLASE DE PROCESO : VERBAL

Con fundamento en lo dispuesto en el Acuerdo PCSJA20- 11556 de 22 de mayo de 2020 y los artículos 3°, 103 y 107, parágrafo 1°, del Código General del Proceso, se fija la hora de las 3:30 p.m. del día 4 de agosto de 2020, para que tenga lugar la audiencia de sustentación y fallo prevista en el artículo 327 del C.G.P., la cual se realizará de manera virtual.

Con ese propósito, en el día y la hora fijados en este auto los abogados de las partes (y estas, si quieren comparecer), lo mismo que los interesados, deberán ingresar con anticipación al link que se les remitirá a su dirección de correo electrónico, o que se les informará por cualquier medio técnico de comunicación que tenga a su disposición.

En caso de requerir documentos, o todo el expediente, o cualquier requerimiento relacionado con la audiencia programada, podrán solicitarlos a través del correo electrónico des15ctsbtta@cendoj.ramajudicial.gov.co.

Notifíquese


RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



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

MAGISTRADA PONENTE: HILDA GONZÁLEZ NEIRA
Bogotá, D.C., veintiuno de julio de dos mil veinte

En virtud del nuevo trámite definido para las apelaciones de sentencias en materia civil, establecido en el art. 14 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, como en el presente asunto, en segunda instancia no fueron decretadas pruebas, la sentencia se proferirá por escrito, previa sustentación por la parte apelante y el traslado a su contraparte en los términos que la norma establece; los cuales deberán ser enviados al correo institucional de la Secretaría de la Sala Civil de esta Corporación: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co.

En consecuencia, tenga en cuenta el extremo actor apelante que, ejecutoriado como se encuentra el proveído admisorio de la alzada, deberá sustentar el recurso dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de este auto, so pena de declararlo desierto.

Por Secretaría, contrólense los términos, y una vez fenecidos el de sustentación y el del traslado respectivo, deberá ingresar el proceso al despacho para lo pertinente.

Notifíquese,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Hilda González Neira'.

HILDA GONZÁLEZ NEIRA
Magistrada

110013103015201400067 01

Apelación Sentencia – Ordinario

Demandante: JESUS HUMBERTO MORENO

Demandado: CORPORACION HOSPITALARIA JUAN CIUDAD Y OTROS

Firmado Por:

**HILDA GONZALEZ NEIRA
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 009 CIVIL DE BOGOTÁ D.C.**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

4487680b5fc3219874bb586f4c2846d950f5e83b8e8d18d1a35aa76846e1ef8c

Documento generado en 21/07/2020 01:04:40 p.m.

República de Colombia



Tribunal Superior de Bogotá Sala Primera Civil de Decisión

**Magistrado Sustanciador:
Marco Antonio Álvarez Gómez**

Bogotá D.C., veintiuno (21) de julio de dos mil veinte (2020)

Ref.: Proceso arbitral de Vivarco S.A. y CMS+GMP Asociados S.A.S. contra
Francisco Antonio Hennessey Echeverri¹

Se decide el recurso de anulación que el demandado interpuso contra el laudo arbitral proferido el 25 de octubre de 2019, aclarado en providencia de 5 de noviembre siguiente.

ANTECEDENTES

1. Las sociedades Vivarco S.A. y CMS + GMP Asociados S.A.S. convocaron a tribunal de arbitramento al señor Francisco Hennessey Echeverri, para que, como pretensión principal, se declare que incumplió el “Acuerdo contentivo del proyecto de desarrollo urbanístico y construcción de la finca Las Delicias”, suscrito el 10 de mayo de 2012, junto con sus “otrosíes” (fl. 283, cdno. 3), por negarse a constituir un fideicomiso de “parqueo” que comprendía la transferencia de la propiedad de los predios “Las Delicias” y “Portugal–Las Delicias”, identificados con las matrículas Nos. 156-25440 y 156-25485.

Pidieron, entonces, la resolución de ese negocio jurídico, la condena al pago de \$1.467'154.617,00, por daño emergente, y \$2.280'988.939,00, por lucro cesante, más intereses moratorios desde el 18 de abril de 2016,

¹ Discutido y aprobado en sesión de 6 de julio de 2020.



fecha en la que se negó a cumplir con su obligación, o, en subsidio, a partir de la presentación de la demanda o la firmeza del respectivo laudo.

2. Para soportar sus pretensiones, los demandantes adujeron que Vivarco S.A., luego de presentarle al demandado una propuesta para el desarrollo del referido proyecto, la cual especificaba (a) que el precio equivaldría a un porcentaje sobre el valor de las ventas totales, garantizándole uno mínimo para la tierra que se pagaría si el valor resultante fuese inferior (\$7.500'000.000,00; fl. 248, cdno. 3), (b) que se constituiría una “fiducia de parqueo” con el fin de recibir la propiedad del inmueble y administrarlo durante la fase de preventas, hasta obtener el punto de equilibrio, y (c) que luego sería celebrado un nuevo contrato de fiducia, esta vez inmobiliaria, “a la cual se le transferiría la titularidad de la porción del predio de la etapa en ejecución, cuyos beneficiarios serían el propietario de la tierra y el promotor del proyecto” (fl. 249, ib), replanteó la estructura del negocio para realizar etapas más pequeñas y rentables, con valores proyectados en ventas, para el primer trimestre de 2015, de \$11.773'000.000,00 -que resultaba “muy superior al precio mínimo plasmado en la oferta original” (fl. 250, ib)-, tras lo cual, a principios de julio de 2012, fue suscrito el “Acuerdo contentivo del proyecto de desarrollo urbanístico y construcción de la finca Las Delicias”.

El promotor, entonces, asumió la ejecución y gestión integral del proyecto, mientras que el vinculado asumía, entre otras, la obligación de darle la opción de compra al promotor durante el plazo de dos (2) años o, disyuntivamente, constituir la fiducia de parqueo mencionada, a la que le seguiría un encargo fiduciario que administraría el proyecto y le pagaría al vinculado el precio convenido por la etapa a desarrollar (fl. 253, cdno. 3).



Así las cosas, las sociedades convocantes, durante el plazo contractual y sus prorrogas, adelantaron y cumplieron todas las gestiones exigibles dirigidas a materializar el proyecto, “como la realización de estudios y diseños, la obtención de licencias y permisos requeridos e, incluso, la construcción de la sala de ventas y adecuación del terreno en donde se desarrollaría la etapa 1” (fl. 253, cdno. 3).

En junio de 2014, las partes suscribieron el primer ‘otrosí’ al contrato para prorrogar la opción de compra por dos (2) años (hasta el 10 de mayo de 2016) y aclarar que, si el porcentaje sobre las ventas no era suficiente para cubrir el valor de la tierra, se acordaría, por etapa, un precio mínimo que se pagaría al vinculado (fls. 255 y 256, ib.).

El 26 de junio de 2015 firmaron el segundo ‘otrosí’, en el que se previó que la sociedad CMS+GMP Asociados S.A.S. participaría en el proyecto como gerente estructurador y comercializador, en conjunto con Vivarco S.A.; que el señor Hennessey asumiría los gastos del impuesto predial, valorización y plusvalía que fijara el municipio de Villeta, y que la “fiducia de parqueo” con Alianza Fiduciaria sería obligatoria, “para que una vez alcanzado el punto de equilibrio, hiciera el desenglobe del lote de terreno en el cual se iba a desarrollar la etapa 1 del proyecto y transfiriera a la fiducia de administración y pagos el lote desenglobado” (fl. 257, cdno. 3).

Las desarrolladoras comenzaron, entonces, los estudios de suelos y topográficos, e incluso pagaron la licencia de urbanismo y la plusvalía, pese a que el gasto le correspondía al señor Hennessey, quien, el 3 de diciembre de 2015, desconoció lo acordado pretextando que el precio de las tierras era superior. Luego las partes, de común acuerdo, redactaron



una minuta para la constitución del fideicomiso de parqueo, la cual “se corrió en la Notaría 77 de Bogotá..., {y} a cuya firma no concurrió el convocado” (fl. 262, cdno. 3), quien volvió a desconocer los acuerdos al exigir, el 15 de abril de 2016, un precio mínimo por el lote que doblaba el monto que habían estimado (fl. 266, ib.).

Para concluir, precisaron que el 18 de abril siguiente, en respuesta a un requerimiento que se le hizo, el vendedor manifestó que no aportaría su predio hasta tanto fuera resuelta la discrepancia sobre el precio de la tierra, posición que reiteró el 6 de mayo de esa anualidad, cuando las demandantes lo instaron para que concurriera ante el Notario 77 de la ciudad a suscribir el respectivo instrumento público (fl. 270, cdno. 3).

3. El señor Hennessey se opuso a las pretensiones y alegó que el “contrato es ley para las partes”; que “las convocantes incumplieron los deberes del profesional”, “abusaron de sus derechos derivados del acuerdo de 10 de mayo de 2012”, “incumplieron sus obligaciones anteriores y concomitantes a la constitución de la fiducia de parqueo”, que “la opción de compra estaba sometida a una condición suspensiva” y resultó fallida, pues nunca la ejercieron mientras estuvo vigente; que hubo “indeterminación del precio, del plazo y de la condición para el pago”, por lo cual “no estaba en la obligación de desprenderse de la titularidad de los predios”; que “las convocantes alegan su propia culpa en su favor”, aunque asumieron el riesgo; que hay “contrato no cumplido”, “ausencia del nexo causal en el daño alegado” y de responsabilidad por hechos de terceros, así como inexistencia de enriquecimiento alguno; que el contrato de fiducia quedó indeterminado al no fijarse el tiempo en el que debía cumplirse; que no había “objeto en las obligaciones incluidas con el otrosí No. 2 celebrado



el 26 de marzo de 2015”; que “los créditos de CMS+GMP Asociados deben estar incluidos en el proceso de reorganización que adelanta ante la Superintendencia de Sociedades” y, por último, que “las demandantes reclaman como perjuicio el valor bruto de unos honorarios, omitiendo los costos y gastos necesarios”, y que “le plantearon... expectativas de negocio que no tenían sustento en la realidad” (fl. 285, cdno. 3).

4. El demandado también reconvino para que fuera declarada la celebración del Acuerdo aludido, así como la existencia de una opción de compra sujeta a ciertas condiciones, cuyo cumplimiento estaba a cargo de las sociedades desarrolladoras, quienes no la ejercieron de manera tempestiva. También pidió declarar que Vivarco S.A. predispuso el contenido de ese contrato y sus ‘otrosí’, lo mismo que la configuración de cláusulas ambiguas que deben interpretarse en contra de sus demandadas, quienes debían pagarle perjuicios porque actuaron con dolo en las etapas precontractual y contractual.

Solicitó, además, declarar el incumplimiento de esas sociedades a sus deberes de información, asesoría, claridad, diligencia, previsión, lealtad, buena fe (también como principio) y abstención de incluir cláusulas sorpresivas, potestativas y abusivas que, en su condición de profesionales, debían respetar, infracción que, según él, imposibilitó la materialización de las condiciones establecidas para el ejercicio de la opción de compra.

Pidió, también, declarar que sus demandadas abusaron de la posición dominante contractual al negociar, redactar y ejecutar el negocio jurídico, y que, además, no cumplieron con todas sus obligaciones, mientras que él sí lo hizo. De manera subsidiaria, suplicó declarar que el parágrafo de la



cláusula novena es abusivo y, por tanto, que está viciado de nulidad, o cuando menos, que contiene una promesa de contrato.

Como pretensiones de condena solicitó el pago de \$2.125'017.274,00, por concepto de daño emergente y lucro cesante, junto con los intereses moratorios. Demandó la obligación de indemnizar los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa, previsibles o imprevisibles, “al momento de celebrar el acuerdo de opción de compra” (fl. 345, cdno. 3).

5. Para soportar sus pretensiones, el reconviniente adujo que el 7 de marzo de 2012, Vivarco S.A. le remitió una oferta económica con el fin de adquirir los predios “Las Delicias” y “Portugal–Las Delicias”, en los que desarrollaría un proyecto inmobiliario. En lo basilar, recordó los términos de la negociación, ya expuestos, con énfasis en que fue esa demandada quien replanteó las condiciones y dispuso el clausulado del contrato, en el que luego se hizo parte la sociedad CMS+GMP Asociados S.A.S.

Adujo que fueron las desarrolladoras quienes incumplieron el Acuerdo al (i) subcontratar y delegar sus obligaciones contractuales; (ii) no desplegar las gestiones necesarias para alcanzar el punto de equilibrio dentro del término otorgado para ejercer la opción de compra; (iii) modificar, unilateralmente, el área de la 1ª etapa del proyecto, lo que implicó ajustar el precio de la tierra; (iv) no adelantar la etapa de pre-ventas a través de un encargo fiduciario, y (v) negarse a pactar el valor de los terrenos.

Añadió que sus demandadas infringieron los deberes de información, asesoría y claridad al cambiar la estructura del negocio jurídico y redactar cláusulas confusas respecto del momento en el que el señor Hennessey



debía transferir la propiedad de los predios; que incumplieron el deber de lealtad y buena fe, pues se aprovecharon de su inexperiencia en el área de promoción, desarrollo y construcción de proyectos inmobiliarios; y que abusaron de su posición dominante al señalar que la utilidad esperada por el reconviniente dependía de alcanzar el punto de equilibrio en cada etapa del proyecto, lo mismo que al imponer la constitución de una “fiducia de parqueo” y, posteriormente, sus términos.

Finalmente, manifestó que el párrafo 1º de la cláusula 9ª del Acuerdo, modificado por el otrosí No. 2, era nulo porque contenía una promesa de contrato indeterminada, dado que no se estipuló la fecha en la que debía celebrarse el “fideicomiso de parqueo”; y como ese artículo refería el valor de los terrenos, su validez quedaba comprometida por la forma en la que había sido interpretado y ejecutado por las desarrolladoras.

6. Las sociedades reconvenidas resistieron tales súplicas, para lo cual alegaron “inepta demanda por falta de los requisitos formales – el demandante no expresa sus pretensiones con precisión y claridad”; “indebida acumulación de pretensiones”; “cumplimiento del principio de buena fe y de los deberes derivados del mismo – inexistencia del dolo”; “los deberes de los profesionales planteados por el demandante no están a cargo” de las demandadas; el “acuerdo contentivo del proyecto de desarrollo urbanístico y construcción de la finca ‘Las Delicias’, celebrado entre Francisco Hennessey Echeverri y Vivarco S.A. no es un contrato de adhesión”, pues las convocadas “no ostentan una posición dominante y no hay cláusulas abusivas”; “improcedencia de la acción de nulidad – prescripción anulabilidad del contrato”; “inexistencia de promesa de contrato”; “inexistencia de abuso de derechos contractuales”; “el señor



Francisco Hennessey actúa en contra de sus propios actos”; “cumplimiento del acuerdo contentivo del proyecto por los desarrolladores”, e “inexistencia de perjuicios” (fl. 346, cdno. 3).

EL LAUDO ARBITRAL

El árbitro declaró que el señor Hennessey incumplió el Acuerdo y sus “otrosí”, al negarse a constituir la “fiducia de parqueo”, razón por la cual lo condenó a pagarle a sus convocantes \$1.693’239.188,00, por concepto de daño emergente, distribuida entre ellas en las cuantías que precisa la providencia aclaratoria. Respecto de la demanda de reconvención, declaró (a) la existencia del Acuerdo suscrito entre las partes el 10 de mayo de 2012, así como de la opción de compra; (b) que las demandadas ejercían actividades especializadas de promoción, desarrollo y construcción de proyectos inmobiliarios; (c) que el señor Hennessey no tenía experiencia en la materia y, por tanto, no ostentaba la condición de profesional en esa área, quien tampoco había prometido en venta el inmueble objeto del contrato, durante la vigencia de la opción de compra.

Para arribar a esas conclusiones, el juzgador halló probado el contrato, algunas de cuyas cláusulas destacó, al igual que su naturaleza mercantil, bilateral y atípica, tras lo cual analizó el postulado de la autonomía de la voluntad, según lo establecido en los códigos civil y de comercio.

A continuación se ocupó de las estipulaciones relativas a la constitución de la “fiducia de parqueo”, para señalar que, al suscribir el “otrosí” No. 2, las partes modificaron el Acuerdo inicial eliminando la opción de compra y obligándose a constituir el fideicomiso referido, mediante el cual “el convocado le debería transferir, a título de fiducia mercantil a Alianza



Fiduciaria, los bienes objeto del contrato” (fl. 359, cdno. 3); que si bien es cierto que el señor Hennessey no debía suscribir la escritura pública el 6 de mayo de 2016, a las dos (2) de la tarde –pues esa fecha y hora habían sido determinadas unilateralmente por las desarrolladoras-, también lo era que en misiva de esa misma fecha se negó a cumplir con su obligación principal de constituir el fideicomiso referido (fl. 383, ib.); que mediante el “otrosí” No. 1, los contratantes pactaron que debían fijar un precio mínimo para el terreno, siempre y cuando el porcentaje establecido sobre las ventas fuera insuficiente para cubrir ese monto, lo que significaba que dicha obligación estaba sujeta a una condición suspensiva, y que para el momento en que el convocado se negó a firmar la escritura, no era posible acordar un precio mínimo sobre el predio, pues el porcentaje únicamente podría calcularse cuando se realizaran las ventas (fl. 384, ib.).

Añadió que las convocantes principales cumplieron con las obligaciones establecidas en las cláusulas 1ª, 3ª y 4ª del contrato, pues adelantaron los estudios y diseños del proyecto, tramitaron y obtuvieron permisos y licencias y se encargaron de las actividades necesarias para la gestión de preventas de la primera etapa; que no se les podía exigir el cumplimiento de la cláusula 5ª –la comercialización de las unidades inmobiliarias a través del encargo fiduciario-, porque el negocio se frustró ante el incumplimiento del señor Hennessey.

Adujo que no se trató de un contrato de consumo, porque su objeto no estuvo dirigido a la adquisición de un producto, bien o servicio, como tampoco de adhesión, en los términos de la Ley 1480 de 2011, por lo que no existían cláusulas abusivas; puntualizó que el demandado no podía calificarse como consumidor o usuario, y que las modificaciones hechas al



contrato inicial no fueron impuestas por las convocantes, puesto que resultaron del acuerdo de voluntades.

Precisó que las cláusulas no eran ambiguas; que no se probó el dolo de las sociedades desarrolladoras, quienes, por cierto, no incumplieron con sus deberes profesionales; que no medió prueba de su posición dominante, ni contractual ni en el mercado, y que no existía nulidad en las estipulaciones del negocio jurídico.

Finalmente, manifestó que el incumplimiento del señor Hennessey configuró la condición resolutoria tácita, motivo por el cual lo condenó a pagar perjuicios, reducidos al daño emergente, pues el lucro cesante no se demostró.

EL RECURSO DE ANULACIÓN

El recurrente invocó la causal 7ª de anulación, prevista en el artículo 41 de Ley 1563 de 2012, porque el laudo se profirió en conciencia o equidad.

Relató que si el árbitro consideró incumplida la obligación de hacer, consistente en no celebrar el contrato de “fiducia de parqueo” con Alianza Fiduciaria, debió aplicar el artículo 1611 del Código Civil y estudiar la nulidad pretendida al amparo de esa disposición, pues en la promesa de contrato no se determinó el plazo en el que debía constituirse el fideicomiso, por lo que el negocio jurídico no nació a la vida jurídica.

Agregó que el laudo declaró su incumplimiento en contravía del material probatorio, pues la constitución del patrimonio autónomo de “parqueo” estaba sujeto a una condición suspensiva que no se verificó, y, por último,



concluyó que el árbitro dispuso que los intereses moratorios se pagaran desde la firmeza del laudo, pese a que la mora despuntó con la notificación del auto admisorio (CGP, art. 94), lo que revelaba que el laudo se profirió en conciencia y no en derecho.

CONSIDERACIONES

1. Es asunto averiguado que el laudo puede ser en derecho, en equidad o técnico (Ley 1563 de 2012, art. 1), según que los árbitros soporten su decisión en el derecho positivo vigente, en el sentido común y la equidad, o en sus específicos conocimientos en una determinada ciencia, arte u oficio. Dicho de manera breve, si el arbitraje es en derecho, los árbitros, como los jueces del Estado, se encuentran sometidos al imperio de la ley (art. 230, C. Pol.), por lo que su decisión debe materializar el sentido de justicia plasmado por el legislador en las normas que expide, a las cuales debe plegarse; por el contrario, en el arbitraje en equidad, el juzgador puede decidir según las normas que le dicte su conciencia, conforme a su personal sentido de la justicia y con abstracción del ordenamiento jurídico vigente.

Sobre el particular esta Corporación ha puntualizado que,

“Como es sabido, los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley (art. 230 C. Pol.), lo que significa, entre otros aspectos de notoria relevancia, que a través de sus fallos los juzgadores materializan el concepto de justicia incorporado en las normas jurídicas de alcance general. Sin embargo, el propio legislador ha autorizado a las partes en un litigio para que, de común acuerdo, le otorguen dispensa al juez o al árbitro para fallar en equidad, como lo prevén los artículos 38,



numeral 1º del C.P.C., y 1º, inciso 2º, del Decreto 2279 de 1989, modificado por el artículo 111 de la Ley 446 de 1998.

“En esos específicos eventos, pueden los jueces adoptar su decisión al amparo de las reglas que les dicte su conciencia para el caso particular, sin que la solución deba estar sujeta, de manera necesaria, al imperio de la ley. Con otras palabras, el fallo en equidad no es otra cosa que la justicia del juez, circunscrito a un determinado conflicto, por oposición a la justicia del legislador, que tiene vocación general. Desde luego que un pronunciamiento de esa naturaleza no puede traducir arbitrariedad, ni ausencia de razones, ni abandono del caudal probatorio. Simplemente el juez, sin las ataduras que le impone el derecho positivo, define el litigio a su prudente juicio, todo lo cual explica que no pueda existir sobre su sentencia un control por parte de otro juzgador, en cuanto no existen reglas objetivas que deban ser observadas”².

Luego tratándose de la causal séptima de anulación, prevista en el artículo 41 del estatuto arbitral, el recurrente debe darse a la tarea de evidenciar el desapego sustantivo del árbitro por la ley y la aplicación preferente de reglas particulares que den cuenta de la definición del conflicto a la manera de justicia por caso, sin que su laborío, por ende, pueda remitirse, en lo basilar, a debatir la valoración de la pruebas efectuada por el árbitro, como tampoco –en general- a la aplicación o la interpretación de la ley sustancial que consideraron pertinente para la solución del litigio, que es lo que, en últimas, planteó el señor Hennessey.

2. En efecto, de la simple lectura de los tres reproches formulados y, en general, de la censura propuesta, se advierte que, en últimas, el señor Hennessey discrepa abiertamente del planteamiento jurídico del árbitro, de su interpretación de la demanda y de la valoración que hizo del contrato, así como de ciertas pruebas, sin que se pueda sostener, en modo alguno, que

² Tribunal Superior de Bogotá, sentencia de 31 de marzo de 2004. Laudo Arbitral No. 0020040090 01. M.P. Marco Antonio Álvarez Gómez. Cfme.: CSJ, sent. de 29 de marzo de 1969.



el laudo se adoptó al amparo de la sabiduría personal del juzgador y no con apego a criterios jurídicos.

Obsérvese que el laudo se fundamentó (a) en normas jurídicas vinculadas al litigio (C.C., arts. 1534, 1536, 1551, 1618 a 1624, 1495; C. Co., arts. 1 y ss, 20 a 22, 822 y ss, 864, entre otros; Ley 1480 de 2011); (b) en antecedentes jurisprudenciales sobre obligaciones puras y simples y sometidas a condición; la relación de consumo, los contratos de adhesión y las cláusulas abusivas y ambiguas; el dolo y la buena fe en las relaciones contractuales; la posición dominante, el abuso del derecho, las consecuencias del incumplimiento y la reparación de perjuicios; (c) en doctrina relativa a obligaciones contractuales y, en general, a los temas referidos, lo mismo que (d) en un escrutinio –conjunto- de las pruebas recaudadas, sin que las consideraciones del árbitro luzcan subjetivas y antojadizas, menos aún de manera manifiesta, como lo exige la causal que se adujo, a la manera de reflexiones de su propia conciencia, ayunas de soporte legal y ajenas, por completo, al ordenamiento jurídico vigente.

Y como el Tribunal, se insiste una vez más, no puede ocuparse del fondo del asunto, ni de valorar las pruebas recaudadas, no le es dable, entonces, verificar si hizo bien el juzgador al declarar el incumplimiento contractual por parte del convocado principal, o si debió pronunciar la nulidad del negocio jurídico por no haberse señalado –de manera expresa- una fecha y hora para la constitución de la fiducia de parqueo, y menos aún si fue apropiado el ejercicio de valoración probatoria en lo que respecta a la calificación del acuerdo suscrito por las partes, la determinación de sus elementos esenciales y de las obligaciones principales que surgieron para ellas, así como del cumplimiento de las condiciones suspensivas a las que, según el árbitro, quedó sometida la obligación de celebrar la fiducia mercantil.



a. En este punto es útil destacar que si bien es cierto que en el párrafo 1º de la cláusula 4ª del otrosí No. 2, de 26 de marzo de 2015, los contratantes no determinaron el momento en el que se debía constituir la fiducia de parqueo y, por tanto, transferirse la propiedad del inmueble “Las Delicias”, a ello no le sigue, como se alega, que el árbitro falló en conciencia para declarar el incumplimiento del señor Hennessey, no sólo porque, si se miran bien las cosas, la discusión se torna probatoria, sino también porque, compártase o no su criterio evaluativo –asunto en el que no puede inmiscuirse el Tribunal-, lo cierto es que el juzgador, amparado en las pruebas recaudadas (específicamente en el contrato, sus modificaciones y las misivas de 15 y 18 de abril y 6 de mayo de 2016), halló probada “la intención del convocado de desconocer los términos acordados en el contrato” (fl. 377, cdno. 3), al condicionar unilateralmente el cumplimiento de su obligación principal hasta tanto se resolviera una discrepancia sobre el precio, pues, según la cláusula 2ª de ese “otrosí”, las partes se reunirían para estipular un valor mínimo por la tierra, siempre y cuando los porcentajes sobre las ventas fueran insuficientes para cubrirlo, situación que no se configuraba en este caso puesto que, para el momento en que el convocado se negó a suscribir el instrumento público, ni siquiera se había efectuado venta alguna. Cosa distinta es que el demandante en reconvención no comparta los argumentos expuestos por el árbitro.

Pero lo que es más relevante es que, si se miran bien las cosas, la censura del recurrente, desde la perspectiva de la causal que invocó, luce desenfocada por cuanto el árbitro, para comenzar, dejó claro que el contrato no era un “simple acuerdo de intención, ni mucho menos una promesa de compraventa”, sino que se trataba de un negocio jurídico “bilateral, oneroso, conmutativo, principal, de tracto sucesivo, innominado y atípico que involucra



obligaciones de otros contratos nominados, tales como la opción..., respecto del cual no se ha encontrado ilegalidad alguna ni causa de nulidad” (fl. 356, cdno. 3), por lo que, descartada su configuración como promesa de contrato -en lo que concierne a los terrenos-, la reclamación por no haberse aplicado el artículo 1611 del Código Civil se ofrece extraña a una causal dirigida a fustigar decisiones en conciencia.

Con otras palabras, no es que el árbitro haya dejado de advertir que del Acuerdo en cuestión despuntó una obligación de hacer. Ciertamente reparó en ella, no desconoció su existencia e incluso fustigó al demandado por no cumplirla. Así, por lo demás, lo reconoció el recurrente, sólo que para él ese deber de prestación que tiene por objeto la celebración de otro negocio jurídico (en este caso la fiducia mercantil de parqueo), no es más que una promesa de contratar regulada por el artículo 1611 del Código Civil, que es norma imperativa. Empero, para el árbitro las cosas -en derecho- no necesariamente son así, porque esa obligación también puede surgir de un contrato atípico, que fue el que halló configurado, sin que por el hecho de razonar de este modo su laudo pueda tildarse como decisión en conciencia.

Incluso, en el entendimiento del árbitro la obligación de celebrar el contrato de fiducia mercantil de parqueo, como principalísimo deber de prestación del señor Hennessey -único que podía transferir la propiedad, sin que las sociedades convocantes tuviesen injerencia-, quedó, en todo caso, sometida a dos condiciones suspensivas tácitas y mixtas: la primera, que Alianza Fiduciaria aceptara contratar, y la segunda, que hubiese acuerdo sobre los elementos esenciales del negocio fiduciario, argumento tras el cual concluyó que, “cumplidas las condiciones suspensivas, el CONVOCADO no celebró el contrato de fiducia mercantil”, y por eso incumplió su obligación principal (fls. 370, 386 y 494, cdno. 3). Luego la censura que reclamó por no



haberse parado mientes en la ausencia de plazo, también se ofrece desenfocada, tanto más en el estrecho marco de la causal séptima de anulación de laudos.

b. Ahora, si el arbitro acertó o no en la valoración de las pruebas que le permitieron concluir que se cumplieron los hechos futuros y contingentes en que consistían las tales condiciones, no es asunto que el Tribunal pueda abordar en sede de anulación, menos aún bajo dicho motivo.

Y aunque el recurrente hace un encomiable esfuerzo por resaltar que “no se trata de un cuestionamiento a la valoración probatoria”, no puede evitar fustigarle al arbitro haber dado por probado el hecho “sin que este encuentre un sustento probatorio...” (fls. 553 y 554, cdno. 3). Y si, entonces, la inconformidad concierne a la prueba del hecho, el acierto o desacierto del árbitro en esa materia no dice, por sí sólo, que resolvió el pleito en equidad.

c. De otra parte, nótese que el juzgador, para determinar el momento a partir del cual el señor Hennessey se constituyó en mora, sí tuvo en cuenta los artículos 94 del Código General del Proceso, 1608 y 1615 del Código Civil, al punto de señalar que en ella incurrió desde la notificación del auto admisorio de la demanda. Con todo, precisó que las sociedades convocantes habían sido equívocas al formular sus pretensiones, por referir momentos distintos, razón por la cual accedería a la sexta súplica subsidiaria para declarar, como fue pedido en ella, que tales réditos se causarían desde la firmeza del laudo (fls. 488 y 489, cdno. 3). Luego no hay aquí fallo en conciencia, menos aún esplendente.

Llegados a este punto es útil destacar que el árbitro, aun cuando debe resolver el litigio en derecho, como aquí se hizo, está habilitado para exponer



razones de equidad en orden a justificar su decisión, porque así lo autorizan la Constitución Política –cuyo artículo 230 establece que “la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”- y el Código General del Proceso, puntualmente el artículo 280, conforme al cual la sentencia –léase laudo- debe contener una “explicación razonada de las conclusiones” sobre las pruebas, lo mismo que “los razonamientos constitucionales, legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones...” (se subraya). Luego la equidad no es extraña a la sentencia judicial; por el contrario, es de su cuño, sólo que, salvo excepciones, no debe ser la columna vertebral de la decisión.

Y como en este caso el árbitro único se plegó -en lo estructural- a las directrices trazadas en el ordenamiento jurídico, no es posible afirmar que falló exclusivamente en equidad.

Puestas de este modo las cosas, se declarará infundado el recurso, con la correspondiente condena en costas.

DECISIÓN

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, en Sala Primera Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara infundado el recurso de anulación interpuesto contra el laudo arbitral de 25 de octubre de 2019, emitido dentro del proceso adelantado por Vivarco S.A. y CMS+GMP Asociados S.A.S. contra Francisco Antonio Hennessey Echeverri.

República de Colombia



*Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil*

Condenar en costas del recurso a la parte impugnante. El Magistrado Sustanciador fija como agencias en derecho la suma de \$2'500.000,oo.

NOTIFÍQUESE

ADRIANA AYALA PULGARÍN

Magistrada

RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado

Firmado Por:

**MARCO ANTONIO ALVAREZ GOMEZ
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 006 CIVIL DE BOGOTÁ D.C.**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

86e6f076d208c979e04619c2814f1042fcc781ea2a92a9c8310cb64680288b48

Documento generado en 21/07/2020 03:01:51 p.m.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA CIVIL

MAGISTRADA PONENTE

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

Bogotá D.C., veintiuno (21) de julio de dos mil veinte (2020)

**ASUNTO: PROCESO VERBAL DE LA SEÑORA NECTALINA
KARINA CONSTANTE GARCIA Y OTRA CONTRA LA SOCIEDAD
MÉDICOS ASOCIADOS S.A. Y OTROS.**

RAD. 22 2015 00607 01

*Sentencia escrita de conformidad con lo previsto en el artículo 14 del
Decreto Legislativo 806 de 2020*

Sustentados los reparos, se decide el recurso de apelación que interpuso la parte demandada contra la sentencia que profirió el Juzgado 22 Civil del Circuito el 1º de octubre de 2019.

I. ANTECEDENTES

1. Conforme a la reforma de la demanda, la señora Nectalina Karina Constante García, en nombre propio y en representación de su menor hija Valerie Sofia Constante García, formuló demanda ordinaria en contra de la sociedad Médicos Asociados S.A. – Clínica Federman y Salud Total EPS S.A., para que se declare que los demandados son responsables civilmente de los daños y perjuicios a ellas ocasionados, en

razón a la negligencia y mala praxis en la atención de la menor, al ordenar unos exámenes tardíamente que ocasionó la pérdida de la visión de la infante.

Como consecuencia de lo anterior pide condenar a los demandados a la suma de \$ 747.570.000 “*como indemnización de los perjuicios materiales a título de daño emergente e inmateriales en su carácter de lucro cesante*”, monto que al estimarlo bajo juramento lo discriminó así: **i)** lucro cesante \$ 440.765.440; **ii)** daño emergente \$177.964.600; y **iii)** daños morales 100 SMLV en favor de los familiares de primer grado y ese mismo monto para parientes del segundo grado.

2. Las pretensiones se sustentaron en los hechos que pasan a compendiarse:

2.1. La accionante Nectalina Karina Constante García ingresó por urgencias a la clínica Federman el 8 de octubre de 2012, con 28 semanas de gestación, presentando dolor de cabeza, hinchazón de pies y una tensión arterial de 208 de mmgh, lo que conllevó a su hospitalización y desembarazo al día siguiente por presentar preeclamsia severa.

2.2. Una vez nacida la niña le practicaron los exámenes “normales” que le realizan a un bebé nacido a término, olvidando su situación de bebé prematuro que requería de un tratamiento detallado y riguroso, y olvidaron practicarle el examen oftalmológico para detectar la retinopatía de la prematuridad, cuya atención procedía desde los mismos protocolos de la unidad de cuidados intensivos neonatales.

2.3. Que, de acuerdo con la historia clínica, el citado examen se le ordenó el 20 de noviembre de 2012 y luego el 11 de diciembre de ese año, pero sólo se realizó el 26 de diciembre de los mismos, es decir 76 días después de su nacimiento.

2.4. Que dicho examen se le practicó por el retinólogo David García, de Médicos Asociados S.A., quien le diagnosticó a la menor la retinopatía de la prematuridad, ordenando la operación dentro de las 48 horas para no perder la visión, pero sólo se llevó a cabo 120 horas luego, lo que produjo ese resultado.

2.5. Que la pérdida de la visión de la menor fue producto de la negligencia, mala praxis y descuido por parte de la EPS a la que se encontraba afiliada y del centro médico que la asistió, las que son responsables de las secuelas irreparables y de por vida en la menor, así como el duro trabajo que tendrá que sobrellevar su madre, quien tuvo que renunciar a su trabajo para dedicarse al cuidado de la menor, irse a vivir a Ciénaga, donde es difícil conseguir empleo, situación que la obligó a permanecer en casa de sus familiares, lo que le ha generado graves crisis de depresión, con pensamientos suicidas, pero que se ha fortalecido por los consejos de amigos y familiares.

2.6. Que la señora Nectalina puso esa situación en conocimiento de la Secretaría Distrital de Salud, quien el 20 de mayo de 2014 formuló pliego de cargos contra la sociedad Médicos Asociados – Clínica Federman -.

2.7. Y, finalmente, que la menor se verá enfrentada a vivir una vida de cuasi invidente, discriminada por su situación física, todo generado por la negligencia de las demandadas.

3. Por auto de 9 de noviembre de 2015¹, el juez de conocimiento admitió el libelo, determinación de la que se enteró la sociedad demandada **Médicos Asociados** en forma personal², quien por conducto de apoderado enervó las súplicas y enunció los medios exceptivos de mérito que nombró: *“Obligaciones de medio y no de resultado en el ejercicio médico; inexistencia de la obligación de indemnizar; inexistencia de responsabilidad civil; y la genérica”* [Folio 103 y ss., cuaderno 1]

Así mismo llamó en garantía a la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A.- Confianza -, el que se rechazó al no ser subsanado. [Cuaderno 3]

La Entidad Prestadora de Salud, **Salud Total E.P.S.**, tras notificarse de la admisión del libelo, planteó las excepciones que denominó: *“Los hechos y pretensiones de la demanda no son de responsabilidad de Salud total EPS-S S.A. dado el cumplimiento de sus obligaciones como entidad prestadora de salud; la entidad Médicos*

¹ Folio 42, cuaderno 1.

² Folio 76, cuaderno 1.

Asociados propiedad de la Clínica Federman virtud (sic) del contrato suscrito con Salud Total EPS-s se hace responsable del reconocimiento de perjuicios que se produzcan en el cumplimiento del contrato de servicios de salud; los actos médicos suministrados en la Clínica Federman se encuentran acordes con la lex artis; inexistencia de nexo de causalidad entre el actuar de CPO S.A. (sic) y los daños alegados por los demandantes; la obligación de los médicos es de medio y no de resultado; y la innominada” [Folio 138, cuaderno 1]

Así mismo llamó en garantía a: **i)** a la Sociedad Médicos Asociados S.A., llamado que fue admitido y no contestado. [Folio 128 y ss., cuaderno 4]; **ii)** Chubb de Colombia Compañía de seguros S.A., quien coadyuvó las excepciones de mérito que propuso la demandada Salud Total EPS; promoviendo además las que denominó: “*inexistencia de responsabilidad de la demandada Salud Total EPS-S e inoperancia del contrato de seguro Póliza No. 43058180; inexistencia de siniestro aplicable a la póliza No. 43058180; límite de responsabilidad de la póliza; y la genérica*” [Folio 35 y ss., cuaderno 5]

4. Por auto del 19 de mayo de 2019, el juzgado de conocimiento señaló fecha para celebrar la audiencia de que trata el artículo 373 del Código General del Proceso, haciendo tránsito la actuación a la nueva normatividad procesal [Folio 606, cuaderno 1A]

5. Surtido el trámite procesal correspondiente el Juzgado de instancia profirió sentencia en la que declaró NO probadas las excepciones de mérito propuestas por las demandadas y, en consecuencia, las declaró civilmente responsables de los perjuicios causados, condenándolas al pago del daño moral, a partir del daño generado como consecuencia de la pérdida de oportunidad de los exámenes médicos de oftalmología que condujo a la ceguera de la infante, \$80.000.000,00 para ésta, y \$ 40.000.000,00 para su progenitora, junto con un interés del 6% anual a partir de la ejecutoria del fallo. Así mismo dispuso que Médicos Asociados debería reembolsar a Salud total los dineros que producto de la indemnización, ésta tuviera que pagar.

De igual forma, declaró probada la excepción que la compañía de seguros propuso frente al llamado que le hiciese Salud Total, referido a “*eventos excluidos de la póliza*”, condenándola al pago de las costas, entre, otras determinaciones.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Comenzó por hacer un resumen de la actuación; luego se refirió a los presupuestos procesales, que encontró probados, al igual que la legitimación en la causa de las partes.

Enseguida se planteó como problema jurídico el establecer si las demandadas son responsables de la pérdida de la visión de la menor con ocasión de la ausencia de valoración más temprana por la especialidad de oftalmología. Para resolver ese problema citó el artículo 5 de la ley 23 de 1981; luego teorizó, citando jurisprudencia, sobre las obligaciones de medio de resultado de los profesionales de la medicina, concluyendo que, en todo caso, el demandante debe demostrar la culpa del galeno.

Al descender al caso concreto, dijo que los elementos probatorios acreditaban la culpa de las demandadas, porque con ocasión de la prestación del servicio médico brindado a la menor, que nació prematura, omitió efectuar una valoración oftalmológica más temprana que condujera al procedimiento de fotocoagulación retiniana, durante el tiempo que permaneció en la unidad de cuidados intensivos de la clínica Federman; conducta que en aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad fue la causa generadora de los perjuicios que se reclaman, con ocasión de la retinopatía de la prematuridad que fue la que desencadenó la ceguera de la menor, cuadro clínico que se generó por la inobservancia de la lex artis por parte de los profesionales que trataron a la infante.

A continuación se refirió a la teoría de la pérdida de oportunidad, citando al efecto la sentencia del Consejo de Estado 2000 00645 del 5 de abril de 2017; para así considerar que en este asunto están presentes los elementos de responsabilidad que la doctrina exige para predicar responsabilidad de las demandas, toda vez que la hipótesis descrita en el libelo que indica que la negligencia y mala praxis de Médicos Asociados – Clínica Federman, fue la desencadenante de la deficiencia visual permanente de la niña, como se deduce de la historia clínica, el dictamen pericial y la constancia de la actuación administrativa de la Secretaría Distrital de Salud, de donde se extracta

que dicha atención no se verificó conforme a las reglas propias de la profesión.

Adicionó que no se puede pasar por alto la pérdida de oportunidad que representa el examen de la retinopatía de la prematuridad que debía practicarse a partir del 20 de noviembre de 2012, oportunidad que se extinguió de manera irreversible.

En cuanto a la atención médica de la madre, no encontró reproche, pero sí en el de la menor quien, conforme a la historia clínica, nació prematura extrema, cianótica, hipotónica, sin esfuerzo respiratorio, cuadro que condujo a la intubación oro traqueal, al observar los profesionales hipotonía con pobres reflejos que conllevaron a la internación en la unidad de cuidados intensivos de neonatos, con el siguiente diagnóstico:

“Recién nacido prematuro extremo de 24.2 de semanas, síndrome de dificultad respiratoria, enfermedad de la membrana heliantina, más falla ventilatoria, más apgar recuperado, más múltiples riesgos por prematuridad extrema, displasia broncopulmonar, se entuba y se ingresa para manejo multidisciplinario a la UCI.... el 15 de octubre se le practicó una ecografía trasfontanelar que permitió determinar discreta ventricumegalia sin sangrado epidurmario, también se le practicó un electrocardiograma que estableció ductos arterio permeable de dos 2 milímetros con leve percusión hemodinámica por lo que los médicos tratantes deciden cierre farmacológico del ductus permeable con voltaren. Se observa que el 20 de octubre la paciente entró en estado crítico que requirió aumento de flujo metabólico y trasfusión y cierre farmacológico del ductus arterioso estado persistente que continuó hasta el 23 de octubre de 2012 sin posibilidad de extubacion hasta el 29 de octubre de 2012 cuando la menor reveló cierta mejoría, fecha en que se inició protocolo de entubación desmatozona y amofilina procedimiento que culminó el 31 de octubre de 2012, fecha que se dispuso extubarla con recomendaciones médicas estrictas. Observa el despacho que el 7 de noviembre de 2012, fecha en que completó 29 días de vida, aún era dependiente de oxígeno sin aumento de patrón respiratorio y continuaba en plan de recuperación nutricional. Aquella deficiencia se agravó el 16 el noviembre de 2012 en momento en que se verificó que aún era una paciente con alto riesgo de presentar falla respiratoria por prematures extrema, cursando con displasia broncopulmonar severa. En rx de tórax se descartó neumonía o atelectasia alto riesgo de reintubación . El 20 de noviembre de 2012, la recién nacida aún continuaba con displasia broncopulmonar y oxígeno prolongado y aunque había ganado peso se dictaminó protocolo de mínima manipulación por ostomología. El 24 de noviembre de 2012 sobre la neonata se evidenciaron signos de riesgo por enfermedad cardiovascular originados en taquicardia con aumento de presión cardíaca que hizo necesaria la toma de radiografía de tórax que reportó imágenes de infiltrados intersticiales... y por factores de riesgo se decide iniciar tratamiento con antibiótico intravenoso previa toma de hemocultivos, urocultivos y cultivos de punta de catéter. Al día siguiente se dictaminó que la niña presentaba un elevado riesgo de complicaciones y muerte por prematures extrema y sepsis tardía nosocomial severa por lo que 26 de noviembre de 2012 se realizó una reentubacion orotraqueal por compromiso respiratorio severo con signos de sepsis nosocomial junto con una anemia severa... lo cual hizo necesario una transfusión de glóbulos rojos. Finalmente, el 12 de diciembre la paciente es dada de alta y se permite su salida del centro asistencial con control ambulatorio en 72 horas, se dejó constancia que salió viva, sin ictericia y sin signos clínicos inflamatorios, sale con oxígeno domiciliario”.

Adujo el funcionario que, al margen de la atención brindada para preservar la vida de la infanta, sólo hasta el 11 de diciembre de 2012 se solicitó valoración por oftalmología pediátrica pese a que, desde el 20 de noviembre de 2012, junto con el protocolo de mínima extrema

manipulación, se ordenó un control por oftalmología, examen que se realizó hasta de 26 de diciembre de 2012.

Adicionó que con la actuación administrativa adelantada por la Secretaria Distrital de Salud contra Médicos Asociados y la clínica Federman, se les llamó atención porque la valoración por oftalmología se hubiera podido realizar el 20 de noviembre.

Resaltó que el dictamen que rindió la facultad de medicina de la Universidad Nacional desde la especialidad de la oftalmología pediátrica se explica que:

“la paciente fue prematura extrema y con retardo de crecimiento intrauterino y por tal motivo tenía un alto riesgo de mortalidad relacionado con la prematuridad extrema misma y agravado por el retardo intrauterino que presentaba en el momento de nacimiento la condición de prematuridad extrema, bajo peso que implicaba que desde el punto de vista oftalmológico un alto riesgo de desarrollar retinopatía de la prematuridad umbral, que ocurre en bebés prematuros que afecta al desarrollo de los vasos sanguíneos de la retina dando como resultado el desarrollo de la anomalía de los vasos sanguíneos, que en su forma más severa produce tracción y desprendimiento de la retina que aun en las condiciones ideales en cualquier parte del mundo los pacientes que presentan esta grave enfermedad y que llegan al punto de requerir el tratamiento ya mencionado sólo el 50% tiene evolución favorable, en los restantes la enfermedad continúa su curso a pesar del tratamiento y lleva a deterioro visual severo y a la ceguera total. Si la enfermedad no se trata lleva a ceguera total al 100% de los pacientes.”

Al punto, consideró que Médicos Asociados no ofreció un manejo especial en la unidad de cuidados intensivos neonatales a la recién nacida en lo que se refiere a los exámenes de oftalmología, teniendo en cuenta que si bien estaba de por medio un cuadro clínico complejo con ocasión a su nacimiento prematuro lo cierto es que las demandas no demostraron que el procedimiento de mínima manipulación que determinaron los galenos impidiera la realización de ese examen para verificar la retinopatía, más aun cuando para el 20 de noviembre de 2012 fecha en que se determinó la observancia de dicho protocolo los mismos galenos sugirieron control por oftalmología.

Agregó que es cierto que según la opinión de los médicos tratantes la realización de ese examen no podía verificarse al momento mismo del nacimiento ni siquiera en las semanas subsiguientes como quiera que científicamente en caso de bebés prematuros extremos ello solo es posible hasta cuando se superara la semana 31 de gestación lo que ratifica el experto que realizó el dictamen, empero la menor alcanzó el equivalente a 32 semanas gestacionales el 4 de diciembre de 2012.

Reiteró que según la historia clínica de la menor, para el 20 de noviembre de 2012 se pidió la comentada valoración por oftalmología sin que se encuentre justificado probatoriamente por qué no se realizó en los días subsiguientes, pese a que en ese entonces la menor ya había alcanzado la edad gestacional de 31 semanas lo que hacía viable ese examen, para corroborar o descartar la presencia de la retinopatía y para corregirla, servicios que de haberse presentado en una época más temprana hubiesen ofrecido a la menor una elevada posibilidad de conservar la visión. Que el examen que se le practicó el 26 de diciembre de 2012 arrojó la necesidad de practicar el examen de foto coagulación retiniana con láser, que el 28 de diciembre la progenitora solicitó la autorización y que al practicársele el mismo se encontró en estado muy avanzado la retinopatía con alto riesgo de desprendimiento de la retina con pronóstico reservado.

Consideró que hubo negligencia y mala práctica médica por parte de Médicos asociados al apartarse de la *lex artis* y los protocolos establecidos para esa clase de eventualidad, de ahí que resultaba necesario declarar su responsabilidad en razón a que las fallas en la prestación del servicio contribuyeron eficazmente a la pérdida de la visión de la menor.

En cuanto a la tasación de perjuicios, consideró que el daño emergente y el lucro cesante quedaron huérfanos de prueba razón por la cual los negó. Resaltó que la prueba testimonial que se recaudó ella da cuenta que Nectalina se retiró de su trabajo para darle una mayor atención a su gestación lo que implica que no es una consecuencia directa de la situación ventilada. En lo que corresponde al daño moral dijo que, conforme a las pruebas, el mismo tuvo trascendencia en la dolencia y en la aflicción.

Al analizar las excepciones que propusieron las demandadas, con fundamento en la argumentación sobre su responsabilidad, las dio por no demostradas, resaltando que conforme a la ley 100 de 1993 existe solidaridad entre la Eps y Ips.

En lo que atañe a la situación de la aseguradora, llamada en garantía, consideró que la póliza no cubre ni el lucro cesante ni los daños morales por lo que dio demostrada la excepción que en tal sentido promovió.

En cuanto al llamamiento en garantía que hizo Salud Total a Médicos Asociados, argumentó que, conforme al contrato entre ellos celebrado, de acuerdo con la cláusula segunda, dicha sociedad como contratista se hace responsable frente a terceros por los daños y perjuicios que llegare a ocasionar con la prestación de servicios; en consecuencia, como se condenará a Salud Total, Médicos Asociados deberá reembolsarle las sumas de dinero que llegaren a sufragar por tal condena.

III. EL RECURSO DE APELACION

A. La parte demandante apeló, mostró su inconformidad exclusivamente por el no reconocimiento del daño emergente y lucro cesante. Sobre ello expresó que como la demanda se presentó en vigencia del Código de Procedimiento Civil, su cuantía está en el juramento estimatorio; que en su momento también se pidió una prueba de peritaje, la que no se tuvo en cuenta al estar en vigencia el juramento estimatorio.

B. La demandada Salud Total EPS., por escrito reparó en lo siguiente:

i). Indebida valoración probatoria, se dio por ciertos eventos que incluso en pruebas como el dictamen pericial y las aportadas por la Secretaría Distrital de Salud, benefician la conducta imputada a esa EPS.

ii.) Repara en el dictamen pericial, al no satisfacer los requisitos del artículo 226 del CGP, lo que lo deja sin validez y en él se fundamentó en buena parte la sentencia, transcribe su contenido y conclusiones. Que la sentencia se fundamentó en la pérdida de oportunidad en el tratamiento, lo que no es cierto, como lo expresó el perito, el tratamiento se debía proveer tan pronto las condiciones de estabilidad en la salud del neonato lo permitan; que esas condiciones siempre fueron graves y delicadas y sólo permitían y obligaban al personal médico buscar su estabilidad y garantizar la sobrevivencia, la que finalmente se logró.

iii.) Indebida valoración de la historia clínica, que da cuenta que la menor nació en condiciones de salud muy difíciles y graves, condiciones no conocidas por la Clínica Federman, porque la gestante

acudió a controles en diferentes IPS; que ésta, conforme a su historia clínica y el relato de la testigo Cecilia Pérez, llegó a urgencias en estado muy delicado: con disfunción en la sangre, daño hepático y renal, con compromiso cerebral riesgo de convulsión, desprendimiento de la placenta la que sufrió varios infartos, edemas en los pies, todo ello pudo desencadenar el óbito fetal dentro del útero; había compromiso fetal por restricción del crecimiento intrauterino, bajo peso; y que también todas esas patologías pudieron ocasionar la muerte de la madre quien padecía de preclamsia.

Que las condiciones de salud obligaban a los médicos a concentrar esfuerzos en salvarle la vida, *“y lo fue tal que incluso se dispuso ordenar valoración por oftalmología, pero es aquí donde el fallador omite tener presente lo dicho por los galenos que atendieron a la menor esto es que requería de mínima manipulación y lo anotado por el perito médico al anotar respecto de tal tratamiento se debía proveer **tan pronto las condiciones de estabilidad se (sic) salud del neonato lo permitan**”*

Que la historia clínica de la madre muestra su situación grave de salud, así como la de la menor, las que no fueron valoradas,

iv.) Indebida valoración del concepto y sanción de la Secretaría de Salud, que pese a la amonestación reconoció que *“se tuvo en cuenta que el estado de la paciente durante su hospitalización fue en todo momento grave y el manejo se consideró adecuado y oportuno, ya que se logró el desarrollo y crecimiento de un paciente prematuro extremo y cuyas posibilidades de vida son escasas”* y que *“la falta de valoración por oftalmología no influyó en el tratamiento y no varía la posible patología que pueda presentar el recién nacido ya que presentó una patología pulmonar severa que de no ser tratada hubiera causado la muerte del mismo...”*

Que lo anotado evidencia que el juez de instancia no valoró de manera objetiva el material probatorio recaudado, en lo que en ellas favorecía a la EPS.

v.) Inexistencia de prueba técnica y/o sumaria con la cual se establecieron los montos tasados como perjuicios materiales y morales. No existe en el expediente dictamen pericial o informe financiero que acreditaran las cuantías pedidas; que el retiro del trabajo de la

demandante, conforme a la prueba testimonial, fue para cuidar de su embarazo; y que el juramento estimatorio no es plena prueba de los perjuicios materiales.

C. Médicos Asociados S.A. En audiencia expresó que no comparte la valoración probatoria dada tanto al dictamen pericial como a los documentos que obran en el expediente provenientes de la secretaria de salud y que hacen alusión a una sanción impuesta a médicos asociados. Igualmente, a la valoración probatoria de la historia clínica de la menor por parte de la Clínica Federman.

Por escrito insistió en que:

i) El fallador de instancia no adelantó un juicioso análisis de la historia clínica de la gestante Nectalina Karina Constante en la Clínica Federman de propiedad de Médicos Asociados S.A., destacando que no se evidencia dentro del plenario ni tampoco de la contradicción del dictamen pericial, las semanas postnatales que debía tener la recién nacida para realizarse la fotocoagulación con láser.

Que en la historia clínica de la gestante se reseñó que tenía un embarazo de 27.2 semanas, y en la de la menor *“Recién nacido pretérmino extremo de 24.2 semanas + síndrome de dificultad respiratoria por enfermedad de membrana hialina + falla ventilatoria + apgar bajo recuperado + múltiples riesgos por prematuridad extrema.”*

Que el perito experto en oftalmología pediátrica, pese a que se le insistió en la audiencia definir las semanas postnatales en que la paciente tenía que recibir el tratamiento oftalmológico, se abstuvo, diciendo que ello corresponde al pediatra o perinatologo definirlo, empero concluyó que *“De acuerdo a los hallazgos del Dr. Acevedo, quien realizó el tratamiento quirúrgico de la paciente, el estadio de la enfermedad era efectivamente retinopatía umbral y el tratamiento prescrito y realizado era el adecuado y realizó a tiempo”.*

ii) Que el fallador no tuvo en cuenta que la presunta demora en la realización del tratamiento para la retinopatía de la prematuridad, no obedeció a la IPS, que una vez se ordena el tratamiento 26 de diciembre es autorizado el 29 y realizado el día 30; que con anterioridad a esa fecha no le presentaron orden médica de tal procedimiento.

iii) Se obvió del análisis probatorio la condición de prematuridad extrema de la recién nacida, que requirió manejo en UCI neonatal, con los diagnósticos ya citados, que hubo necesidad de intubar, requiriéndose que cumpliera las semanas postnatales cercanas a 36-40 para adelantar el procedimiento oftalmológico.

Conforme lo autorizó el Decreto legislativo 806 de 2020, en su artículo 14, a las partes se les corrió traslado para sustentar los reparos a través del auto del 11 de junio de 2020, llamado al que acudieron oportunamente los apelantes, como lo certificó la secretaria de la Sala Civil y así se evidencia en los correos electrónicos.

IV. CONSIDERACIONES

1. Conviene poner de presente, para empezar que, al haberse promovido la alzada por ambas partes, implica que la apelación pueda ser decidida por el Superior “*sin limitaciones*”, según lo enseña el artículo 328 del Código General del Proceso, es decir, la competencia es panorámica en la medida de que no quedó restringida a los puntos materia de disenso; de ahí que ésta sea la dinámica que deba adoptar la Sala para resolver el asunto puesto en consideración.

2. Así mismo, se encuentran presentes la capacidad de las partes para acudir al proceso, la demanda en forma y la competencia del juez para tramitar y decidir la instancia, se tiene que al plenario confluyen los denominados presupuestos procesales lo que, aunado a la ausencia de vicio con idoneidad anulatoria, permite proferir la decisión que de esta Sala se reclama.

3. De igual forma, anticipa que no se atenderán las objeciones tardías que se le hacen al dictamen pericial, así como al perito, en razón a que en este asunto se designó una persona jurídica para esa labor, como es la Universidad Nacional de Colombia, quien designó al profesional que se encargó de rendir la experticia en los términos del artículo 234 del Código General del Proceso.

4. Ahora, como las pretensiones de la demanda se dirigen a obtener la declaratoria de responsabilidad civil de la Institución Prestadora de Salud – IPS – Médicos Asociados – Clínica Federman, así como la de la Entidad Prestadora de Salud Total EPS S.A., por los daños materiales y morales causados a las demandantes, *“con ocasión de la negligencia y mala praxis en los cuidados del parto de la niña, en especial en ordenar unos exámenes tardíamente, el cual género (sic) como vehículo causal un daño irreparable en la visión de la niña”*, se debe analizar lo relacionado con la responsabilidad derivada de la actividad médica ejecutada por las clínicas o instituciones hospitalarias de carácter privado, IPS, así como la de las Entidades Prestadoras de Salud, EPS, que contratan con ellas, en desarrollo del Plan Obligatorio de Salud.

En esa tarea, es preciso recordar que desde el momento en que la Ley 100 de 1993 creó y organizó el Sistema Integral de Seguridad Social, y como parte integrante del mismo el Sistema General de Seguridad Social en Salud, hizo partícipe del mismo a las entidades promotoras de salud (EPS)³ con el encargo de administrar ese sistema y, por lo tanto, deben seleccionar o escoger las entidades que prestan tales servicios, sin que nada impida que a través de las que sean de su propiedad brinden esa asistencia a los afiliados o usuarios en forma eficiente y oportuna, pues de no ser así esas instituciones están llamadas a responder civilmente por los perjuicios derivados del agravamiento del estado de salud que puedan sufrir sus pacientes.

5. De otro lado, como tradicionalmente lo ha comprendido la doctrina, los contratos celebrados con profesionales de la salud imponen obligaciones de medio por cuanto el médico no se compromete a curar o impedir la muerte del paciente, sino a poner a su disposición su conocimiento y experiencia, más no a obtener un resultado concreto o específico. Por consiguiente, corresponde al paciente desde el punto de vista procesal, demostrar la culpa como causa de imputación jurídica del daño, y la que ordinariamente consistente en el error, la impericia, la negligencia, la imprudencia o la omisión del profesional; tema sobre el cual la jurisprudencia ha precisado que:

“En la forma en que lo tiene establecido la doctrina y la jurisprudencia, en el campo de la responsabilidad civil el acto médico puede generar para el profesional que lo ejercita

³ Ley 100 de 1993. “Artículo 177. Definición. Las Entidades Promotoras de Salud son las entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía. Su función básica ser organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente Ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes Unidades de Pago por Capitación al Fondo de Solidaridad y Garantía, de que trata el título III de la presente ley.”

obligaciones de carácter indemnizatorio por perjuicios causados al paciente, como resultado de incurrir en yerros de diagnóstico y de tratamiento, ya porque actúe con negligencia o impericia en el establecimiento de las causas de la enfermedad o en la naturaleza misma de ésta, ora porque a consecuencia de aquello ordene medicamentos o procedimientos de diversa índole inadecuados que agravan su estado de enfermedad, o bien porque ese estado de agravación se presenta simplemente por exponer al paciente a un riesgo injustificado o que no corresponda a sus condiciones clínico – patológicas. A este respecto la jurisprudencia de la Corte, a partir de su sentencia de 5 de marzo de 1940 (G.J. Tomo XLIX, pág. 116) ha sostenido, con no pocas vacilaciones, que la responsabilidad civil de los médicos (contractual o extracontractual) está regida en la legislación patria por el criterio de la culpa probada, salvo cuando se asume una expresa obligación de sanación y ésta se incumple, cual sucede, por ejemplo, con las obligaciones llamadas de resultado; criterio reiterado en términos generales por la Sala en su fallo de 30 de enero de 2001 (Exp. N° 5507), en el que ésta puntualizó la improcedencia de aplicar en esta materia, por regla de principio, la presunción de culpa prevista en el artículo 1604 del C.C., al sostener que, de conformidad con el inciso final de dicho precepto, priman sobre el resto de su contenido "las estipulaciones de las partes" que sobre el particular existan, añadiendo por lo consiguiente y no sin antes reconocer la importancia de la doctrina que diferencia entre las obligaciones de medio y de resultado, que "lo fundamental está en identificar el contenido y alcance del contrato de prestación de servicios médicos celebrado en el caso concreto, porque es este contrato específico el que va a indicar los deberes jurídicos que hubo de asumir el médico, y por contera el comportamiento de la carga de la prueba en torno a los elementos que configuran su responsabilidad y particularmente de la culpa, porque bien puede suceder, como en efecto ocurre, que el régimen jurídico específico excepcione el general de los primeros incisos del artículo 1604 del Código Civil, conforme lo autoriza el inciso final de la norma".(C.S.J., S-174 de 2002).

6. En ese contexto, es menester señalar que en tratándose de la responsabilidad médica contractual o extracontractual, acá al reformar la demanda no se calificó pero atañe a la primera, en razón a que el servicio se prestó por su condición de cotizante de la progenitora y beneficiaria su hija, compete al interesado, en línea de principio, probar el comportamiento culpable⁴ del galeno en la medida de que éste durante el ejercicio profesional en modo alguno asume compromisos distintos a los de desplegar todos los esfuerzos que se encuentren a su alcance con miras a tratar la dolencia de la que pueda ser objeto la salud de su paciente, es decir, su deber jurídico versa sobre la prestación de una asistencia profesional tendiente a lograr la mejoría del enfermo, sin que con ello comporte una obligación de resultado.

Precisamente sobre esta temática, doctrinó la Corte Suprema de Justicia que:

“(...)el acto médico puede generar para el profesional que lo ejercita obligaciones de carácter indemnizatorio por perjuicios causados al paciente, como resultado de incurrir en yerros de diagnóstico y de tratamiento, ya porque actúe con negligencia o impericia en el establecimiento de las causas de la enfermedad o en la naturaleza misma de ésta, ora porque a consecuencia de aquello ordene medicamentos o procedimientos de diversa índole inadecuados que agravan su estado de enfermedad, o bien porque ese estado de agravación se presenta simplemente por exponer al paciente a un riesgo injustificado o que no corresponda a sus condiciones clínico – patológicas” (Cas.civ sentencia de 13 de septiembre de 2002, [S-174-2002], exp. 6199); lo cual pende “del esclarecimiento de la fuerza del encadenamiento

⁴ Al respecto, es pertinente aclarar que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, consideró que la responsabilidad por la actividad del galeno, a pesar de crear riesgos, no podía ser equiparada como una actividad peligrosa. En efecto, dicha Corporación indicó que “el acto médico y quirúrgico muchas veces comporta un riesgo, pero éste, al contrario de lo que sucede con la mayoría de las conductas que la jurisprudencia ha signado como actividades peligrosas en consideración al potencial riesgo que generan y al estado de indefensión en que se colocan los asociados, tiene fundamentos éticos, científicos y de solidaridad que lo justifican y lo proponen ontológica y razonablemente necesario para el bienestar del paciente, y si se quiere legalmente imperativo para quien ha sido capacitado como profesional de la medicina, no sólo por el principio de solidaridad social que como deber ciudadano impone el artículo 95 de la Constitución, sino particularmente, por las “implicaciones humanísticas que le son inherentes”, al ejercicio de la medicina (...)”. Cas. Civ. de 30 de enero de 2001, Exp.5507.

*causal 'entre el acto imputado al médico y el daño sufrido por el cliente. Por lo tanto el médico no será responsable de la culpa o falta que le imputan, sino cuando éstas hayan sido determinantes del perjuicio causado. Al demandante incumbe probar esa relación de causalidad o en otros términos, debe demostrar los hechos de donde se desprende aquella'*⁵.

7. En ese orden, le correspondía a las demandantes acreditar inicialmente que los médicos que atendieron a la menor en su nacimiento así como en los meses que estuvo en la unidad de cuidados intensivos de la IPS demandada, debido a su alumbramiento prematuro, desconocieron protocolos, incurrieron en error de diagnóstico, que fueron negligentes o imperitos en el establecimiento del tratamiento para la madurez de la prematura, o en la formulación de medicamentos, procedimientos y exámenes, y que ello fue lo que agravó el estado de salud de la menor que la condujo a la ceguera.

Al punto, se anticipa la Sala a decir que, contrario a lo que sostuvo el juez de conocimiento, tal responsabilidad no resulta probatoriamente tan evidente, es decir, no se demostró de forma eficiente y certera que la pérdida de la visión de Valerie Sofía se produjo como consecuencia de una conducta culposa de los profesionales que le prestaron el servicio médico o de las instituciones demandadas al desacatar los protocolos para el manejo de la recién nacida de manera prematura.

Véase que, conforme a los hechos 1º, 2º y 3º de la reforma de la demanda⁶, se afirma que la señora Nectalina Constante García, el 8 de octubre de 2012, acudió a urgencias de la Clínica Federman, en razón a que presentaba fuerte dolor de cabeza, hinchazón en los pies, tensión arterial de 208 mmgh, lo que motivó que al día siguiente fuera desembarazada mediante una cesárea.

Esos motivos de consulta de la señora Nectalina coinciden con los registrados en la historia clínica abierta en la precitada fecha en Médicos Asociados, donde se registró como diagnóstico una preeclampsia severa, síndrome de hellp, conforme puede verse a folios 219 y siguientes del cuaderno principal.

Al tenor de las Guías de Práctica Clínica para la prevención, detección temprana y tratamiento de las complicaciones del embarazo, parto

⁵ C.S.J., cas. civ. de 15 de enero de 2008, Exp. 67300.

⁶ Folio 44, cuaderno 1

o puerperio del Ministerio de Salud y Protección Social, año 2013, “*La preeclampsia, también conocida con otros nombres como toxemia o gestosis entre otros, es una de las enfermedades de mayor interés entre quienes dedican su tiempo a atender mujeres gestantes. Su alta complejidad y la gran cantidad de interrogantes que aún rondan su fisiopatología y etiopatogenia la han convertido en uno de los tópicos favoritos de la obstetricia. El compromiso materno secundario a esta entidad es muy variable, pero en general su detección temprana y la terminación oportuna de la gestación disminuyen la morbimortalidad materna. Por ser una enfermedad del endotelio, sus manifestaciones pueden presentarse en cualquier órgano o sistema. En efecto, en ausencia de intervenciones, la preeclampsia puede progresar a una disfunción orgánica múltiple en la que sobresale el compromiso renal, hepático y cerebral. Algunas de sus complicaciones más frecuentes se han descrito específicamente; tal es el caso de las convulsiones conocidas como Eclampsia, o del llamado síndrome HELLP (caracterizado por compromiso hemolítico, hepático y trombocitopénico), situaciones ambas que representan un severo compromiso orgánico y que aumentan de manera dramática la morbimortalidad del binomio madre-hijo.*” 7. Literatura de donde se extracta, que el estado de salud de la señora Nectalina para aquél 8 de octubre de 2012 era de extrema gravedad, pues estaba comprometida no solo su vida sino también la de su hija, y las dos, como consecuencia de las atenciones médicas recibidas conservan hoy su existencia, al punto que en la demanda nada se cuestiona en relación con el servicio ofrecido a la madre.

8. En las condiciones de salud anotadas, la madre dio a luz por cesárea a una niña, cuya historia clínica muestra que al nacer tenía prematurez extrema 24.2 semanas, síndrome de dificultad respiratoria, hipoactivo, hipotonía, con muy poco esfuerzo respiratorio, necesidad de ventilación por presión, bradicardia, requirió de intubación orotraqueal, tirajes intercostales, retracción sub costal, bajo peso al nacer 720 gramos, los rayos x de tórax reportaron enfermedad de membrana hiliar, dentro del análisis se registró la existencia de riesgos múltiples por prematurez extrema y, entre otras recomendaciones, la hospitalización que fue en la UCI de neonatos y la “*mínima extrema manipulación*”, como así aparece a folio 408 del cuaderno 1 A.

Sobre esa situación de la menor, el perito conceptuó que fue prematura extrema y con retardo del crecimiento intrauterino y por tal

7

<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/INEC/IETS/Gu%C3%ADa.completa.Embarazo.Parto.2013.pdf>

motivo tenía “*un alto riesgo de mortalidad*” (folio 603 C.1 A) no obstante, con los cuidados médicos brindados superó todas esas dificultades, que no lo hubiera logrado si la atención, tratamiento, exámenes y medicamentos hubiesen sido los que se le hacen a cualquier niño que nace en condiciones normales, como se afirma fue los que recibió la menor, los 129 folios de la historia clínica que reposan en el cuaderno 1, a partir del folio 272, dan cuenta de toda esa atención, suministros y exámenes.

9. Empero, en los hechos 6° y 7° de la demanda se cuestiona a las convocadas por el olvido y la negligencia que tuvieron en realizar el examen oftalmológico para detectar la “*enfermedad de RETINOPATIA DE LA PREMATURIDAD*”, cuya atención procedía desde los mismos protocolos de la unidad de cuidados intensivos neonatales”; que conforme a la historia clínica la “*solicitud*” para realizar tales exámenes se hizo el 20 de noviembre de 2012 y nuevamente el 11 de diciembre de 2012, pero el mismo se efectuó hasta el 26 de diciembre de 2012, ordenando la cirugía el 30 de ese mes y año, la que al practicársele los médicos informaron que la niña sufriría ceguera de por vida.

10. Sobre este aspecto, el juez consideró que Médicos Asociados no ofreció un manejo especial en la unidad de cuidados intensivos neonatales a la recién nacida en lo que se refiere a los exámenes de oftalmología, teniendo en cuenta que si bien estaba de por medio un cuadro clínico complejo con ocasión a su nacimiento prematuro lo cierto es que las demandadas no demostraron que el procedimiento de mínima manipulación que determinaron los galenos impidiera la realización de ese examen para verificar la retinopatía, más aun cuando para el 20 de noviembre de 2012 fecha en que se determinó la observancia de dicho protocolo los mismos sugirieron control por oftalmología.

Agregó que es cierto que según la opinión de los médicos tratantes la realización de ese examen no podía verificarse al momento mismo del nacimiento ni siquiera en las semanas subsiguientes como quiera que científicamente en caso de bebés prematuros extremos ello solo es posible hasta cuando se superara la semana 31 de gestación lo que ratifica el experto que realizó el dictamen, empero la menor alcanzó el equivalente a 32 semanas gestacionales el 4 de diciembre de 2012.

Reiteró que según la historia clínica de la menor para el 20 de noviembre de 2012 se pidió la comentada valoración por oftalmología sin que se encuentre justificado probatoriamente por qué no se realizó en los días subsiguientes, pese a que en ese entonces la menor ya había alcanzado la edad gestacional de 31 semanas lo que hacía viable ese examen, para corroborar o descartar la presencia de la retinopatía y para corregirla, servicios que de haberse presentado en una época más temprana hubiesen ofrecido a la menor una elevada posibilidad de conservar la visión. Que el examen que se le practicó el 26 de diciembre de 2012 arrojó la necesidad de practicar el examen de foto coagulación retiniana con láser, que el 28 de diciembre la progenitora solicitó la autorización y que al practicársele el mismo se encontró en estado muy avanzado la retinopatía con alto riesgo de desprendimiento de la retina con pronóstico reservado.

Consideró que hubo negligencia y mala práctica médica por parte de Médicos asociados al apartarse de la *lex artis* y los protocolos establecidos para esa clase de eventualidad, de ahí que resultaba necesario declarar su responsabilidad en razón a que las fallas en la prestación del servicio contribuyeron eficazmente a la pérdida de la visión de la menor, todo ello bajo la teoría de la pérdida de la oportunidad.

El perito que conceptuó en este asunto, folio 603 del C.1 A, al cuestionario que se le formuló expresó que: *“La condición de prematurez extrema y bajo peso al nacimiento implica desde el punto de vista oftalmológico un altísimo riesgo de desarrollar retinopatía de la prematuridad umbral”*; luego definió en qué consiste, para aseverar que la menor *“no nació invidente, sino que desarrolló dicha condición en relación con el ROP, que a su vez se presentó por la prematurez extrema y el bajo peso al nacimiento, que además tuvo como factores que (sic) de riesgos adicionales para empeorar la ROP, como la necesidad de nutrición parenteral, múltiples transfusiones de sangre y episodios de septicemia”*

Al respecto, la guía de práctica clínica del recién nacido prematuro del Ministerio de Salud y Protección Social del año 2013, sobre la retinopatía de la prematurez, ROP, por sus siglas en inglés, dice que: *“En su embriología la retina es avascular hasta la semana 16 de gestación posterior a la cual inicia la proliferación de una red arteriovenosa que parte del nervio óptico hacia el borde anterior de la retina, lográndose la vascularización completa de la periferia nasal a la semana 32 y de la periferia*

temporal en la semana 40. Cualquier cosa que atente contra el normal desarrollo de la vasculatura retiniana en el recién nacido prematuro se convertirá en un factor desencadenante de retinopatía (enfermedad proliferativa de los vasos sanguíneos) con el subsecuente riesgo de ceguera.

Agrega que “Otros factores de riesgo relacionados al desarrollo de la retinopatía son la exposición constante a la luz ambiental, candidemia, genéticos, trasfusionales, choque e hipoperfusión, acidosis, sepsis, esteroides postnatales, ductus persistente, deficiencia de vitamina E, uso de indometacina, asistencia respiratoria mecánica; sin embargo, ninguno de estos ha demostrado una relación causal directa. El desarrollo tecnológico actual ha aumentado la sobrevida de recién nacidos prematuros extremos con el consecuente riesgo de desarrollar ROP siendo en este momento la principal causa de ceguera en América Latina.”

Afirmó el perito en su trabajo que el examen practicado por el doctor Medina se realizó a la semana 12 de vida, y se indicó el tratamiento de fotocoagulación laser urgente por presentar retinopatía umbral; y que de acuerdo con los hallazgos del doctor Acevedo, quien realizó el tratamiento quirúrgico, el estadio de la enfermedad era efectivamente retinopatía umbral; y que **“el tratamiento prescrito y realizado era el adecuado y se hizo a tiempo”**. (resalta la Sala)

Conforme a la historia clínica de la menor, para la Sala no hay duda que su estado de salud al momento de nacer fue de extrema gravedad, y así se mantuvo durante casi todo el tiempo que permaneció en la unidad de cuidados intensivos de neonatos de la clínica Federman, al punto que, para el 20 de noviembre de 2012, data en que se le ordenó el examen para establecer la retinopatía de la prematuridad, según las notas que aparecen en el informe de infecciones asociadas al cuidado de la salud, folio 272 del cuaderno principal, se observa:

“17 de noviembre presenta evolución tórpida, con anemia corregida (se resalta que fue trasfundida en 6 oportunidades, según prueba documental) paciente crítico se suspende aporte enteral, alto riesgo de reintubación, continúa sin manejo antibiótico sin signos de infección, con peso actual de 1200 gramos.”

Para el 21 de noviembre, día siguiente de la orden del examen, se registró: *“no se ha podido lograr destete de oxígeno por que el patrón*

respiratorio no lo ha permitido, ya que continúa con tirajes subcostales, y retracciones con CPAP nasal con ganancia actual de 1360 aumento de 160 gramos.”

“24 de noviembre presenta clínica de SIRS datos por taquicardia, aumento de la PCR de 90 se toma rayos de control, infiltrados intersticiales de predominio derecho, por clínica del paciente se decide iniciar manejo con meropenem y vancomicina, a dosis meníngeas, previa toma de hemocultivos y urocultivos, KOH en orina y punta de catéter.”

“25 de noviembre en paraclínicos se observa trombocitopenia marcada, en seguimiento a cultivos con leucocitos limítrofes, por estancia prolongada en UCIN se decide inicio adicional de Antifungico, por sospecha de coinfección por hongos, se inicia flucozanol, en sospecha de sepsis tardía Nosocomial.”

“26 de noviembre aislamiento de gram negativos en cultivos, con manejo antibiótico de segunda línea, nada vía oral, PCR mayor de 90, en rayos x de tórax se observa infiltrados y atelectasia.”

“27 de noviembre, se diagnostica Infección del Torrente Sanguíneo, asociado a catéter, por enterobacter Cloacae, en paciente con prematurez extrema, bajo peso, y múltiples comorbilidades, con necesidad de múltiples transfusiones, requerimiento de Nutrición parental por intolerancia a la vía oral, en cubrimiento antibiótico.”

“01 de diciembre se solicitan cultivos de control, adecuada evolución del leucopenia y trombocitopenia, en cubrimiento antibiótico, en espera de modulación del proceso infeccioso. ... Se realiza extubación programada, previa programación y preparación con corticoides, se solicitará nuevos rayos x de tórax de control.”

Conforme a las patologías de la menor reseñadas: anemia, problemas respiratorios aún no controlados, infección del torrente sanguíneo por lo prolongada de su hospitalización, intubada, dependiente aún de oxígeno, que requirió de la atención médica y procedimientos que ilustra la reseña entre el 17 de noviembre y el 1º de diciembre de 2012, se pregunta la Sala: ¿si en ese lapso hubiera sido posible la práctica del examen de fotocoagulación de la retina, que se practica con láser?

Entonces no es tan cierta la afirmación del funcionario de conocimiento cuando afirma que de la historia clínica emana la pérdida de

oportunidad de la menor, por la no práctica del comentado examen, pues de su lectura se extracta que siempre el estado de la paciente fue crítico, sus lamentables condiciones ameritaron otro tipo de atención dirigida a salvarle la vida, a estabilizarla, fue prematura en extremo y cuando nació su peso estaba por aún muy debajo del de un prematuro de su edad, y si bien no hay experticia o prueba que diga en qué semana debió practicársele el comentado examen, lo cierto es que la lógica indica que al menos es cuando la paciente se encuentre estabilizada, en razón a que es un procedimiento que debe hacerse en un consultorio especializado, bajo sedación y con láser, que requería, como todo procedimiento, que al menos no esté infectada y la menor precisamente sufrió infecciones nosocomiales, para la fecha de la orden del examen, debido a la larga internación clínica precisamente detectada al día siguiente que se emitió la orden del examen.

Acá, valga resaltar que en el expediente no hay dictamen o prueba que indique que en las condiciones de la menor y hasta antes de su egreso de la clínica estaba en condiciones de salud y físicas para la práctica de ese examen. Es más, la demandante reconoce que salió con esa orden, pero a los dos días regresó con la bebé y fue nuevamente hospitalizada hasta el 17 de diciembre, como aparece a folio 279. Además véase que, conforme a la historia clínica que se le abrió a la menor en el Instituto Roosevelt, folio 498 del cuaderno 1 A, para el 15 de diciembre de 2012, ya tenía asignada esa cita, la que se canceló a las 9+15 am porque *“llama la madre para cancelar la cita de hoy pues la bebé está hospitalizada en la clínica Federman x problemas respiratorios, se le indica a la mamá que cuando salga llame de inmediato para reprogramar la cita, la madre manifiesta entender”*; en la nota del 20/12/12 que se reprogramó la cita de oftalmología para el 21/dic a la 10 am, gestionó la autorización el 26, el 28 la vio el profesional y el 30 se lo realizaron.

Tampoco esa pérdida de oportunidad puede deducirse en forma plena de la investigación administrativa que adelantó la Secretaria Distrital de Salud de Bogotá, porque si bien allí se afirma que en la atención a la salud brindada a la menor VALERIE CONSTANTE GARCIA (HIJA DE NECTALINA CONSTANTE GARCIA), por parte de Médicos Asociados S.A – Clínica Federman, se presentaron fallas en lo referente al parámetro de oportunidad, continuidad e integralidad, debido a que durante la estancia hospitalaria de la menor no se realizó valoración por oftalmología solicitada el 20 de noviembre de 2012 y el 11 de diciembre de 2012.

Acá ya se resaltó cuáles eran las condiciones de salud de la menor que posiblemente impidieron la práctica del examen ordenado el día 20, y las del 11 de diciembre fue la que se otorgó previ6 a la salida de la menor, que sali6 el 12, regres6 el 15, estuvo hospitalizada nuevamente hasta el 17, tramit6 la autorizaci6n el 26 y finalmente el examen se realiz6 el 30 de diciembre. Entonces, se pregunta la Sala si esa oportunidad que ech6 de menos la secretaria de salud y el juez, su oportunidad de alcanzarla estaba limitada precisamente por las condiciones de salud de la menor, que siempre fueron cr6ticas, como as6 se reconoce en la misma actuaci6n administrativa y, quien, adem6s siempre estuvo con la orden de m6nima manipulaci6n.

Contiene la Resoluci6n administrativa en cuesti6n que: *“Es de tener en cuenta que el estado de la paciente durante su hospitalizaci6n fue en todo momento grave y el manejo dado se considera adecuado y oportuno, ya que se logr6 el desarrollo y crecimiento de un paciente prematuro extremo, cuyas posibilidades de vida son escasas. La falta de valoraci6n por oftalmolog6a no influy6 en el tratamiento y no var6a la posible patolog6a que pudiera presentar el reci6n nacido, ya que este presentaba una patolog6a pulmonar severa que de no ser tratada hubiera causado la muerte del mismo.”*

Entonces, si pese a todas esas condiciones de salud de las demandantes, los m6dicos de la Cl6nica Federman lograron salvar el binomio madre/hija, considera la Sala que no existi6 tal p6rdida de oportunidad, como modalidad del da6o a reparar, en que se apoy6 el juez, con base en la jurisprudencia del Consejo de Estado, pues esa misma Corporaci6n ha dejado sentado que:

“La p6rdida de oportunidad constituye, entonces, una particular modalidad de da6o caracterizada porque en ella coexisten un elemento de certeza y otro de incertidumbre: la certeza de que en caso de no haber mediado el hecho da6ino el damnificado habr6a conservado la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar una p6rdida para su patrimonio y la incertidumbre, definitiva ya, en torno de si habi6ndose mantenido la situaci6n f6ctica y/o jur6dica que constitu6a presupuesto de la oportunidad, realmente la ganancia se habr6a obtenido o la p6rdida se hubiere evitado; expuesto de otro modo, a pesar de la situaci6n de incertidumbre, hay en este tipo de da6o algo actual, cierto e indiscutible consistente en la efectiva p6rdida de la probabilidad de lograr un beneficio o de evitar un detrimento; no ofrece lugar a la menor hesitaci6n que “esa oportunidad est6 definitivamente perdida, la situaci6n es irreversible y la ‘carrera’ de concatenaci6n causal y

temporal hacia la ventaja se ha detenido de manera inmodificable. Hay un daño cierto solo desde el punto de vista de la certeza de la probabilidad irremediablemente truncada. Esa probabilidad tenía un determinado valor, aunque difícil de justipreciar, que debe ser reparado”⁽⁴⁾.

...

La pérdida de oportunidad como rubro autónomo del daño demuestra que este no siempre comporta la transgresión de un derecho subjetivo, pues la sola esperanza probable de obtener un beneficio o de evitar una pérdida constituye un bien jurídicamente protegido cuya afectación confiere derecho a una reparación que debe limitarse a la extensión del “chance” en sí mismo, con prescindencia del resultado final incierto, frente a lo cual resulta lógico que dicha oportunidad perdida “tiene un precio por sí misma, que no puede identificarse con el importe total de lo que estaba en juego, sino que ha de ser, necesariamente, inferior a él”, para su determinación.

“(...) se requiere, ante todo, como en los demás casos de daños patrimoniales, una operación de cálculo, comparando la situación real del patrimonio después del evento dañoso y el estado imaginario que podría haber presentado si este último no hubiese sucedido. Pero a continuación, como solo se trata de la frustración de un beneficio potencial, la doctrina ha aconsejado llevar a cabo un razonado balance de sus perspectivas en pro y en contra, de cuyo resultado podrá entonces deducirse la procedencia o no del resarcimiento de aquella y, en caso afirmativo, posibilitar también la fijación de la cuantía de un monto indemnizable, que guarde proporción con la ganancia esperada y que se perdiera, como igualmente con las demás circunstancias del caso”⁽⁶⁾”⁸

Y mucho antes había venido insistiendo que la pérdida de oportunidad no puede tratarse de una mera especulación, sino que debe quedar suficientemente probada cuál era la posibilidad real del paciente de recuperar su salud, dijo entonces:

“Se destaca que la determinación de la pérdida de la oportunidad no puede ser una mera especulación, es necesario que de manera científica quede establecido cuál era la posibilidad real del paciente de recuperar su salud o preservar su vida, y que esa expectativa haya sido frustrada por omisiones o erradas acciones en la actuación médica, en este aspecto hay que prestar la máxima atención y no resolver como pérdida de oportunidad

⁸ C.E., Sec. Tercera, Sent. 1995 00082, ago. 11/2010. M.P. Mauricio Fajardo Gómez

eventos en los cuales lo que realmente se presentan son dificultades para establecer el nexo causal.” 9, que fue lo que acá precisamente aconteció.

Con fundamento en lo expuesto, concluye el Tribunal que en este asunto, en verdad, no hay prueba científica que hubiere establecido que fue la no practica oportuna de un examen que condujo a la ceguera de la menor; que de haberse realizado el mismo en el interregno del 20 de noviembre de 2012, fecha en que se le ordenó y antes del 30 de diciembre de ese mismo año, cuando se practicó, no se le hubiese privado a la niña de una real expectativa de su recuperación visual; y que fue esa y no otra la causa que generó la tal pérdida.

Por eso, si se vuelve a la historia clínica de la menor, sin desconocer la Sala que la posible demora en la práctica del comentado examen pudo haber incidido en el quebranto visual, también se debe reconocer que de ese documento se advierten multiplicidad de factores que afectaban la salud de la menor quien siempre estuvo en grave peligro de muerte, que pudieron haber contribuido a esa difícil situación de visión de la menor como son, entre otros: la prematurez extrema, el bajo peso al nacer, la anemia, el problema respiratorio y pulmonar, la infección nosocomial, el largo tiempo que permaneció dependiente del oxígeno, la duración de su internación en la UCI, etc., sin que haya quedado suficientemente probado cuál de todos ellos, o si fueron todos, los que contribuyeron a ese resultado, es decir, no se determinó con certeza cuál fue el nexo causal. Pero, además, tampoco hay prueba que, como ya se dijo, que de habersele practicado el mismo 20 de noviembre de 2012 la niña estaría hoy en completa sanidad visual.

Al respecto, véase lo que dijo el perito: *“Aun en condiciones ideales y en cualquier parte del mundo, los pacientes que presentan esta grave enfermedad, y en los cuales la misma llega al punto de requerir el tratamiento ya mencionado, sólo el 50% tiene evolución favorable, el 50% de los pacientes restantes, la enfermedad continúa su curso a pesar del tratamiento, y lleva al deterioro visual severo y a la ceguera legal (sic). Si la enfermedad no se trata, el curso natural de la misma lleva a la ceguera a cerca del 100% de los pacientes.”* Folio 604 C.1

Reitera el Tribunal que la prueba en que se apoyó el juez, para establecer los presupuestos de la responsabilidad civil demandada, como es

9 C.E., Sec. Tercera, Sent.2000 09610 01, ago. 31/2006 M.P. Ruth Stella Correa

la historia clínica, la resolución administrativa de la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá y el dictamen pericial, no son demostrativas de la culpa de los galenos, en la modalidad de negligencia y mala praxis endilgada, así como del nexo causal entre ésta y el daño padecido por la menor Valerie Sofía Constante García; por cuanto los procedimientos, medicamentos, tratamientos, siempre y estuvieron acordes con el estado de gravedad que siempre presentó la menor durante su internación en la UCI.

11. De manera que ninguna duda queda para la Sala que la decisión adoptada por el juzgador de primer grado resultó errada, pues no se avizora en relación con la parte demandada brote de responsabilidad alguna, y sin culpa probada a cargo de los galenos no se puede afirmar que el daño sufrido por la menor en sus órganos de la visión fue producto de un incumplimiento en el protocolo médico, negligencia, desconocimiento de la lex artis, pues contrario a lo afirmado por las demandantes, la Clínica Federman de propiedad de la IPS Médicos Asociados S.A., y el personal médico en general lo que hicieron fue salvarle la vida tanto a la madre como a la hija pese a las condiciones médicas en que ingresó a urgencias la primera, preeclampsia y síndrome de Hellp, la primera; y el nacimiento de la segunda en prematurez extrema. En consecuencia, sin que se requiera de otros comentarios, la sentencia de primer grado necesariamente se ha de revocar, con la consecuente condena en costas a cargo de la parte vencida.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI. RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR la sentencia que el 1º de octubre de 2019 profirió el Juzgado Veintidós Civil del Circuito de Bogotá, al no estructurarse los presupuestos de la responsabilidad civil endilgada,

conforme a las motivaciones de esta sentencia, en consecuencias se **NIEGAN** las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO. CONDENAR en costas de primera y segunda instancia la parte demandante. Para efectos de su liquidación la magistrada sustanciadora fija como agencias en derecho correspondientes a esta sede la suma de\$ 1.200.000,00 de conformidad con el artículo 6° (1.1) del Acuerdo 1887 de 2003

TERCERO. Ejecutoriado este fallo, **REMITIR** el expediente al Juzgado de conocimiento.

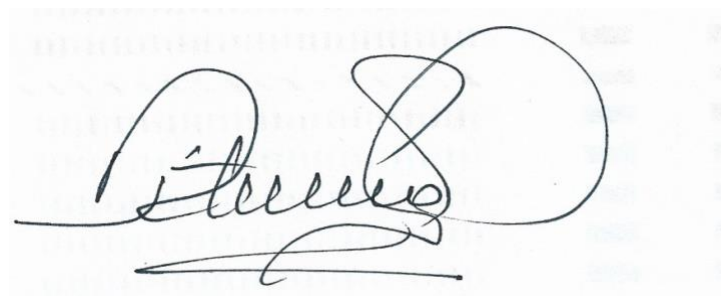
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA
Magistrada



JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO



RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Magistrada

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



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

MAGISTRADA PONENTE: HILDA GONZÁLEZ NEIRA
Bogotá, D.C., veintiuno de julio de dos mil veinte

En virtud del nuevo trámite definido para las apelaciones de sentencias en materia civil, establecido en el art. 14 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, como en el presente asunto, en segunda instancia no fueron decretadas pruebas, la sentencia se proferirá por escrito, previa sustentación por la parte apelante y el traslado a su contraparte en los términos que la norma establece; los cuales deberán ser enviados al correo institucional de la Secretaría de la Sala Civil de esta Corporación: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co.

En consecuencia, tenga en cuenta el extremo actor apelante que, ejecutoriado como se encuentra el proveído admisorio de la alzada, deberá sustentar el recurso dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de este auto, so pena de declararlo desierto.

Por Secretaría, contrólense los términos, y una vez fenecidos el de sustentación y el del traslado respectivo, deberá ingresar el proceso al despacho para lo pertinente.

Notifíquese,

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Hilda González Neira', written over a horizontal line.

HILDA GONZÁLEZ NEIRA
Magistrada

110013103039201300391 01
Apelación Sentencia – Ordinario
Demandante: José Antonio Pulido y otro
Demandado: María Elsa Albarracín Melgarejo

Firmado Por:

**HILDA GONZALEZ NEIRA
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 009 CIVIL DE BOGOTÁ D.C.**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
d3c5d1b4d2238affde99a77f2b818c60a388ea4d1c38f779196b06af4689040d
Documento generado en 21/07/2020 12:57:07 p.m.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



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

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Bogotá, D.C., veintiuno de julio de dos mil veinte

Sentencia escrita conforme al artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

Proceso:	Ordinario.
Demandante:	Beatriz Eugenia Molina Gil y otros.
Demandada:	Jairo Bonilla Osma y Otros.
Radicación:	110013103013200900796 01.
Procedencia:	Juzgado 14 Civil del Circuito de Bogotá.
Asunto:	Apelación de sentencia.

Se pronuncia la Sala sobre el recurso de apelación provocado por la demandada Cruz Blanca E.P.S., contra la sentencia proferida el 19 de marzo de 2019 por el Juzgado 14 Civil del Circuito de Bogotá, en el asunto de la referencia.

ANTECEDENTES

1. Melquizedec Useche Capera y Beatriz Eugenia Molina Gil, en nombre propio y en representación de su hijo menor CDUM¹, y Libia María Gil Correa, formularon demanda en contra del Hospital de San José – Sociedad de Cirugía de Bogotá, Cruz Blanca EPS S.A., y el doctor Jairo Bonilla Osma, planteando como pretensiones:

1.1. Declarar la responsabilidad civil extracontractual de los demandados, como consecuencia de inadecuada prestación de servicios de salud brindados a Beatriz Eugenia Molina Gil, lo cual produjo secuelas en su hijo CDUM.

1.2. En consecuencia, se condene al demandado a la

¹ Para proteger los derechos del menor se utilizará esta expresión

indemnización de todos los daños y perjuicios materiales e inmateriales, que se prueben en el proceso, a favor de cada uno de los demandantes.

2. Como soporte fáctico del *petitum* expusieron:

2.1. Beatriz Eugenia Molina Gil y su compañero permanente, Melquizedec Useche Capera son padres de CDUM. La señora Libia María Gil Correa es abuela del citado menor.

2.2. El menor nació el 26 de junio de 2003, en el Hospital San José, institución que pertenece a la Sociedad de Cirugía de Bogotá.

2.3. La señora Beatriz Molina está afiliada a la Entidad Promotora Cruz Blanca EPS S.A. desde octubre de 2001, como afiliada cotizante en calidad de trabajadora independiente.

2.4. La atención del parto de la señora Beatriz Molina, en el cual nació CDUM, ocurrió bajo la cobertura y administración del riesgo en salud de la EPS Cruz Blanca EPS S.A.

2.5. El niño presenta un diagnóstico de retardo severo del desarrollo psicomotor que se originó por un evento de ASFIXIA (Hipoxia) perinatal, que le generó lesión cerebral permanente.

2.6. Como consecuencia de la lesión cerebral que presenta, el menor depende y dependerá de sus padres, en forma permanente para todas sus actividades básicas.

2.7. Al momento de la presentación de la demanda, el menor tiene 6 Años, pero su edad desde una perspectiva neurológica corresponde a la de un niño de 24 meses (tiene trastorno de la marcha, no obedece órdenes, no puede comer solo, entre otras alteraciones).

2.8. El menor presenta una lesión irreversible, de retardo del desarrollo psicomotor, requiere un seguimiento estricto y periódico por parte de especialista en medicina, así como de terapias físicas, ocupacionales y de lenguaje, todos los días.

2.9. Beatriz Molina asistió a todos los controles indicados

por el médico de la EPS durante su embarazo, cuya evolución fue normal, en la última ecografía, previa al parto, el 25 de junio de 2003, se evidenciaba bienestar fetal.

2.10. El 26 de junio de 2003, Beatriz Molina fue valorada por un estudiante de medicina de la especialización de Ginecología del hospital San José, quien ordenó la hospitalización por encontrarse en trabajo de parto.

2.11. Desde el momento de la hospitalización hasta las 3:30 p.m., a Beatriz Molina le realizaron cuatro valoraciones adicionales, donde se evidenció que presentaba una evolución adecuada del trabajo de parto.

2.12. A las 16:00 horas los médicos tratantes decidieron pasar a sala de partos a la señora Beatriz Molina, para pujar e intentar atención de parto instrumentado (con espátulas), decisión equivocada, pues el feto aún no se encontraba encajado, es decir, no había descendido lo suficiente.

2.13. Además, fue un error intentar poner espátulas para la extracción del feto, pues aún estaba muy alto, aumentando el riesgo de trauma obstétrico.

2.14. La conducta equivocada del médico tratante (Estudiante y/o profesor) de espatular al feto, evidentemente no dio resultado, motivo por el cual fue necesario practicar una cesárea.

2.15. En el momento de poner las espátulas y de intentar la extracción del feto se generaron lesiones neurológicas al bebé, así mismo, durante la cesárea, la extracción del feto fue difícil, momento en el cual se genera de nuevo un trauma, circunstancia que posiblemente contribuyó a aumentar el grado de lesión provocada al menor durante el intento fallido de sacarlo con espátulas.

2.16. Al nacer el menor fue entregado al servicio de pediatría del Hospital San José. En la historia clínica de ingreso a la Unidad de Recién Nacidos, se describe que el servicio de Ginecología intentó extracción del feto con espátulas que fue fallido por la estación de -1 (Es decir el menor estaba muy alto).

2.17. Uno de los diagnósticos de ingreso a la unidad de recién nacidos fue Trauma Obstétrico. Además, entre los hallazgos al examen físico de ingreso del niño se evidencia: céfalo hematoma, escoriaciones: en región frontal número de dos, edema palpebral, bilateral equimosis en pabellones auriculares bilateral, escoriación desde pabellón auricular izquierdo hasta el mentón.

2.18. Durante la evolución en el servicio de pediatría algunos diagnósticos fueron: trauma y asfixia perinatal.

2.19. Después de 1 semana de hospitalización en la Unidad de Recién Nacidos del Hospital San José, le dieron salida con diagnóstico de trauma obstétrico y asfixia perinatal.

2.20. Debido a los acontecimientos que rodearon el parto del menor de edad, y su posterior desarrollo, el proyecto de vida de todos los demandantes se ve alterado por la presencia de una patología irreversible que no le permitirá tener una vida normal, toda vez que depende para sus actividades diarias básicas de sus padres y abuelita.

2.21. Todos los demandantes, tienen rabia y sensación de malestar contra los profesionales de la salud, entidades y EPS, quienes omitieron actuar en forma correcta, sienten que les quitaron la calidad de vida de su familia. Así mismo contra la EPS por negarse cumplir la totalidad de sus obligaciones en materia de administrar riesgo en salud al menor de forma oportuna, circunstancia que incide en su estado actual de salud.

2.22. Se tramitó, fallidamente, la audiencia de conciliación como requisito de procedibilidad.

3. Mediante auto de 16 de febrero de 2010, el Juzgado 13 Civil del Circuito de Bogotá, admitió la demanda en la forma que consideró legal, y ordenó notificar en forma personal dicho proveído.

3.1. La demandada Cruz Blanca EPS S.A., una vez notificada contestó la demanda en escrito en el cual se pronunció sobre los hechos de la demanda; se opuso expresamente a las pretensiones y propuso las excepciones que denominó: *Inexistencia de responsabilidad de*

Cruz Blanca EPS por su cumplimiento de contrato y vigilancia de servicios a sus afiliados; Inexistencia de responsabilidad de Cruz Blanca por su cumplimiento de las obligaciones contempladas en la Ley; Inexistencia de responsabilidad solidaria entre EPS, IPS y los profesionales de la salud que atendieron la salud de la paciente; Exigencia de obligaciones de medio, y la genérica.

3.2. El demandado Jairo Bonilla Osma, debidamente vinculado acudió al proceso manifestando su oposición a las pretensiones y como defensas planteó: *Ausencia en el demandado, de los elementos que se requieren para configurar una responsabilidad civil, como son: un hecho dañoso, una culpa y un nexo causal entre el hecho dañoso y la conducta culposa; Inexistencia del derecho alegado por la parte demandante; Inexistencia de relación causal entre el daño alegado y la conducta del demandado.*

3.3. El Hospital De San José – Sociedad de Cirugía de Bogotá, igualmente ejerció su derecho de defensa con las excepciones tituladas: *Inexistencia de los elementos constitutivos de la Responsabilidad Civil; Inexistencia de la relación de causalidad; Inexistencia de solidaridad; Extralimitación de las pretensiones.* Así mismo llamó en garantía a BBVA Seguros Colombia S.A.

4. La parte demandante presentó reforma de la demanda consistente en la inclusión de solicitud de pruebas testimoniales; modificación aceptada en auto de 9 de noviembre de 2010; sobre la reforma, la Sociedad de Cirugía de Bogotá – Hospital de San José, se pronunció oponiéndose al decreto y práctica de los testimonios técnicos.

5. El 27 de julio de 2018, la parte demandante solicitó la terminación del proceso manera anticipada, por desistimiento de la acción frente los demandados Sociedad de Cirugía de Bogotá – Hospital San José y el Doctor Jairo Bonilla Osma, teniendo en cuenta que celebraron contrato de transacción con los demandantes, en el que se reconoció la suma de \$300.000.000.00 a título de indemnización.

5.1. Mediante auto de 31 de julio de 2018, el Juzgado *a-quo* aceptó la transacción celebrada y dispuso la terminación del proceso respecto de los citados así como del llamado en garantía. De otra parte, ordenó que se continuara el juicio con Cruz Blanca EPS.

6. Enseguida se dio curso a la audiencia del artículo 373

de la Ley 1564 de 2012, en la cual se evacuaron las etapas correspondientes y se indicó el sentido del fallo.

El 19 de marzo de 2019, se profirió sentencia en la que se declaró civilmente responsable a Cruz Blanca EPS S.A. y se le condenó en favor de la parte demandante por perjuicios inmateriales; negó las demás pretensiones y condenó en costas a la demandada.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Luego de hacer una síntesis del asunto, el *a quo* emprendió el estudio del litigio a partir del artículo 2341 del Código Civil, ubicando el caso en el ámbito de la responsabilidad médica y guiado por apartes jurisprudenciales resaltó que los médicos deben orientar su práctica en beneficio de la salud de todas las personas; se detuvo a definir el derecho a la salud y los principios orientadores de su prestación, atendiendo las directrices de la jurisprudencia constitucional; recalcando que si se demuestra que la atención del paciente no se brindó bajo los principios se refleja el nexo de causalidad.

Se ocupó a continuación de las formas de responsabilidad en el SGSSS, Sentencia SC13925-2019 (*naturaleza jurídica de la responsabilidad por daños ocasionados a los usuarios del sistema de seguridad social en salud; la imputación del daño a las EPS, a las IPS y sus agentes; la diligencia y cuidado de las IPS y sus agentes*).

Y luego fijó los elementos axiológicos de la responsabilidad médica, que explicó siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Con esos postulados procedió a analizar el caso concreto, y en ese quehacer valoró la prueba documental aportada: los resultados de imágenes diagnósticas, la historia clínica; examinó el dictamen pericial respecto el tratamiento médico, del que destacó que de acuerdo con la historia clínica la paciente presentó calificación 0 según la Escala de Lee, no está indicado usar espátulas; que después del procedimiento quirúrgico para el nacimiento el niño presentó lesiones, calificadas como asfixia neonatal por trauma obstétrico, informe rendido por la Universidad Nacional.

De allí que halló probado, el nexo de causalidad entre las lesiones sufridas por el niño y la actividad médica por parte de los galenos del Hospital San José; lesiones que derivaron consecuencias en el desarrollo corporal y mental del menor, diagnosticado por el Dr. Camilo Remolina, con *“retardo psicomotor leve moderado sobretodo en el área motora”*.

Anotó que las declaraciones de los médicos: Leónidas Borrero, Lida Leal, Carlos Pérez, quienes señalaron las condiciones generales del menor no desvirtúan las conclusiones del dictamen.

Desdeñó el argumento de la EPS demandada, que pretende exculparse aduciendo que puso a disposición de la demandante todos los medios a los que se comprometió en el contrato de afiliación, trayendo a colación la jurisprudencia que enseña que se exonera de responsabilidad *“mediante la demostración de una causa extraña como caso fortuito, el hecho de un tercero que el demandado no tenía la obligación de evitar y la culpa exclusiva de la víctima, o la debida diligencia y cuidado de la organización o de sus elementos humanos al no infringir sus deberes objetivos de prudencia”*. Recalcó que la EPS si tenía el deber de evitar que el niño sufriera daños en su salud, que padeció por el equívoco procedimiento aplicado por el personal de la IPS, al utilizar espátulas cuando las condiciones de la paciente según la escala de Lee lo desaconsejaban; lesiones que no pueden atribuirse a caso fortuito ni a fuerza mayor, o decir que la madre o el mismo niño las causaron.

La IPS también faltó al deber prestacional de procurar a sus afiliados un servicio bajo el principio de calidad. No basta a la EPS autorizar las órdenes dadas por los médicos tratantes, cuando el servicio debe cumplir con todos los principios señalados por Ley.

No se descartó la afirmación de la señora Beatriz Molina, en cuanto se le ocultó en los primeros meses la gravedad de la enfermedad del menor; la cita que solicitó la madre del niño para que fuera atendido por neuropediatría se la asignaron 3 meses después, y habiéndosele ordenado una resonancia se la hicieron 5 meses después, que fue repetida a los 3 años, sin que hubiesen entregado los resultados al saber que el niño estaba hospitalizado.

Hallada la responsabilidad, pasó el juzgador a estudiar los perjuicios: negó los materiales, por cuanto la

reclamación no se hizo bajo juramento estimatorio. En lo atinente a los perjuicios inmateriales reseñó que los daños sufridos por el niño le acarrearón consecuencias devastadoras para su normal desarrollo; y a los padres les impuso el cuidado permanente del menor por la parálisis, como dieron cuenta las declaraciones de Rafael Sánchez y Oliva Valbuena.

Sobre esos pilares determinó el monto de la indemnización así: al menor y a sus progenitores por daño a la vida en relación el equivalente a 30 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno y otro tanto por perjuicios morales; y para la abuela Libia Gil, el equivalente a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por concepto de perjuicios morales.

LA APELACIÓN

La demandada Cruz Blanca EPS apeló y como base de su disenso planteó los siguientes reparos, que desarrolló al sustentar ante esta Sede su recurso dentro de la oportunidad para ello otorgada:

1. La primera instancia no tuvo en cuenta: el Registro Clínico, donde se demuestra que la EPS garantizó el acceso a la IPS de atención, de allí se advierte que no hubo restricción o negación injustificada frente los servicios requeridos y solicitados. Así mismo, evidencia que el manejo clínico, asistencial y de hospitalización estuvo a cargo equipo de salud que no estaba adscrito a la EPS Cruz Blanca directamente, se trató de una IPS autónoma e independiente.
2. La ejecución de la práctica médica y actos médicos, asistenciales y hospitalarios se ejecutaron con la decisión del médico tratante, y éste será responsable por los efectos adversos respecto del procedimiento. Se trata de decisiones de terceros que no están sujetos al control de la demandada, pues Cruz Blanca no intervino en el manejo clínico brindado al paciente, por ende no hay culpa, no hay lugar a establecer responsabilidad extracontractual.
3. La demandada como empresa privada hace parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud, que por mandato constitucional corresponde al Estado los

servicios públicos la atención en salud y saneamiento ambiental, y dentro del marco de la Ley 100 de 1993, que en su artículo 177, enuncia las responsabilidades de las EPS. Cruz Blanca asumió la responsabilidad legal (afiliación y registro de los afiliados y el recaudo de sus cotizaciones, por delegación del fondo de solidaridad y garantía)

La relación jurídica es de naturaleza contractual entre Cruz Blanca y sus afiliados, y la responsabilidad de la EPS se limita a verificar si los solicitantes cumplen los requisitos exigidos por la Ley. La función de organizar y garantizar la prestación del POS es administrativa, por consiguiente la función de prestar directamente el servicio de salud a los afiliados está en cabeza de las IPS.

La EPS no tiene la autonomía de contratar servicios de salud con todos los prestadores de salud, sino con los habilitados por el Estado y fue la IPS quien ejecutó los actos médicos de atención y hospitalización.

Está demostrado que la EPS demandada dentro del sistema de salud cumplió con su responsabilidad y función establecidas respecto a la usuaria por consiguiente quedaron probadas las excepciones.

4. Por último señaló que la transacción celebrada entre las codemandadas y la parte demandante, extinguió las obligaciones teniendo en cuenta el artículo 1625 del Código Civil, por consiguiente al efectuarse por uno de los codeudores solidarios el pago de manera “*INTEGRAL Y COMPLETA*” extinguió la obligación también para la EPS Cruz Blanca.

El apoderado de la parte demandante, recorrió el traslado e indicó que como bien lo había estudiado el juez de primera instancia el material probatorio da cuenta de la existencia de los elementos de la responsabilidad, que es “*solidaria y directa*” respecto de Cruz Blanca EPS. Agregó que conforme al artículo 2483 del Código Civil la transacción sólo surte efectos entre los contratantes, así fue reconocido en el auto de 31 de julio de 2018 que no fue objeto de recurso alguno; y el artículo 1572 del mismo compendio señala que la demanda que intente el acreedor contra alguno de los deudores solidarios, no extingue la obligación de ninguno de ellos “*sino en la parte que hubiere sido satisfecha por el demandado.*”; y en éste caso

Cruz Blanca no hizo parte del contrato de transacción.

CONSIDERACIONES

1. Se pronuncia la Sala sobre el recurso de apelación provocado por la demandada Cruz Blanca EPS contra la sentencia proferida el 19 de marzo de 2019 en el asunto de la referencia por el Juzgado 14 Civil del Circuito de Bogotá (el expediente sólo fue remitido hasta el 6 de agosto de 2019), y a ello se procede advirtiendo de manera preliminar que los presupuestos procesales confluyen a satisfacción y no se observa vicio generador de nulidad de lo actuado y, por ende, se impone emitir una sentencia de fondo.

2. Así mismo debe destacarse que la competencia de la Sala, en los términos de los artículos 320, 327 y 328 de la ley 1564 de 2012, se circunscribe a los puntuales aspectos materia de reparo frente a la decisión de primer grado, sustentados ante esta Sede.

3. Para responder los argumentos de la impugnante y definir así el recurso, importa memorar que los efectos jurídicos de la demanda son de dos clases: *(i) sustanciales o materiales*: *(a)* le da al derecho sustancial el carácter de litigioso, *(b)* interrumpe la prescripción o hace inoperante la caducidad; y *(ii) procesales*: *(a)* determina los sujetos de la relación jurídico procesal, *(b)* fija la competencia, *(c)* delimita el interés y la legitimación en la causa de demandante y demandado; *(d)* determina el contenido y alcance del debate judicial y, por consiguiente, el trámite por el cual se debe surtir, garantiza el derecho de contradicción y defensa del demandado, delimita la fase probatoria, fija el marco en el que ha de proferirse la sentencia (su congruencia).

El principio de congruencia consagrado en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil (como ahora lo concibe el artículo 281 de la ley 1564 de 2012), según el cual *“La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley”* aspecto sobre el cual se ha pronunciado la jurisprudencia como sigue:

“Así lo ha expuesto la Sala al señalar que:
‘[e]l principio dispositivo que inspira el proceso civil, conduce a que la petición de justicia que realizan las partes delimite la tarea del juez y a que éste, por consiguiente, al dictar sentencia, deba circunscribir su pronunciamiento a lo reclamado por ellas y a los fundamentos de hecho que hubieren delineado, salvo el caso de las excepciones que la ley permite reconocer de oficio, cuando aparecen acreditadas en el proceso (...) Sobre el particular, la Sala ha sido insistente en que ‘(...) son las partes quienes están en posesión de los elementos de juicio necesarios para estimar la dimensión del agravio que padecen, con el fin de que sobre esa premisa restringente intervenga el órgano jurisdiccional, a quien le está vedado por tanto, sustituir a la víctima en la definición de los contornos a los que ha de circunscribirse el reclamo y por tanto ceñirse la sentencia, salvo que la ley expresamente abra un espacio a la oficiosidad (...) Al fin y al cabo, la tarea judicial es reglada y, por contera, limitada, no sólo por obra de la ley, sino también con arreglo al pedimento de las partes’ (Cas. Civ., sentencia del 22 de enero de 2007, expediente No. 11001-3103-017-1998-04851-01) (...) En este escenario, el principio de congruencia establecido en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil impide el desbordamiento de la competencia del juez para resolver la contienda más allá de lo pedido por las partes (*ultra petita*), o por asuntos ajenos a lo solicitado (*extra petita*) o con olvido de lo que ellas han planteado (*citra petita*) (...) En caso de presentarse tal descarrío, su ocurrencia puede denunciarse en casación a través de la causal segunda prevista en el artículo 368 *ibídem*, pues, valga decirlo, una sentencia judicial de esos contornos agravia súbitamente a la parte que actuó confiada en los límites trazados durante el litigio, toda vez que al ser soslayados por el juez al momento de definirlo, le impiden ejercer a plenitud su derecho a la defensa’ Sentencia del 9 de diciembre de 2011, exp. 1992-05900.”².

Además debe apuntarse que la responsabilidad originada por la desatención de los deberes médicos, se erige para el paciente perjudicado, en la responsabilidad **contractual** por el incumplimiento del respectivo convenio de servicios de salud, mientras que frente a los terceros ajenos a dicho vínculo contractual, en la responsabilidad aquiliana o extracontractual, sobre ese tópico ha explicado la Corte:

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 1º de julio de 2016, M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez, Ref: SC8845-2016.-Radicación n° 6600131030032010-00207-01

“En lo atañadero a la responsabilidad civil en general, y a la médica, en particular, conocida es su clasificación en contractual o extracontractual (cas. civ. sentencias de marzo 5 de 1940, 26 de noviembre de 1986, 30 de enero de 2001, exp. 5507, septiembre 11 de 2002, exp. 6430). **Aquella, exige una relación jurídica preexistente entre las partes, o, lo que es más general y frecuente, la existencia y validez de un contrato, su incumplimiento, el daño y la relación de causalidad** (cas. civ. sentencia de 12 de julio de 1994, exp. 3656). **En cambio, en la última, el quebranto se produce al margen de cualquier vínculo jurídico previo entre aquellos que se relacionan con ocasión del daño.**”
(...)

“La responsabilidad de las Entidades Prestadoras de Salud (EPS), es contractual o extracontractual. **Con relación al afiliado o usuario, la afiliación, para estos efectos, materializa un contrato, y por tanto, en línea de principio, la responsabilidad es contractual**, naturaleza expresamente prevista en los artículos 183 de la Ley 100 de 1983 que prohíbe a las EPS “en forma unilateral, terminar la relación contractual con sus afiliados”, y los artículos 16 y 17 del Decreto 1485 de 1994, relativos a los “contratos de afiliación para la prestación del Plan Obligatorio de Salud que suscriban las Entidades Promotoras de Salud con sus afiliados” y los planes complementarios. Contrario sensu, **la responsabilidad en que pueden incurrir las Entidades Promotoras de Salud (EPS) respecto de terceros perjudicados por los daños al afiliado o usuario con ocasión de la prestación de los servicios médicos del plan obligatorio de salud, es extracontractual.**”³ (Negrilla por la Sala).

Siguiendo tales derroteros, cuando de un procedimiento médico se generan daños, para el paciente lesionado la reparación a pedirse no será por responsabilidad civil extracontractual, sino la **contractual**, en razón a que origen de la prestación del servicio de salud surgió de un contrato y quién ejerce la acción es directamente el afectado y no sus causahabientes ni terceros; y en la hipótesis en que con la desatención contractual se vean perjudicados terceros el resarcimiento de los daños que pudiesen haber soportado puede reclamarse pero en el escenario de la responsabilidad **extracontractual**, itérese, por no ser parte del vínculo contractual.

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia sustitutiva de 17 de noviembre de 2011. M.P. William Namén Vargas. Radicación 110013103018199900533 01

4. Dentro de esos parámetros, en el *sub lite*, es absolutamente claro que la decisión judicial sólo puede definir sobre el *petitum* planteado que, como ya se anotó en los prolegómenos de esta providencia, se dirigió a que se declare la responsabilidad civil **extracontractual** de las demandadas “como consecuencia de la inadecuada prestación de servicios de salud brindados a la BEATRIZ EUGENIA MOLINA GIL, lo cual produjo secuelas en su hijo menor de edad...CDUM”⁴, sin que haya lugar a interpretación de la demanda, pues claramente en ese escrito se porfió en que se trataba de una responsabilidad extracontractual como se indicó en la referencia⁵, se ratificó en el capítulo de los fundamentos de derecho⁶.

4.1. Sin embargo, a no dudarlo, una relación de orden contractual precedió a los hechos generadores del daño que se endilga en esta oportunidad, cual lo resaltó el apelante en sus reparos.

En efecto, en la *causa petendi* se dedicó un acápite, el 2, a reseñar el vínculo entre la Entidad Prestadora de Salud Cruz Blanca EPS SA y la señora Beatriz, como afiliada cotizante en calidad de trabajadora independiente, y la atención de su parto y el nacimiento de CDUM ocurrió “bajo la cobertura y administración del riesgo en salud de la EPS CRUZ BLANCA EPS SA”⁷, vinculación que se corrobora con la copia del carné adosado⁸, lo admitió la demandada Cruz Blanca EPS al pronunciarse sobre los hechos⁹ ente que a su vez prestaba los servicios a sus usuarios a través de la Sociedad de Cirugía de Bogotá, Hospital San José, como se registra en la historia clínica.

4.2. Se sigue de ello que, respecto de la señora Beatriz Molina y de su menor hijo CDUM, no puede predicarse una responsabilidad civil extracontractual, cuando los servicios de salud que les fueron prestados y vengero del daño cuya reparación se pretende tuvieron ocurrencia por virtud del vínculo contractual. Cuestión que no advirtió el juez de primera instancia, transgrediendo así el principio de congruencia, lo que impone en esta Sede su corrección, máxime cuando el apelante insiste en la existencia de una relación contractual.

⁴ Pretensión declarativa 1, folio 251 cuaderno 1

⁵ Folio 239 cuaderno 1

⁶ Folio 254 cuaderno 1

⁷ Folio 241 cuaderno 1

⁸ Folio 22 cuaderno 1

⁹ Folio 320 cuaderno 1

No ocurre lo mismo respecto de los restantes demandantes Melquizedec Useche y Libia María Gil Correa, como quiera que no se acreditó la existencia de un ligamen contractual con los demandados, del cual se hubiese derivado el perjuicio del que pidieron ser resarcidos.

5. Puntualizado lo anterior, se evaluarán los reparos de la demandada, destacando que la apelante no discute la responsabilidad que halló probada la primera instancia frente a la atención médica que se produjo durante el parto de la señora Beatriz Eugenia Molina; el eje toral de su disenso se erige en que el daño no fue producto de su actuar, ya que esa persona jurídica solo procede en los términos que la Ley le faculta, particularmente, lo establecido en el artículo 177 de la Ley 100 de 1993, en torno a la afiliación y registro de los afiliados y el recaudo de sus cotizaciones, por delegación del fondo de solidaridad y garantía.

5.1. De conformidad con el artículo 177 de la Ley 100 de 1993, por la cual se crea el sistema de seguridad social integral conformado con los regímenes de pensiones, salud, riesgos profesionales y servicios sociales complementarios definidos por la ley para la efectiva realización de los principios de solidaridad, universalidad y eficiencia enunciados en el artículo 48 de la Constitución Política, la función básica de las Entidades Promotoras de Salud es *“organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados”*, y la de *“establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud”* (artículo 177, numeral 6°, *ibídem*), que les impone el deber legal de garantizar la calidad y eficiencia de los servicios de salud, por cuya inobservancia comprometen su responsabilidad, sea que lo presten directamente o mediante contratos con las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) y profesionales respectivos (artículo 179, *ejusdem*).

Igualmente, la prestación de los servicios de salud garantizados por las Entidades Promotoras de Salud (EPS), no excluye la responsabilidad legal que les corresponde cuando los prestan a través de las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) o de profesionales mediante contratos reguladores sólo de su

relación jurídica con aquéllas y éstos. Por lo tanto, a no dudarlo, la prestación del servicio de salud deficiente, irregular, inoportuna, lesiva de la calidad exigible, abusiva con la dignidad del paciente y de la *lex artis*, compromete la responsabilidad civil de las Entidades Prestadoras de Salud y prestándolos mediante contratación con Instituciones Prestadoras de Salud u otros profesionales, son todas solidariamente responsables por los daños causados a las personas.

Como lo ha decantado la jurisprudencia, la responsabilidad por culpa extracontractual puede ser imputable a las personas jurídicas, cuando es originada en actos dañosos cometidos por agentes que obran en su interés, responsabilidad que, en cuanto entre en el campo de acción propio del ente, será directa y no indirecta, siempre que un agente suyo por su conducta y culpa personal la comprometa; explicó la Corte Suprema de Justicia, haciendo referencia a los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, que *".... esa responsabilidad indirecta que dichos preceptos regulansupone dualidad de culpas conforme a la concepción clásica que funda la responsabilidad del comitente en las culpas in eligendo e in vigilando o sea la concurrencia de la imputable al comisionado o dependiente como autor del eventus damni con la in eligendo o in vigilando que se atribuye al patrono; en tanto que la culpa en que puede incurrir la persona moral es inseparable de la individual del agente , porque aquella obra por medio de sus dependientes o empleados, de modo que los actos de estos son sus propios actos."*¹⁰

De allí que, contrario a lo que aduce la censura, la obligación de las EPS no se limita a cumplir con los trámites relacionados con la administración de servicios entre usuarios y los prestadores de servicios, sino que deben garantizar la calidad de la atención que se brinda. Así lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, pronunciándose en un caso de similares connotaciones fácticas, en el cual la entidad prestadora de servicios de salud se opuso a la declaratoria de responsabilidad en su contra, en esa oportunidad, consideró:

"En contra del anterior razonamiento, cabe aclarar que no es cierto que la responsabilidad de las EPS se circunscribe

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 20 de mayo de 1993. Proceso ordinario de Gonzalo Naranjo y Rosa Quintero contra Comercializadora Coltepunto Limitada en Liquidación.

a sus funciones estrictamente administrativas en relación con el acceso de los usuarios a la red de salud, pues según el artículo 177 de la ley 100 de 1993, las empresas promotoras de salud tienen como función básica «organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados (...)». Luego, las EPS son responsables directas por la prestación del servicio de salud que reciben los usuarios. En el mismo sentido, los artículos 178, 179 y 180 de la ley 100 de 1993, señalan que las entidades promotoras de salud tienen el control sobre la calidad de la prestación del servicio, como bien se explicó líneas arriba. Vale la pena reiterar, que el artículo 14 de la ley 1122 de 2007 impuso a las EPS la responsabilidad de cumplir las funciones indelegables del aseguramiento en salud, que incluye la garantía de calidad en la prestación de los servicios de salud, en los siguientes términos:

«Para efectos de esta ley entiéndase por aseguramiento en salud, la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario. Lo anterior exige que el asegurador asuma el riesgo transferido por el usuario y cumpla con las obligaciones establecidas en los Planes Obligatorios de Salud. Las Entidades Promotoras de Salud en cada régimen son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento». [Se resalta]

Por consiguiente, fue la misma ley la que asignó a las Entidades Promotoras de Salud de ambos regímenes la obligación de representar a los afiliados ante las instituciones prestadoras, garantizar la calidad de los servicios de salud y asumir el riesgo transferido por el usuario mediante el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el POS.

Finalmente, el artículo 3° de la ley 1438 de 2011 estableció: «Los servicios de salud deberán atender las condiciones del paciente de acuerdo con la evidencia científica, provistos de forma integral, segura y oportuna, mediante una atención humanizada». Esta obligación de brindar una atención en salud oportuna, integral y de calidad implica un enfoque sistémico que involucra la responsabilidad de todos los miembros de la organización encargada de la prestación del servicio de salud.

El paradigma de sistemas es imprescindible para comprender el funcionamiento del Sistema de Seguridad Social en Salud y del Sistema Obligatorio de Garantía de

*Calidad de la Atención en Salud, contenidos en el marco normativo que se ha reseñado con precedencia; así como para la atribución de responsabilidad civil a sus agentes. Según la Teoría General de Sistemas, utilizada por esta Corte como marco conceptual para explicar el fundamento de la responsabilidad civil de las personas jurídicas estructuradas en forma de sistemas no psíquicos u organizativos (SC 13925 del 24 de agosto de 2016), los elementos o miembros de la organización deben ser capaces de interactuar entre sí de manera coordinada (sinergia) mediante el empleo de herramientas o estándares de acción claros y precisos encaminados al logro de resultados exitosos o de alta calidad, cuyo incumplimiento entraña un juicio de reproche culpabilístico cuando se traduce en daños previsibles ocasionados a las personas”.*¹¹

Ha de atenderse que a pesar de que la responsabilidad del médico, de las EPS y de las IPS, hacen parte de un tipo de responsabilidad profesional, que no es extraña al régimen general de la responsabilidad, en la medida que debe concurrir un comportamiento activo o pasivo, el daño patrimonial o extrapatrimonial y la relación de causalidad adecuada entre el daño sufrido y el comportamiento, no es menos cierto que todos ellos responden a un título de imputación diferente.

Así, mientras los médicos responden por violación del deber de asistencia y cuidado, propios de la profesión imputable subjetivamente a título de dolo o culpa y las instituciones prestadoras de servicios médicos (IPS), directamente por los daños causados con dolo o culpa, por los médicos y demás personal médico que en ellas prestan el servicio¹²; las entidades promotoras de salud (EPS), responden por la prestación del servicio de salud deficiente, irregular, inoportuno, lesivo de la calidad exigible, no obstante que son “*todas solidariamente responsables por los daños causados, especialmente, en caso de muerte o lesiones a la salud de las personas.*”¹³

Aplicadas las precedentes directrices al caso en estudio, permiten concluir que si bien los actos médicos de

¹¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC 9193-2017. M.P. Ariel Salazar Ramírez.

¹² Ver sobre el particular, sentencias del 8 de septiembre de 1998, expediente No 5143, MP. Pedro Lafont Pianetta, y del 26 de noviembre de 2010, expediente No 1999-08667-01, MP. Pedro Octavio Munar Cadena (providencia esta última en la que trae a colación los fallos del 12 de septiembre de 1985, y del 22 de julio de 2010)

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia sustitutiva del 17 de noviembre de 2011, MP. William Namén Vargas.

atención y hospitalización fueron ejecutados por la demandada Sociedad de Cirugía de Bogotá-Hospital San José y el médico tratante, la EPS Cruz Blanca no puede exonerar su responsabilidad por ese hecho, ya que aquella es garante de la prestación oportuna, efectiva y de calidad a los usuarios del sistema.

6. Ahora bien, la apelante aduce, de otro lado, que la transacción celebrada por los demandantes con el Hospital de San José – Sociedad de Cirugía de Bogotá, y el doctor Jairo Bonilla Osma extingue cualquier obligación que pudiera existir a su cargo, por ser “deudora solidaria” de dichos litigantes.

Como ya quedó establecido, existe una responsabilidad solidaria entre la entidad prestadora de salud, las instituciones que conforman la red a través de las cuales presta los servicios médico asistenciales y los profesionales de la medicina que atienden a los usuarios. Corresponde entonces examinar si la transacción celebrada con algunos de los demandados extingue también la obligación frente a la EPS Cruz Blanca:

6.1. Recordemos que la génesis de la solidaridad, se halla en brindar una amplia garantía que permita tanto al acreedor como al deudor solidario, tener una mayor posibilidad de obtener el pago del crédito, toda vez que la responsabilidad por el cumplimiento de la obligación, se extiende a todos los obligados de manera íntegra, sin que a ellos les sea dable fraccionar la prestación al momento del cumplimiento.

La solidaridad implica por esencia unidad de obligación y prestación, de allí que el acreedor puede exigir de cualquier deudor la totalidad de la prestación (artículo 1571 del Código Civil), y cualquier deudor que honre la obligación extingue las relaciones del acreedor, de firma tal que si todos los deudores están obligados a una sola prestación idéntica, a cualquiera de ellos le podrá ser exigida y una vez se verifique el pago ese hecho liberará a los demás obligados (artículo 1579 *idem*).

6.2. En el *sub lite*, tenemos que mediante escrito radicado el 27 de julio de 2018, el apoderado de los demandantes manifestó que desistía de la acción frente al Hospital de San José -Sociedad de Cirugía de Bogotá, y el doctor Jairo Bonilla Osma por virtud del contrato de

transacción en el que “se pacto -un -único- pago a favor de los demandantes, por valor de \$300.000.000 (Trescientos Millones de Pesos Moneda C/te) a título de indemnización, como consecuencia de los hechos que dieron lugar a la presente controversia”, y agregó que el pago se realizó el 19 de julio de 2018¹⁴.

6.3. En el contrato de transacción¹⁵, en efecto, sólo intervinieron los demandantes, de un lado, y el Hospital de San José – Sociedad de Cirugía de Bogotá, y el doctor Jairo Bonilla Osma de otro, y allí se consignó:

(i) su objeto era “precaver cualquier tipo de reclamación, presente o futura, con ocasión de la atención médica brindada a BEATRIZ EUGENIA MOLINA durante la atención del trabajo de parto en la Sociedad de Cirugía de Bogotá – Hospital de San José; y que produjo lesiones en el recién nacido actualmente menor de edad CDUM” (cláusula 2ª).

(ii) por lo que los demandados acordaron cancelar, “a título de **REPARACION INTEGRAL**”, la suma de \$300’000.000,00, reconocida por los demandados como “suma única, total y definitiva, de los presuntos perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales, reclamados por **LOS DEMANDANTES**” (cláusula 3ª).

(iii) conviniendo expresamente que “la cancelación de la anterior suma de dinero a favor de LOS DEMANDANTES constituye una **INDEMNIZACIÓN INTEGRAL Y COMPLETA DE LOS EVENTUALES PERJUICIOS** (patrimoniales y extrapatrimoniales o de cualquier naturaleza) que pudieran presuntamente haberse derivado de los hechos que dieron inicio al proceso civil referido con anterioridad. Y, declaran a **PAZ Y SALVO** por cualquier concepto indemnizatorio a la **SOCIEDAD DE CIRUGIA DE BOGOTA – HOSPITAL DE SAN JOSE** y al doctor **JAIR O BONILLA OSMA**, al igual que a toda persona natural o jurídica que dependa de ellos; y, resultare directa o indirectamente involucrada en la reclamación objeto del presente acuerdo, DESISTIENDO de toda acción presente o futura, de carácter laboral, civil, penal o de cualquier otro tipo, por los mismos hechos, haciendo tránsito a cosa juzgada el asunto aquí transigido” (Parágrafo 2º de la cláusula 3ª)
[las negrillas son propias del texto, el subrayado es de la Sala]

6.4. De tal documento no se desprende que los demandantes hayan renunciado expresa o tácitamente a la solidaridad, y aún de entenderse que si lo hicieron ello “no extingue la acción solidaria del acreedor contra los otros deudores, por toda la parte del crédito que no haya sido cubierta por el deudor a cuyo beneficio se renunció la solidaridad” advierte el artículo 1573 del Código Civil.

¹⁴ Folio 1458

¹⁵ Folios 1459 a 1462

6.5. De otro lado, ha de atenderse que el artículo 312 de la ley 1564 de 2012 dispone que *“si la transacción solo recae sobre parte del litigio o de la actuación posterior a la sentencia, el proceso o la actuación posterior a este continuará respecto de las personas o los aspectos no comprendidos en aquella”* y, el artículo 2484 del Código Civil prevé que *“la transacción no surte efectos sino entre los contratantes”* y que *“si son muchos los principales interesados en el negocio sobre el cual se transige, la transacción consentida por el uno de ellos no perjudica ni aprovecha a los otros; salvo, empero, los efectos de la novación en el caso de solidaridad”*.

6.6. Aplicadas dichas nociones al caso concreto se concluye que, si bien es cierto la también demandada EPS Cruz Blanca no participó en ese contrato de transacción, no lo es menos que en éste se recalcó y reiteró que se trataba de una **“REPARACION INTEGRAL”** de todos los perjuicios ocasionados (patrimoniales, extrapatrimoniales o de cualquier naturaleza); conviniéndose la indemnización en \$300'000.000,00, **“suma única, total y definitiva”**, monto cuyo pago se verificó el 19 de julio de 2018¹⁶; de allí que no pueda predicarse que el acuerdo sólo recayó sobre *“parte del litigio”*, sino por el contrario comprendió todo lo aquí reclamado.

A raíz de la reparación integral del daño, conforme al artículo 16 de la ley 446 de 1998, ello excluye toda posibilidad de ordenar una nueva indemnización a cargo de un tercero no involucrado en ese contrato de transacción, empero si solidariamente responsable frente a la reparación del daño, pues el pago tuvo su génesis en los mismos hechos aquí controvertidos; en caso contrario, de accederse existiría un enriquecimiento injustificado de la víctima.

De esa manera, emerge extinguida totalmente la obligación cuya reparación se deprecó también de la EPS Cruz Blanca.

7. Por lo anterior, fundadas resultan las censuras del apelante, lo que amerita la revocatoria del fallo impugnado e impone, en consecuencia, denegar las pretensiones de los demandantes; sin que haya lugar a condena en costas en esta Sede dado el éxito del recurso.

¹⁶ Folio 1467

DECISIÓN

Con cimiento en lo explicado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., en Sala de Decisión Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

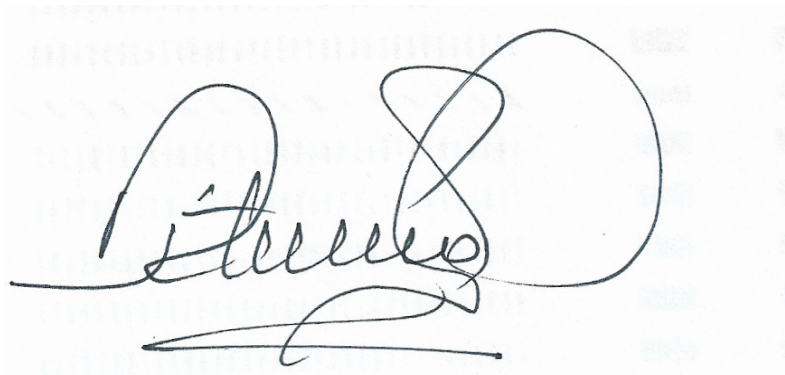
REVOCAR la sentencia emitida el 19 de marzo de 2019 por el Juzgado 14 Civil del Circuito de Bogotá y en su lugar se DISPONE:

PRIMERO: Negar las pretensiones que respecto de la EPS Cruz Blanca formularon la señora Beatriz Eugenia Molina Gil y su menor hijo CDUM, fundadas en una responsabilidad civil extracontractual.

SEGUNDO: Negar las pretensiones que frente a la EPS Cruz Blanca plantearon el señor Melquizedec Useche Capera y la señora Libia María Gil Correa, dada la extinción de la obligación por virtud del contrato de transacción sobre la totalidad de la indemnización reclamada.

TERCERO: Sin condena en costas dada la prosperidad del recurso.

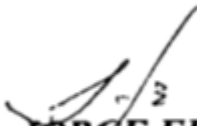
NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,



RUTH ELENA GALVIS VERGARA
Magistrada



MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA
Magistrada



JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Bogotá, D.C., veintiuno de julio de dos mil veinte

Proceso:	Ordinario.
Demandante:	Francesco Napoli
Demandado:	Summa S.A.S.
Radicación:	110013103024201100276 01
Procedencia:	Juzgado 46 Civil del Circuito de Bogotá.
Asunto:	Recurso de queja

Se decide el recurso de queja instaurado por el apoderado judicial del demandante.

Antecedentes

1. En el proceso de la referencia se pretende que se declare que Summa S.A.S. y el señor Francesco Napoli celebraron un contrato comercial y fue terminado unilateralmente.

2. El Juzgado 46 Civil del Circuito de Bogotá, que adelanta su trámite, el 23 de octubre de 2018 dictó un auto del siguiente tenor: *“Teniendo en cuenta que el presente asunto no fue recibido por el Juzgado 1º Civil del Circuito Transitorio de Bogotá, en consideración a que se encuentran pruebas pendientes por practicar, tal como se estableciera en la diligencia del 19 de octubre de 2017, por ende el despacho dispone, Continuar con el trámite de este asunto en esta sede judicial. Para tal fin se mantiene la audiencia de alegaciones y fallo señalada en el auto del 27 de agosto de 2018 (fl 514), la cual está programada para el día 28 de mayo de 2019 a la hora de las 10:00 am”*

3. El apoderado judicial del demandante, interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación *“toda vez que aun no es procedente dar cierre al debate probatorio, dado que se encuentran pendientes de práctica los siguientes medios de prueba que fueron decretados oportunamente por el Despacho...”* (...) pidieron

“decretar la práctica de las pruebas pendientes de recaudo previamente a la realización de la audiencia de alegaciones y fallo”

4. El Juez 46 Civil del Circuito de Bogotá mediante proveído de 16 de mayo de 2019, mantuvo incólume el auto y denegó la concesión del recurso de apelación. Además, aclaró que el auto que declaró precluido el término probatorio fue proferido el 13 de julio de 2016, sin recurso alguno por lo que cobró ejecutoria; además de manera oficiosa y en cumplimiento del artículo 132 de la ley 1564 de 2012 revocó el auto de 19 de octubre de 2017 dictado en audiencia y de acuerdo con lo consignado en el acta fue del siguiente tenor: *“Auto: Se convoca al representante legal de Suma S.A.S. para que el día 17 de noviembre a las 4:00 P.M. comparezca al despacho y exhiba los documentos que le fueron requeridos en el auto de apertura a pruebas, los cuales corresponden a los documentos cuya exhibición se solicitó en el auto admisorio de la demanda...”*

5. El apoderado del demandante contra esa decisión propició los recursos de reposición y solicitó la expedición de copias para recurrir en queja.

6. Al resolver el recurso principal la Juez decidió mantener incólume el auto de 16 de mayo de 2019, por cuanto la providencia de 23 de octubre de 2018 de manera alguna decreta o niega pruebas. Además autorizó la expedición de las copias para surtir el recurso de queja.

Consideraciones

1. Memórese que el recurso de queja, tiene como fin permitir que en caso de ser negado el recurso de apelación o el de casación por parte del Juez o Tribunal, el superior jerárquico de quien niega, se pronuncie sobre si el recurso procede o no, artículo 352 de la ley 1564 de 2012.

Su procedencia supone dar cumplimiento a todas y cada una de las exigencias reseñadas en el artículo 353 *ibídem*, esto es, que una vez denegada la reposición o interpuesta la queja, el Juez ordenara la reproducción de las piezas procesales necesarias y se procederá en la forma prevista para el trámite de la apelación, expedidas las copias serán remitidas al superior, quien, una vez analizado los supuestos fácticos y jurídicos lo decidirá circunscribiendo su estudio a establecer si se trata o no de una indebida denegación de la apelación o casación.

Debe resaltarse que el objetivo de la queja es decirle al Superior por qué la providencia atacada es susceptible de apelación o casación en su caso y la decisión del recurso no

entraña resolver de plano el recurso de apelación, sino de estudiar su viabilidad dentro del ordenamiento procesal.

2. Luego, el recurso de queja sobre el que aquí se resuelve tiene por objeto que se conceda la apelación contra la determinación adoptada en auto de 23 de octubre de 2018 (notificado el 24 del mismo mes y año) [folio 516].

Arguye el apoderado de la parte demandante que resulta apelable el auto de conformidad con el artículo 321 numeral 3° de la Ley 1564 de 2012, que enlista como susceptible de tal prerrogativa el auto “... *contra providencias que niegan el decreto o práctica de pruebas*”, y como los medios de prueba “*fueron decretados por el Despacho en la audiencia llevada a cabo el pasado 19 de octubre de 2.017 se dejó constancia que las mismas se encontraban pendientes de práctica y, por consiguiente, el Juzgado fijó fecha y hora para llevar a cabo el recaudo de dichos medios de convicción*” la providencia cuestionada, “*negó la práctica de pruebas que ya habían sido decretadas en su oportunidad por el Despacho*” [folio 526].

La práctica de las pruebas en las que insiste el extremo demandante fue dispuesta en auto de 19 de octubre de 2017, disponiendo fecha para la exhibición de documentos, y autorizando al demandante para que contratara experto que rindiera el dictamen decretado.

Desde entonces se fijaron varias fechas para llevar a cabo la audiencia de alegaciones y fallo prevista por el artículo 373 *idem*, actos que no se realizaron [folios 511-514]

3. De otro lado, en el auto cuestionado no se adoptó determinación que denegará el decreto de alguna probanza, como tampoco, se rechazó la práctica de las decretadas. Como se anotó, lo decidido fue “*Continuar con el trámite de este asunto en esta sede judicial. Para tal fin se mantiene la audiencia de alegaciones y fallo señalada en auto del 27 de agosto de 2018 (fl. 514), la cual está programada para el día 28 de mayo de 2019 a la hora de las 10:00 am*” [folio 516]; y, sin duda, el auto que señala fecha y hora para llevar a cabo una audiencia no es susceptible de ser examinada por vía de recurso de apelación, pues legislador no lo determinó así.

Se insiste, la procedencia del recurso de alzada se rige por el principio de **taxatividad** o **especificidad**, de allí que sólo se habilita la apelación frente a aquellas providencias para las cuales el legislador así lo ha expresamente consagrado, sin que sea posible hacer extensiones analógicas, o intrincadas elucubraciones como las que hace el quejoso.

4. Finalmente, se precisa que en relación con el recurso de queja el superior no tiene más competencia que para determinar si la providencia es o no apelable; por lo mismo, no puede ser materia de pronunciamiento de la Sala lo que refiere a si el *a-quo* acertó o no en su decisión.

Por lo tanto, deberá declararse bien denegado el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra el auto de 23 de octubre de 2018.

Decisión

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., en Sala de Decisión Civil, **RESUELVE:**

1. DECLARAR bien denegado el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra del auto proferido el 23 de octubre de 2018 por el Juzgado 46 Civil del Circuito de Bogotá.

2. Sin condena en costas por no aparecer causadas.

Notifíquese y cúmplase,



RUTH ELENA GALVIS VERGARA
Magistrada
Firmado Por:

RUTH ELENA GALVIS VERGARA
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 011 CIVIL DE BOGOTÁ D.C.

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
ec1cc1d51d633d7f63f398bad87d64ac29265d5a7a72d44f
0c7862d858bfc861

Documento generado en 21/07/2020 07:57:33 a.m.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

Bogotá D.C., veintiuno (21) de julio de dos mil veinte (2020).

Proceso No. 110013199003201801214 01
Clase: VERBAL – PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR
Demandantes: MAQUILA INTERNACIONAL DE CONFECCIÓN S.A. y NORA EUGENIA GÓMEZ GONZÁLEZ.
Demandada: ACCIÓN FIDUCIARIA S.A., actuación a la que fue llamada en garantía SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.

Sería del caso resolver la apelación interpuesta por la parte actora contra la sentencia anticipada de 7 de mayo de 2020 proferida por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, mediante la cual declaró probada la excepción de transacción y le negó sus pretensiones, si no fuera porque el suscrito Magistrado observa una nulidad insaneable que es preciso decretar de acuerdo con el numeral 8° del artículo 133 del CGP, la que se impone declarar de oficio, puesto que no se convocó a las personas que necesariamente debían ser citadas como parte.

En efecto, en el subsanado libelo¹ el extremo actor pidió que “*por incumplimiento en las **obligaciones contractuales y legales***”, se obligue a Acción Fiduciaria S.A. a devolver la totalidad de los dineros que le entregaron, así: a Maquila Internacional de Confección S.A., \$670’164.072,00, y a Nora Eugenia Gómez González, \$424’127.252,00, todo lo cual, con soporte en:

i) el “*encargo fiduciario de preventas promotor MP-799*” (de 17 de diciembre de 2013) suscrito entre Urbo Colombia S.A.S. (fideicomitente), quien el 20

¹ en principio la parte actora pidió, principalmente, que en virtud de lo previsto en los artículos 43 y 44 de la Ley 1480 de 2011, se tuviera por ineficaz de pleno derecho los parágrafos primero de las cláusulas primera de los otosíes de 28 de noviembre de 2016, en cuanto a transacciones y desistimientos de cualquier reclamación con ocasión de los encargos fiduciarios individuales 256 y 245 de mayo de 2014 y, en consecuencia, reintegrar los dineros depositados por incumplimiento de las obligaciones contractuales y legales.

de enero de 2014 cedió su posición contractual de promotora a Marcas Mall Cali S.A.S., y la acá convocada, Acción Fiduciaria S.A., en su calidad de “fiduciaria”², junto con sus “otrosíes modificatorios” de marzo, 21 de mayo y 15 de octubre de 2014; **ii)** el contrato de fiducia mercantil inmobiliaria FA-2351 de 28 de marzo de 2014 firmado por Marcas Mall Cali S.A.S. (promotora) y Acción Fiduciaria S.A. (fiduciaria), como vocera de ese patrimonio autónomo; **iii)** los encargos fiduciarios individuales n.ºs 1100010256 y 1100010245 de 12 y 13 de mayo de siguiente, suscritos entre los acá accionantes (inversionistas), Marcas Mall Cali S.A.S. (promotora) y Acción Fiduciaria S.A. (fiduciaria); **iv)** las promesas de compraventa de los referidos locales suscritas en el año 2014 entre la promotora Marcas Mall Cali S.A.S. y los gestores de esta acción, y **v)** el “acta de verificación” de cumplimiento de requisitos del encargo fiduciario de preventas promotor MR-799 Marcas Mall de 4 de noviembre de 2014 suscrita por la promotora Marcas Mall Cali S.A.S. y Acción Fiduciaria S.A.

La parte actora igualmente trajo a cuento los “otrosíes reglamentarios” de los encargos fiduciarios individuales en comento de 28 de noviembre, 4 de diciembre de 2014 y 28 de noviembre de 2016, estos últimos contentivos de la “**transacción**” (acogida por el *a quo* en su sentencia anticipada), en los que intervinieron los actores, e igualmente Marcas Mall Cali S.A.S. (promotora), Acción Fiduciaria S.A. (como vocera del fideicomiso MR-799 Marcas Mall), junto con Urbanizar S.A. (gerente del proyecto).

El anterior recuento fáctico evidencia, al menos *prima facie*, que en el presente asunto, no solo la sociedad demandada debe resistir la pretensión en nombre propio, sino como **vocera** del patrimonio autónomo FA-2351 Marcas Mall Cali; al igual que Marcas Mall Cali S.A.S. y Urbanizar S.A. como fideicomitente, promotor, desarrollador y gerente del proyecto, quienes también quedaron indisolublemente ligadas por el entramado de estipulaciones ante el **coligamiento** de os referidos contratos, figura que, en el sentir de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, “*supone una pluralidad de ellos que, sin perder su fisonomía y autonomía propias, se conjugan para la efectiva realización de una operación económica, que sólo de esta manera puede obtenerse*”. (Sentencia de 15 de noviembre de 2017, exp. n.º 1998-00181-02, SC18476-2017; se resalta).

Por lo anterior, es claro que Acción Fiduciaria S.A., también como vocera del patrimonio autónomo FA-2351³, Marcas Mall Cali S.A.S.

² Fl. 46, demanda original.

³ Sin que surja relevante que el patrimonio autónomo pudiere encontrarse en la liquidación que regula el artículo 50 de la Ley 1116 de 2006, pues este Tribunal ya ha precisado en acciones de protección al consumidor, que a “*las resultas del proceso liquidatorio habrá de estarse el demandante... en el sentido de precisar que los valores reconocidos..., a cargo de la recurrente y solidariamente responsable..., se sujetan al plazo y reglas del trámite liquidatorio que se surte... ante*

(cedente del **70.4%** en el fideicomiso FA-2351 de 28 de marzo de 2014) y Urbanizar S.A. (cesionaria), debieron ser citadas al proceso como parte, pues tal como lo ha puntualizado la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, ***“si a la formación de un acto o contrato concurren dos o más sujetos de derecho, la resolución⁴, la disolución, la nulidad, la simulación, o, en general, cualquier alteración o modificación del mismo no podría decretarse eficazmente en un proceso sin que todos esos sujetos hubieran sido convocados a éste”⁵***.

A propósito de la **transacción**, no en vano para que ésta *“produzca efectos **deberá solicitarse por quienes la hayan celebrado, dirigida al juez o tribunal que conozca del proceso o de la respectiva actuación posterior a este, según fuere el caso, precisando sus alcances o acompañando el documento que la contenga**”* (inciso 2º, artículo 312 del CGP), y solo puede aceptarse cuando *“se ajuste al **derecho sustancial**”* (inciso 3º, *ídem*; negrillas y subrayas fuera de texto).

Con otras palabras (como incluso en su momento lo pidió –sin éxito⁶– la sociedad accionada), la naturaleza de la relación sustancial controvertida implicaba integrar el contradictorio con Acción Fiduciaria S.A., vocera del patrimonio autónomo FA-2351, Marcas Mall Cali S.A.S. y Urbanizar S.A., pues si fueron parte de los negocios jurídicos que soportan las pretensiones, sin su presencia no era -ni es- posible resolver de mérito sobre la pretensión de *“incumplimiento en las **obligaciones contractuales y legales**”* (artículo 61 del CGP).

Que si la parte actora señaló, al descorrer el traslado de la excepción previa del numeral 9º del artículo 100 del CGP, que la *“presente acción se encuentra encaminada única y exclusivamente a demostrar el incumplimiento contractual derivado de los [convenios] de encargo fiduciario individual suscritos con la fiduciaria”*, no altera la conclusión a la que se ha llegado sobre la nulidad procesal, menos aún so pretexto de que no se pretendió la declaración de incumplimiento de Marcas Mall Cali S.A.S. o Urbanizar S.A., habida cuenta que sea cual fuere la suerte de la pretensión, ella implica una modificación de los encargos y otrosíes en cuestión, aunado al hecho de que también es deber de los jueces *“integrar el litisconsorcio pasivo antes de proferir el fallo [anticipado] de primera instancia”⁷*, por lo que al juicio deben concurrir quienes también fueron parte en esos acuerdos de voluntades.

la Superintendencia de Sociedades.” (Sentencia de 28 de febrero de 2019, exp. n.º 110013199001201840981 01. M.P. Manuel Alfonso Zamudio Mora).

⁴ En la demanda se mantuvo la pretensión de **incumplimiento** contractual.

⁵ Sala de Casación Civil. Sentencia de 8 de mayo de 1992.

⁶ Según los autos de 26 de diciembre de 2018, reiterado el 29 de marzo de 2019.

⁷ CSJ. Sala de Casación Civil. Sentencia de 5 de diciembre de 2011, exp. No. 2005-00199-01.

Desde luego que para continuar la actuación de responsabilidad contractual, la competencia de la Delagatura *a quo* no se descarta porque para desatar la controversia se deba citar a las referidas personas jurídicas, so capa de ser limitada al tenor de lo previsto en los artículos 116 de la Carta Política, 57 de la Ley 1480 de 2011 y numeral 2° del 24 del CGP⁸, por cuanto tal como lo ha precisado este Tribunal,

“(…) fincadas las pretensiones en un cuadro fáctico que evidencie, al menos *prima facie*, una relación de consumo entre el demandante [inversionistas] y demandado [Acción Fiduciaria], queda establecida la habilitación de la respectiva superintendencia para impartir justicia en el caso concreto, hipótesis en la que, al asumir competencia, aquella autoridad administrativa “desplaza” al juez que, en principio, hubiera sido el llamado a resolver la controversia y, por tal motivo, deberá aplicar al trámite ‘las mismas vías procesales previstas en la Ley para los jueces’ (par. 3°, art. 24, C. G. del P.)”. (Auto de 20 de febrero de 2019, exp. n.º 11001 3199 001 2017 20381 01; negrillas y subrayas fuera de texto).

En un asunto de similares contornos, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sede de tutela, también zanjó la discusión al señalar, *mutatis mutandis*, que:

“(…) si bien es cierto la competencia a prevención que la Superintendencia... adquiere en virtud a las funciones jurisdiccionales otorgadas por la Constitución y desarrolladas por la ley, en principio se limitan a determinados conflictos en razón a la especialidad y conocimientos técnicos que tiene sobre algunas materias, también lo es que tal autoridad no puede desconocer las vicisitudes que surgen al interior de los procesos para su debate en ese escenario, por ende, como juez de la causa no puede dejar de brindarle la solución jurídica que tales situaciones requieran.

(...)el primer inciso del párrafo 1° de dicha normativa [artículo 24 del Código General del Proceso] prevé que «las funciones jurisdiccionales a que se refiere este artículo, generan competencia a prevención y, por ende, no excluyen la competencia otorgada por la ley a las autoridades judiciales y a las autoridades administrativas en estos determinados asuntos», mientras el párrafo 3° señala que «las autoridades administrativas tramitarán los procesos a través de las mismas vías procesales previstas en la ley para los jueces». Subraya la Sala.

⁸ Norma según la cual: “La Superintendencia Financiera de Colombia conocerá de las controversias que surjan entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas relacionadas exclusivamente con la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones contractuales que asuman con ocasión de la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público.”

*Acorde con ello y ya en lo atinente al primero de los asuntos en comentario y que refiere al que es materia de estudio, el artículo 58 [al cual se remite el inciso final del artículo 57 que atribuyó facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Financiera de Colombia] de la Ley 1480 de 2011 – Estatuto del Consumidor, establece: «Los procesos que versen sobre violación a los derechos de los consumidores establecidos en normas generales o especiales en todos los sectores de la economía, a excepción de la responsabilidad por producto defectuoso y de las acciones de grupo o las populares, se tramitarán por el procedimiento verbal sumario», e indica, dentro de las reglas a seguir, que «La Superintendencia... tiene competencia en todo el territorio nacional y **reemplaza al juez de primera o única instancia competente por razón de la cuantía y el territorio**». Resaltado fuera del texto.*

En esas condiciones, sin dejar de lado que con base en los artículos 116 de la Carta Política y 24 del Código General del Proceso, los traslados de competencias jurisdiccionales a autoridades administrativas son excepcionales y reglados, debe apreciarse que, como en el caso particular, si para la acción de protección al consumidor, como uno de los específicos casos en que el Estado le otorga esa facultades a la Superintendencia... para dirimirlo, correspondía a esa entidad desatar la controversia suscitada, lo que implica tramitar y definir las etapas procesales previstas en el estatuto adjetivo, entre ellas la tramitación del llamamiento en garantía como figura jurídica admisible en esos juicios [o la integración del contradictorio con los litisconsortes necesarios, como acá], como lo haría el juez ordinario permanente si se le hubiera asignado el conocimiento del caso. (Sentencia de 29 de mayo de 2019, exp. n.º 110012203000201900542 01, STC6760-2019; subrayas y negrillas fuera de texto).

Desde esta perspectiva, se declarará la nulidad de lo actuado tanto en esta instancia, como a partir de la sentencia anticipada de primer grado, inclusive, por configuración del vicio previsto en el numeral 9º del artículo 133 del CGP⁹, y que con fundamento en el inciso 5º del artículo 325, *idem*, en armonía con los artículos 134 (*in fine*)¹⁰ y 137 *ibidem*, es procedente declarar de manera oficiosa, para que la primera instancia proceda a integrar el litisconsorcio necesario con Acción Fiduciaria S.A., en su condición de vocera del patrimonio autónomo FA-2351, Marcas Mall Cali S.A.S. y Urbanizar S.A., figura procesal que tiende a eliminar la eficacia de actos irregulares que comportan la afectación a la garantía del debido proceso de los intervinientes en el juicio.

⁹ Véase a este respecto la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 6 de octubre de 1999, exp. 5224.

¹⁰ La nulidad por indebida representación, notificación o emplazamiento, sólo beneficiará a quien la haya invocado. **Cuando exista litisconsorcio necesario y se hubiere proferido sentencia, esta se anulará y se integrará el contradictorio.**

Desde luego que las pruebas practicadas dentro de dicha actuación conservarán su validez y tendrán eficacia respecto a quienes tuvieron la oportunidad de contradecirlas (artículo 138 del CGP), sin que haya lugar a condenar en costas por no aparecer causadas (artículo 365, *ídem*).

Por lo expuesto, el suscrito magistrado sustanciador,

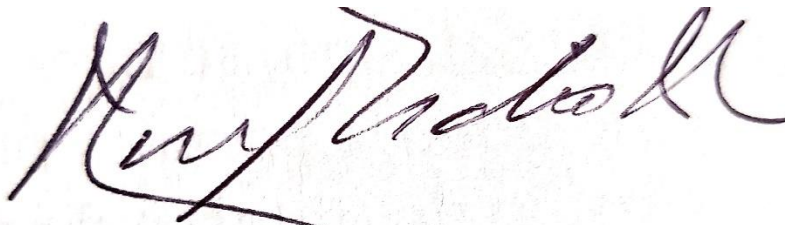
RESUELVE:

Primero. Declarar la nulidad de todo lo actuado en esta instancia.

Segundo. Declarar de oficio la nulidad de todo lo actuado a partir de la sentencia anticipada de 7 de mayo de 2020 proferida por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, inclusive, quien deberá adoptar las medidas necesarias para vincular a Acción Fiduciaria S.A., en su condición de vocera del patrimonio autónomo FA-2351, Marcas Mall Cali S.A.S. y Urbanizar S.A., por las razones expuestas; sin embargo, las pruebas practicadas dentro de dicha actuación conservarán su validez y tendrán eficacia respecto a quienes tuvieron la oportunidad de contradecirlas.

Tercero. Sin costas de esta instancia.

NOTIFÍQUESE



MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA
Magistrado.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

Bogotá D.C., veintiuno (21) de julio de dos mil veinte (2020).

Proceso No. 110013199003201801255 01
Clase: VERBAL – PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR
Demandantes: ANA CRISTINA y MARÍA PAULA ORREGO GOMEZ.
Demandada: ACCIÓN FIDUCIARIA S.A., actuación a la que fue llamada en garantía SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.

Sería del caso resolver la apelación interpuesta por la parte actora contra la sentencia anticipada de 14 de abril de 2020 proferida por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, mediante la cual declaró probada la excepción de transacción y le negó sus pretensiones, si no fuera porque el suscrito Magistrado observa una nulidad insaneable que es preciso decretar de acuerdo con el numeral 8º del artículo 133 del CGP, la que se impone declarar de oficio, puesto que no se convocó a las personas que necesariamente debían ser citadas como parte.

En efecto, en el subsanado libelo¹ pidió que “*por incumplimiento en las obligaciones contractuales*”, se obligue a Acción Fiduciaria S.A. a devolver los dineros que entregaron Ana Cristina y María Paula Orrego Gómez, cada una por \$255’645.000,00, todo lo cual, con soporte en:

i) el “*encargo fiduciario de preventas promotor MP-799*” (de 17 de diciembre de 2013) suscrito entre Urbo Colombia S.A.S. (fideicomitente), quien el 20 de enero de 2014 cedió su posición contractual de promotora a Marcas Mall Cali S.A.S., y la acá convocada, Acción Fiduciaria S.A., en su calidad de “fiduciaria”, junto con sus “*otrosíes modificatorios*”; **ii)** el contrato de

¹ en principio la parte actora pidió, principalmente, que en virtud de lo previsto en los artículos 43 y 44 de la Ley 1480 de 2011, se tuviera por ineficaz de pleno derecho los parágrafos primero de las cláusulas primera de los otrosíes de 28 de noviembre de 2016, en cuanto a transacciones y desistimientos de cualquier reclamación con ocasión de los encargos fiduciarios individuales 258 y 228 de marzo de 2014 y, en consecuencia, reintegrar los dineros depositados por incumplimiento de las obligaciones contractuales y legales.

fiducia mercantil inmobiliaria FA-2351 de 28 de marzo de 2014 firmado por Marcas Mall Cali S.A.S. (promotora) y Acción Fiduciaria S.A. (fiduciaria), como vocera de ese patrimonio autónomo; **iii)** los encargos fiduciarios individuales n.ºs 1100010258 y 1100010228 –sin fecha-, suscritos entre los acá accionantes (inversionistas), Marcas Mall Cali S.A.S. (promotora) y Acción Fiduciaria S.A. (fiduciaria); **iv)** las promesas de compraventa de los locales 1-069 y 1-068 suscritas el 14 [y 21] de agosto de 2014 entre la promotora Marcas Mall Cali S.A.S. y los gestores de esta acción, y **v)** el “acta de verificación” de cumplimiento de requisitos del encargo fiduciario de preventas promotor MR-799 Marcas Mall de 4 de noviembre de 2014 suscrita por la promotora Marcas Mall Cali S.A.S. y Acción Fiduciaria S.A.

La parte actora igualmente trajo a cuento los “otrosíes reglamentarios” de los encargos fiduciarios individuales en comentario de 19 de octubre de 2015, 18 y 22 de agosto de 2017, estos últimos contentivos de la “**transacción**” (acogida por el *a quo* en su sentencia anticipada), en los que intervinieron las accionantes, e igualmente Marcas Mall Cali S.A.S. (promotora), Acción Fiduciaria S.A. (como vocera del fideicomiso MR-799 Marcas Mall), junto con Urbanizar S.A. (gerente del proyecto).

El anterior recuento fáctico evidencia, al menos *prima facie*, que en el presente asunto, no solo la sociedad demandada debe resistir la pretensión en nombre propio, sino como **vocera** del patrimonio autónomo FA-2351 Marcas Mall Cali; al igual que Marcas Mall Cali S.A.S. y Urbanizar S.A. como fideicomitente, promotor, desarrollador y gerente del proyecto, quienes también quedaron indisolublemente ligadas por el entramado de estipulaciones ante el **coligamiento** de los referidos contratos, figura que, en el sentir de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, “*supone una pluralidad de ellos que, sin perder su fisonomía y autonomía propias, se conjugan para la efectiva realización de una operación económica, que sólo de esta manera puede obtenerse*”. (Sentencia de 15 de noviembre de 2017, exp. n.º 1998-00181-02, SC18476-2017; se resalta).

Por lo anterior, es claro que Acción Fiduciaria S.A., también como vocera del patrimonio autónomo FA-2351², Marcas Mall Cali S.A.S. (cedente del **70.4%** en el fideicomiso FA-2351 de 28 de marzo de 2014) y Urbanizar S.A. (cesionaria), debieron ser citadas al proceso como parte, pues tal como lo ha puntualizado la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, “**si a la formación de un acto o**

² Sin que surja relevante que el patrimonio autónomo pudiese encontrarse en la liquidación que regula el artículo 50 de la Ley 1116 de 2006, pues este Tribunal ya ha precisado en acciones de protección al consumidor, que a “*las resultas del proceso liquidatorio habrá de estarse el demandante... en el sentido de precisar que los valores reconocidos..., a cargo de la recurrente y solidariamente responsable..., se sujetan al plazo y reglas del trámite liquidatorio que se surte... ante la Superintendencia de Sociedades.*” (Sentencia de 28 de febrero de 2019, exp. n.º 110013199001201840981 01. M.P. Manuel Alfonso Zamudio Mora).

***contrato concurren dos o más sujetos de derecho, la resolución³, la disolución, la nulidad, la simulación, o, en general, cualquier alteración o modificación del mismo no podría decretarse eficazmente en un proceso sin que todos esos sujetos hubieran sido convocados a éste*⁴.**

A propósito de la **transacción**, no en vano para que ésta “*produzca efectos deberá solicitarse por quienes la hayan celebrado, dirigida al juez o tribunal que conozca del proceso o de la respectiva actuación posterior a este, según fuere el caso, precisando sus alcances o acompañando el documento que la contenga*” (inciso 2º, artículo 312 del CGP), y solo puede aceptarse cuando “*se ajuste al derecho sustancial*” (inciso 3º, *ídem*; negrillas y subrayas fuera de texto).

Con otras palabras (como incluso en su momento lo pidió –sin éxito⁵– la sociedad accionada), la naturaleza de la relación sustancial controvertida implicaba integrar el contradictorio con Acción Fiduciaria S.A., vocera del patrimonio autónomo FA-2351, Marcas Mall Cali S.A.S. y Urbanizar S.A., pues si fueron parte de los negocios jurídicos que soportan las pretensiones, sin su presencia no era –ni es– posible resolver de mérito sobre la pretensión de “*incumplimiento en las **obligaciones contractuales y legales***” (artículo 61 del CGP).

Que si la parte actora señaló, al descorrer el traslado de la excepción previa del numeral 9º del artículo 100 del CGP, que la “*presente acción se encuentra encaminada única y exclusivamente a demostrar el incumplimiento contractual derivado de los [convenios] de encargo fiduciario individual suscritos con la fiduciaria*”, no altera la conclusión a la que se ha llegado sobre la nulidad procesal, menos aún so pretexto de que no se pretendió la declaración de incumplimiento de Marcas Mall Cali S.A.S. o Urbanizar S.A., habida cuenta que sea cual fuere la suerte de la pretensión, ella implica una modificación de los encargos y otros íes en cuestión, aunado al hecho de que también es deber de los jueces “*integrar el litisconsorcio pasivo antes de proferir el fallo [anticipado] de primera instancia*”⁶, por lo que al juicio deben concurrir quienes también fueron parte en esos acuerdos de voluntades.

Desde luego que para continuar la actuación de responsabilidad contractual, la competencia de la Delagatura *a quo* no se descarta porque para desatar la controversia se deba citar a las referidas personas jurídicas, so capa de ser limitada al tenor de lo previsto en los artículos 116 de la

³ En la demanda se mantuvo la pretensión de **incumplimiento** contractual.

⁴ Sala de Casación Civil. Sentencia de 8 de mayo de 1992.

⁵ Según los autos de 26 de diciembre de 2018, reiterado el 29 de marzo de 2019.

⁶ CSJ. Sala de Casación Civil. Sentencia de 5 de diciembre de 2011, exp. No. 2005-00199-01.

Carta Política, 57 de la Ley 1480 de 2011 y numeral 2° del 24 del CGP⁷, por cuanto tal como lo ha precisado este Tribunal,

“(…) **fincadas las pretensiones en un cuadro fáctico que evidencie, al menos *prima facie*, una relación de consumo entre el demandante [inversionistas] y demandado [Acción Fiduciaria], queda establecida la habilitación de la respectiva superintendencia para impartir justicia en el caso concreto, hipótesis en la que, al asumir competencia, aquella autoridad administrativa “desplaza” al juez que, en principio, hubiera sido el llamado a resolver la controversia y, por tal motivo, deberá aplicar al trámite ‘las mismas vías procesales previstas en la Ley para los jueces’** (par. 3°, art. 24, C. G. del P.)”. (Auto de 20 de febrero de 2019, exp. n.º 11001 3199 001 2017 20381 01; negrillas y subrayas fuera de texto).

En un asunto de similares contornos, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sede de tutela, también zanjó la discusión al señalar, *mutatis mutandis*, que:

“(…) *si bien es cierto la competencia a prevención que la Superintendencia... adquiere en virtud a las funciones jurisdiccionales otorgadas por la Constitución y desarrolladas por la ley, en principio se limitan a determinados conflictos en razón a la especialidad y conocimientos técnicos que tiene sobre algunas materias, también lo es que tal autoridad no puede desconocer las vicisitudes que surgen al interior de los procesos para su debate en ese escenario, por ende, como juez de la causa no puede dejar de brindarle la solución jurídica que tales situaciones requieran.*

(...)el primer inciso del parágrafo 1° de dicha normativa [artículo 24 del Código General del Proceso] prevé que «las funciones jurisdiccionales a que se refiere este artículo, generan competencia a prevención y, por ende, no excluyen la competencia otorgada por la ley a las autoridades judiciales y a las autoridades administrativas en estos determinados asuntos», mientras el parágrafo 3° señala que «las autoridades administrativas tramitarán los procesos a través de las mismas vías procesales previstas en la ley para los jueces». Subraya la Sala.

Acorde con ello y ya en lo atinente al primero de los asuntos en comentario y que refiere al que es materia de estudio, el artículo 58 [al cual se remite el inciso final del artículo 57 que atribuyó facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Financiera de Colombia] de la Ley 1480 de 2011 –

⁷ Norma según la cual: “La Superintendencia Financiera de Colombia conocerá de las controversias que surjan entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas relacionadas exclusivamente con la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones contractuales que asuman con ocasión de la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público.”

*Estatuto del Consumidor, establece: «Los procesos que versen sobre violación a los derechos de los consumidores establecidos en normas generales o especiales en todos los sectores de la economía, a excepción de la responsabilidad por producto defectuoso y de las acciones de grupo o las populares, se tramitarán por el procedimiento verbal sumario», e indica, dentro de las reglas a seguir, que «La Superintendencia... tiene competencia en todo el territorio nacional y **reemplaza al juez de primera o única instancia competente por razón de la cuantía y el territorio**». Resaltado fuera del texto.*

En esas condiciones, sin dejar de lado que con base en los artículos 116 de la Carta Política y 24 del Código General del Proceso, los traslados de competencias jurisdiccionales a autoridades administrativas son excepcionales y reglados, debe apreciarse que, como en el caso particular, si para la acción de protección al consumidor, como uno de los específicos casos en que el Estado le otorga esa facultades a la Superintendencia... para dirimirlo, correspondía a esa entidad desatar la controversia suscitada, lo que implica tramitar y definir las etapas procesales previstas en el estatuto adjetivo, entre ellas la tramitación del llamamiento en garantía como figura jurídica admisible en esos juicios [o la integración del contradictorio con los litisconsortes necesarios, como acá], como lo haría el juez ordinario permanente si se le hubiera asignado el conocimiento del caso.” (Sentencia de 29 de mayo de 2019, exp. n.º 110012203000201900542 01, STC6760-2019; subrayas y negrillas fuera de texto).

Desde esta perspectiva, se declarará la nulidad de lo actuado tanto en esta instancia, como a partir de la sentencia anticipada de primer grado, inclusive, por configuración del vicio previsto en el numeral 9º del artículo 133 del CGP⁸, y que con fundamento en el inciso 5º del artículo 325, *ídem*, en armonía con los artículos 134 (*in fine*)⁹ y 137 *ibídem*, es procedente declarar de manera oficiosa, para que la primera instancia proceda a integrar el litisconsorcio necesario con Acción Fiduciaria S.A., en su condición de vocera del patrimonio autónomo FA-2351, Marcas Mall Cali S.A.S. y Urbanizar S.A., figura procesal que tiende a eliminar la eficacia de actos irregulares que comportan la afectación a la garantía del debido proceso de los intervinientes en el juicio.

Desde luego que las pruebas practicadas dentro de dicha actuación conservarán su validez y tendrán eficacia respecto a quienes tuvieron la oportunidad de contradecirlas (artículo 138 del CGP), sin que haya lugar a condenar en costas por no aparecer causadas (artículo 365, *ídem*).

⁸ Véase a este respecto la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 6 de octubre de 1999, exp. 5224.

⁹ La nulidad por indebida representación, notificación o emplazamiento, sólo beneficiará a quien la haya invocado. **Cuando exista litisconsorcio necesario y se hubiere proferido sentencia, esta se anulará y se integrará el contradictorio.**

Por lo expuesto, el suscrito magistrado sustanciador,

RESUELVE:

Primero. Declarar la nulidad de todo lo actuado en esta instancia.

Segundo. Declarar de oficio la nulidad de todo lo actuado a partir de la sentencia anticipada de 14 de abril de 2020 proferida por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, inclusive, quien deberá adoptar las medidas necesarias para vincular a Acción Fiduciaria S.A., en su condición de vocera del patrimonio autónomo FA-2351, Marcas Mall Cali S.A.S. y Urbanizar S.A., por las razones expuestas. Sin embargo, las pruebas practicadas dentro de dicha actuación conservarán su validez y tendrán eficacia respecto a quienes tuvieron la oportunidad de contradecirlas.

Tercero. Sin costas de esta instancia.

NOTIFÍQUESE



MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA
Magistrado.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

Bogotá D.C., veintiuno (21) de julio de dos mil veinte (2020).

Proceso No. 110013199003201802836 01
Clase: VERBAL – PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR
Demandante: PASOS SHOES & CO. S.A.S.
Demandado: ACCIÓN FIDUCIARIA S.A.

Sería del caso resolver la reposición interpuesta por la sociedad accionante contra el auto de 30 de junio de 2020, a través del cual este Tribunal declaró desierta la apelación que aquella formuló frente a la sentencia anticipada de 4 de mayo de 2020 proferida por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, si no fuera porque el suscrito Magistrado observa una nulidad insaneable que es preciso decretar de acuerdo con el numeral 8° del artículo 133 del CGP, la que se impone declarar de oficio, puesto que no se convocó a las personas que necesariamente debían ser citada como parte.

En efecto, en su libelo la demandante pidió que “*por incumplimiento en las **obligaciones contractuales***”, se obligue a Acción Fiduciaria S.A. a devolver \$612’500.000,00, todo lo cual, con soporte en:

i) el “*encargo fiduciario de preventas promotor MP-799*” (de 17 de diciembre de 2013) suscrito entre Urbo Colombia S.A.S. (fideicomitente), quien el 20 de enero de 2014 cedió su posición contractual de promotora a Marcas Mall Cali S.A.S., y la acá convocada, Acción Fiduciaria S.A., en su calidad de “fiduciaria”, junto con sus “*otros íes modificatorios*” de marzo, 21 de mayo y 15 de octubre de 2014; **ii)** el contrato de fiducia mercantil inmobiliaria FA-2351 de 28 de marzo de 2014 firmado por Marcas Mall Cali S.A.S. (promotora) y Acción Fiduciaria S.A. (fiduciaria), como vocera de ese patrimonio autónomo; **iii)** el encargo fiduciario individual n.º 1100010199 de 14 de marzo de 2014, suscrito entre la acá accionante (inversionista), Marcas Mall Cali S.A.S. (promotora) y Acción Fiduciaria S.A. (fiduciaria); **iv)** la promesa de compraventa del local n.º 1-058 suscrita en el año 2014 entre la

.....

promotora Marcas Mall Cali S.A.S. y el gestor de esta acción, y v) el “acta de verificación” de cumplimiento de requisitos del encargo fiduciario de preventas promotor MR-799 Marcas Mall de 4 de noviembre de 2014 suscrita por la promotora Marcas Mall Cali S.A.S. y Acción Fiduciaria S.A.

La parte actora igualmente trajo a cuento el “otrosí reglamentario” de 15 de diciembre de 2016 contentivo de la “**transacción**” (acogida por el *a quo* en su sentencia anticipada), en el que intervino la accionante, e igualmente Marcas Mall Cali S.A.S. (promotora), Acción Fiduciaria S.A. (como vocera del fideicomiso MR-799 Marcas Mall), junto con Urbanizar S.A. (gerente del proyecto).

El anterior recuento fáctico evidencia, al menos *prima facie*, que en el presente asunto, no solo la sociedad demandada debe resistir la pretensión en nombre propio, sino como **vocera** del patrimonio autónomo FA-2351 Marcas Mall Cali; al igual que Marcas Mall Cali S.A.S. y Urbanizar S.A. como fideicomitente, promotor, desarrollador y gerente del proyecto, quienes también quedaron indisolublemente ligadas por el entramado de estipulaciones ante el **coligamiento** de los referidos contratos, figura que, en el sentir de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, “*supone una pluralidad de ellos que, sin perder su fisonomía y autonomía propias, se conjugan para la efectiva realización de una operación económica, que sólo de esta manera puede obtenerse*”. (Sentencia de 15 de noviembre de 2017, exp. n.º 1998-00181-02, SC18476-2017; se resalta).

Por lo anterior, es claro que Acción Fiduciaria S.A., también como vocera del patrimonio autónomo FA-2351¹, Marcas Mall Cali S.A.S. (cedente del **70.4%** en el fideicomiso FA-2351 de 28 de marzo de 2014) y Urbanizar S.A. (cesionaria), debieron ser citadas al proceso como parte, pues tal como lo ha puntualizado la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, “***si a la formación de un acto o contrato concurren dos o más sujetos de derecho, la resolución², la disolución, la nulidad, la simulación, o, en general, cualquier alteración o modificación del mismo no podría decretarse eficazmente en un***

¹ Sin que surja relevante que el patrimonio autónomo pudiere encontrarse en la liquidación que regula el artículo 50 de la Ley 1116 de 2006, pues este Tribunal ya ha precisado en acciones de protección al consumidor, que a “*las resultas del proceso liquidatorio habrá de estarse el demandante...en el sentido de precisar que los valores reconocidos..., a cargo de la recurrente y solidariamente responsable..., se sujetan al plazo y reglas del trámite liquidatorio que se surte... ante la Superintendencia de Sociedades.*” (Sentencia de 28 de febrero de 2019, exp. n.º 110013199001201840981 01. M.P. Manuel Alfonso Zamudio Mora).

² En la demanda se mantuvo la pretensión de **incumplimiento** contractual.

.....

proceso sin que todos esos sujetos hubieran sido convocados a éste³.

A propósito de la **transacción**, no en vano para que ésta “*produzca efectos **deberá solicitarse por quienes la hayan celebrado, dirigida al juez** o tribunal que conozca del proceso o de la respectiva actuación posterior a este, según fuere el caso, precisando sus alcances o acompañando el documento que la contenga*” (inciso 2º, artículo 312 del CGP), y solo puede aceptarse cuando “*se ajuste al **derecho sustancial***” (inciso 3º, *ídem*; negrillas y subrayas fuera de texto).

Con otras palabras, la naturaleza de la relación sustancial controvertida implicaba integrar el contradictorio con Acción Fiduciaria S.A., vocera del patrimonio autónomo FA-2351, Marcas Mall Cali S.A.S. y Urbanizar S.A., pues si fueron parte de los negocios jurídicos que soportan las pretensiones, sin su presencia no era -ni es- posible resolver de mérito sobre la pretensión de “*incumplimiento en las **obligaciones contractuales y legales***” (artículo 61 del CGP).

Téngase en cuenta que sea cual fuere la suerte de la pretensión, ella implica una modificación de los encargos en cuestión, aunado al hecho de que también es deber de los jueces “*integrar el litisconsorcio pasivo antes de proferir el fallo [anticipado] de primera instancia*”⁴, por lo que al juicio debe concurrir quien también fue parte en esos acuerdos de voluntades⁵.

Desde luego que para continuar la actuación de responsabilidad contractual, la competencia de la Delagatura *a quo* no se descarta porque para desatar la controversia se deba citar a las referidas personas jurídicas, so capa de ser limitada al tenor de lo previsto en los artículos 116 de la Carta Política, 57 de la Ley 1480 de 2011 y numeral 2º del 24 del CGP⁶, por cuanto tal como lo ha precisado este Tribunal,

“(…) fincadas las pretensiones en un cuadro fáctico que evidencie, al menos *prima facie*, una relación de consumo entre el demandante [inversionistas] y demandado [Acción Fiduciaria], queda establecida la habilitación de la respectiva

³ Sala de Casación Civil. Sentencia de 8 de mayo de 1992.

⁴ CSJ. Sala de Casación Civil. Sentencia de 5 de diciembre de 2011, exp. No. 2005-00199-01.

⁵ , con prescindencia de que aquéllos no se encuentren vigilados por la primera instancia, pues ello sería como autoridad administrativa, mas no como delegados en uso de facultades jurisdiccionales, como en el caso que nos ocupa.

⁶ Norma según la cual: “La Superintendencia Financiera de Colombia conocerá de las controversias que surjan entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas relacionadas exclusivamente con la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones contractuales que asuman con ocasión de la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público.”

.....

superintendencia para impartir justicia en el caso concreto, hipótesis en la que, al asumir competencia, aquella autoridad administrativa “desplaza” al juez que, en principio, hubiera sido el llamado a resolver la controversia y, por tal motivo, deberá aplicar al trámite ‘las mismas vías procesales previstas en la Ley para los jueces’ (par. 3º, art. 24, C. G. del P.)”. (Auto de 20 de febrero de 2019, exp. n.º 11001 3199 001 2017 20381 01; negrillas y subrayas fuera de texto).

En un asunto de similares contornos, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sede de tutela, también zanjó la discusión al señalar, *mutatis mutandis*, que:

*“(...) si bien es cierto la competencia a prevención que la Superintendencia... adquiere en virtud a las funciones jurisdiccionales otorgadas por la Constitución y desarrolladas por la ley, **en principio se limitan a determinados conflictos en razón a la especialidad y conocimientos técnicos que tiene sobre algunas materias, también lo es que tal autoridad no puede desconocer las vicisitudes que surgen al interior de los procesos para su debate en ese escenario, por ende, como juez de la causa no puede dejar de brindarle la solución jurídica que tales situaciones requieran.***

*(...)el primer inciso del parágrafo 1º de dicha normativa [artículo 24 del Código General del Proceso] prevé que **«las funciones jurisdiccionales a que se refiere este artículo, generan competencia a prevención y, por ende, no excluyen la competencia otorgada por la ley a las autoridades judiciales y a las autoridades administrativas** en estos determinados asuntos», mientras el parágrafo 3º señala que **«las autoridades administrativas tramitarán los procesos a través de las mismas vías procesales previstas en la ley para los jueces»**. Subraya la Sala.*

Acorde con ello y ya en lo atinente al primero de los asuntos en comento y que refiere al que es materia de estudio, el artículo 58 [al cual se remite el inciso final del artículo 57 que atribuyó facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Financiera de Colombia] de la Ley 1480 de 2011 – Estatuto del Consumidor, establece: «Los procesos que versen sobre violación a los derechos de los consumidores establecidos en normas generales o especiales en todos los sectores de la economía, a excepción de la responsabilidad por producto defectuoso y de las acciones de grupo o las populares, se tramitarán por el procedimiento verbal sumario», e indica, dentro de las reglas a seguir, que «La Superintendencia... tiene competencia en todo el territorio nacional y

.....

reemplaza al juez de primera o única instancia competente por razón de la cuantía y el territorio». Resaltado fuera del texto.

*En esas condiciones, sin dejar de lado que con base en los artículos 116 de la Carta Política y 24 del Código General del Proceso, los traslados de competencias jurisdiccionales a autoridades administrativas son excepcionales y reglados, debe apreciarse que, como en el caso particular, si para la acción de protección al consumidor, como uno de los específicos casos en que el Estado le otorga esa facultades a la Superintendencia... para dirimirlo, **correspondía a esa entidad desatar la controversia suscitada, lo que implica tramitar y definir las etapas procesales previstas en el estatuto adjetivo, entre ellas la tramitación del llamamiento en garantía como figura jurídica admisible en esos juicios [o la integración del contradictorio con los litisconsortes necesarios, como acá], como lo haría el juez ordinario permanente si se le hubiera asignado el conocimiento del caso.***” (Sentencia de 29 de mayo de 2019, exp. n.º 110012203000201900542 01, STC6760-2019; subrayas y negrillas fuera de texto).

Desde esta perspectiva, este Tribunal se abstendrá de desatar la reposición impetrada por la demandante frente al auto de deserción; en su lugar, declarará la nulidad de lo actuado tanto en esta instancia, como a partir de la sentencia anticipada de primer grado, inclusive, por configuración del vicio previsto en el numeral 9º del artículo 133 del CGP⁷, y que con fundamento en el inciso 5º del artículo 325, *idem*, en armonía con los artículos 134 (*in fine*)⁸ y 137 *ibídem*, es procedente declarar de manera oficiosa, para que la primera instancia proceda a integrar el litisconsorcio necesario con Acción Fiduciaria S.A., en su condición de vocera del patrimonio autónomo FA-2351, Marcas Mall Cali S.A.S. y Urbanizar S.A., figura procesal que tiende a eliminar la eficacia de actos irregulares que comportan la afectación a la garantía del debido proceso de los intervinientes en el juicio.

Desde luego que las pruebas practicadas dentro de dicha actuación conservarán su validez y tendrán eficacia respecto a quienes tuvieron la oportunidad de contradecirlas (artículo 138 del CGP), sin que haya lugar a condenar en costas por no aparecer causadas (artículo 365, *idem*).

Por lo expuesto, el suscrito magistrado sustanciador,

⁷ Véase a este respecto la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 6 de octubre de 1999, exp. 5224.

⁸ La nulidad por indebida representación, notificación o emplazamiento, sólo beneficiará a quien la haya invocado. **Cuando exista litisconsorcio necesario y se hubiere proferido sentencia, esta se anulará y se integrará el contradictorio.**

.....

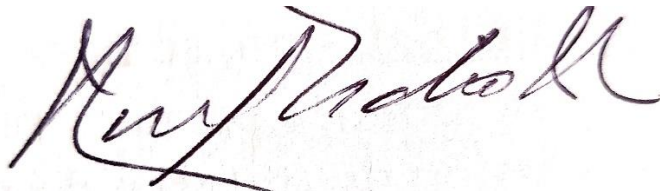
RESUELVE:

Primero. Abstenerse de resolver la reposición formulada por la demandante; en su lugar, declarar la nulidad de todo lo actuado en esta instancia.

Segundo. Declarar de oficio la nulidad de todo lo actuado a partir de la sentencia anticipada de 4 de mayo de 2020 proferida por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, inclusive, quien deberá adoptar las medidas necesarias para vincular a Acción Fiduciaria S.A., en su condición de vocera del patrimonio autónomo FA-2351, Marcas Mall Cali S.A.S. y Urbanizar S.A., por las razones expuestas. Sin embargo, las pruebas practicadas dentro de dicha actuación conservarán su validez y tendrán eficacia respecto a quienes tuvieron la oportunidad de contradecirlas.

Tercero. Sin costas de esta instancia.

NOTIFÍQUESE



MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA
Magistrado.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

Bogotá, D.C., veintiuno de julio de dos mil veinte.

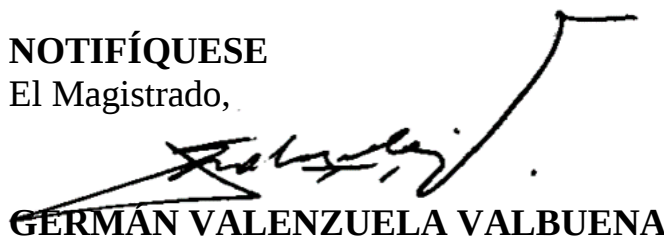
Radicado: 11001 31 03 032 2015 **00984** 03

1. Se admite, en el efecto **DEVOLUTIVO**, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 32 Civil del Circuito de Bogotá en audiencia celebrada el 4 de septiembre de 2019, dentro del proceso de Martha Lucía del Consuelo de Lourdes Sáenz Pinto contra Art Condominos S.A.S. y Otro.

Cabe advertir que, de conformidad con lo establecido en el Decreto 806 de 2020, la parte apelante cuenta con el término de cinco (5) días, a partir de la ejecutoria del admisorio, para sustentar los precisos reparos en los que fundamentó su recurso de apelación¹, y que si se presenta tal sustentación, la parte no apelante tiene cinco (5) días para la réplica.

2. De lado, se prorroga el término de que trata el artículo 121 Cgp

NOTIFÍQUESE
El Magistrado,



GERMÁN VALENZUELA VALBUENA

11001 31 03 032 2015 00984 03

¹ Debe precisarse que, para apelación de sentencias, existió suspensión de términos desde el 16 de marzo de 2020 hasta el 24 de mayo de 2020, conforme Acuerdos emitidos por el Consejo Superior de la Judicatura (PCSJA20-11517 de 15 de marzo y PCSJA20-11556 de 22 de mayo); y que de conformidad con el artículo 2° del Decreto 564 de 2020, los términos de duración de los procesos establecidos en el artículo 121 Cgp, se reanudan un mes después, contado a partir del levantamiento de la suspensión por parte del referido Consejo.