

Señores

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala Civil

E. _____ S. _____ D. _____

Radicado 2015 – 703 - 01

Demandantes: JAIME GUZMAN HERNANDEZ

Demandados: YOMAIRA SANGUINO Y ADRIANA SANGUINO

CARLOS EDUARDO PUERTO HURTADO, varón, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía número 80.085.601 de Bogotá, abogado en ejercicio y titular de la tarjeta profesional número 148.099 del C.S.J. expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi condición de apoderado del señor JAIME GUZMAN HERNANDEZ, en cumplimiento de lo ordenado en auto del 30 de septiembre de 2020, mediante el presente escrito me permito sustentar el recurso de apelación en contra de la sentencia anticipada proferida el día 15 de noviembre de 2019, notificada en estado del 18 de noviembre de 2019, en los siguientes términos:

Indica en el despacho, en su decisión que la prescripción alegada por el demandante se materializa en el entendido que el mandamiento de pago librado en el presente trámite se notificó al curador el día 5 de julio de 2019, lo que supera el termino prescriptivo establecido en la Ley, bajo el supuesto de que los instalamentos fenecían el 17 de agosto de 2017, haciendo ver que la dilación en la notificación de la acción ejecutiva se dio como consecuencia de un actuar pasivo y no por las vicisitudes de este proceso, por lo que se deben realizar las siguientes aclaraciones.

Si bien el despacho libró mandamiento de pago en auto notificado el día 18 de marzo de 2016, este no versaba sobre instalamentos desde el 18 de marzo de 2013 y hasta el 17 de agosto de 2017 como erradamente lo indica el despacho, pues tal y como lo señala el despacho en la providencia recurrida, se pactaron 19 instalamentos de \$15.000.000 y un

pago final por \$5.000.000, para un total de 20 pagos, lo que quiere decir que los vencimientos se daban entre el 17 de marzo de 2013 y hasta el 17 de octubre de 2014.

Bajo ese supuesto la última cuota prescribía el día 17 de octubre de 2017, después de realizado el emplazamiento de acuerdo con lo ordenado por el despacho por lo que no se causaría la referida prescripción, sin embargo este proceso merece un ejercicio analítico, que sobrepase el simple conteo de términos, por cuanto desde el día 4 de mayo de 2017, se le informó al despacho que el citatorio enviado había resultado negativo y de manera diligente se le informó al despacho una nueva dirección de los demandados, la cual a la postre resultó ser negativa y originó en el emplazamiento referido por el juzgado y la consecuente tardanza en la notificación del mandamiento ejecutivo, sin contar el cese de actividades de la actividad judicial de inicios de 2016, que jugó en contra del demandante, por cuanto este término ahora se computa en el término prescriptivo.

Por tal razón, es necesario reiterar lo señalado en el escrito aportado con el pronunciamiento frente a las excepciones, en el cual se recalcó que al despacho que en este caso nos encontramos frente a un defecto procedimental por un exceso ritual manifiesto en la aplicación de las reglas procedimentales o adjetivas se encuentra fundamentado en los artículos 29 y 228 de la Constitución Política, y ha sido desarrollado por la Corte Constitucional para solucionar la aparente tensión existente entre el respeto por la plenitud de las formas del juicio y la prevalencia de los derechos sustanciales.

Así pues, la Jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado que puede configurarse un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto en los casos en los que el operador judicial:

“(i) deja de inaplicar disposiciones procesales que se oponen a la vigencia de derechos constitucionales en un caso concreto;

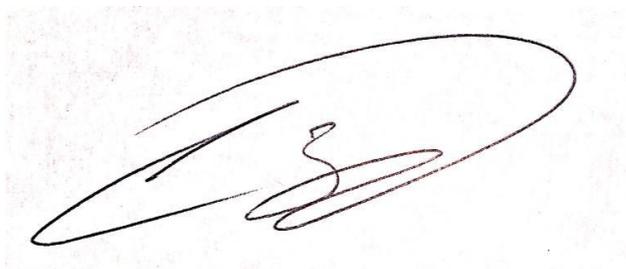
(ii) exige el cumplimiento de requisitos formales de manera irreflexiva, aunque en determinadas circunstancias puedan constituir cargas imposibles de cumplir para las partes, siempre que esa situación se encuentre comprobada;

(iii) incurre en un rigorismo procedimental en la apreciación de las pruebas.”

En síntesis, el defecto procedimental por exceso ritual manifiesto se presenta cuando el funcionario jurisdiccional no acata el mandato de dar prevalencia al derecho sustancial, situación que lo lleva a denegar o vulnerar el derecho al acceso a la administración de justicia. En efecto, la Corte Constitucional ha estimado que *“si bien la actuación judicial se presume legítima, se torna en vía de hecho cuando el actuar del juez se distancia abiertamente del ordenamiento normativo, principalmente de la normatividad constitucional, ignorando los principios por los cuales se debe regir la administración de justicia.”*

Por lo anterior, comedidamente solicito al despacho revocar la decisión adoptada y en su lugar seguir adelante con la ejecución.

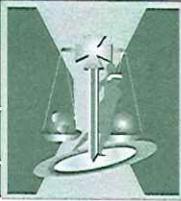
Atentamente



CARLOS EDUARDO PUERTO HURTADO

C.C. No. 80.085.601 de Bogotá

T.P. 148.099 del C.S.J.



Honorables Magistrados
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá
Sala 008 Civil
Magistrada Ponente, Dra. Liana Aída Lizarazo Vaca
Bogotá D.C.

REFERENCIA: ACCIÓN DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR FINANCIERA LEY 1480 DE 2011 Y ARTÍCULO 24 DE LA LEY 1564 DE 2012.

PROCESO VERBAL DE MAYOR CUANTÍA DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL POR INCUMPLIMIENTO DEL PAGO DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE DIRECTORES Y ADMINISTRADORES, CONTENIDO EN PÓLIZA DE SEGUROS No. 2372.

DEMANDANTE: CORPACERO S.A.S. Nit. 860.001.899-9.

DEMANDADO: BERKLEY INTERNATIONAL SEGUROS COLOMBIA S.A. NIT. 900.814.916-1

RADICACIÓN: 11001 31 99 003 2019 00661 01.
EXPEDIENTE: 003 2019 00661 01.

ASUNTO: Sustentación de Recurso de Apelación.

ANTONIO CASTILLO BECERRA, en mi condición reconocida de apoderado judicial de la sociedad **CORPACERO S.A.S.**, parte demandante dentro del proceso de la referencia, vengo ante usted respetuosamente, a sustentar los reparos concretos o motivos de inconformidad expresados en el recurso de apelación, contra la sentencia proferida y apelada en audiencia del día 15 de septiembre de 2020, lo cual hago en los siguientes términos:

En la sentencia apelada, después de una ilación acertada y lógica de los hechos, el conflicto y la presentación de las pretensiones, llega a concluir a la señora delegada de la Superintendencia Financiera de Colombia, en su calidad de juez de primera instancia que, en el caso, se dan el tipo de actos que se deben reunir para que aplique el amparo básico de la póliza de seguros denominado "**REEMBOLSO A LA SOCIEDAD**", a que se refiere el segundo ítem de la cobertura básica, literal A, que obra en el derivado 00 folio 21 del expediente virtual de la Superintendencia Financiera, descrito en la cláusula que obra en el derivado 00 folio 28 del expediente electrónico, condiciones generales, sección 1, amparos básicos, ítem 1.2, a que se refiere la pretensión principal de la demanda, y que a su texto dice:

(...) "1.2- REEMBOLSO A LA SOCIEDAD

LA COMPAÑÍA PAGARÁ A LA SOCIEDAD TODAS LAS PÉRDIDAS DERIVADAS DE UNA RECLAMACIÓN PRESENTADA POR PRIMERA VEZ CONTRA UN ASEGURADO DURANTE EL PERÍODO DE SEGURO, EN CASO DE QUE LA SOCIEDAD HAYA ASUMIDO DICHAS PÉRDIDAS." (...)



Lo anterior, de acuerdo con lo expresado en el siguiente acápite de la sentencia,

(...) “nos encontramos frente al **amparo de reembolso a la sociedad**, que sería el adecuado conforme a la descripción que acabamos de leer de manera literal dentro de la póliza, en la medida de que está cubriendo el tipo específico de actos, que se deben reunir para estos efectos, encontramos que tienen que completarse unos requisitos para que se pueda materializar o considerar el siniestro” (...) (Negrilla fuera de texto)

O sea que, la señora delegada, encontró dados los presupuestos de cobertura para la aplicación de la pretensión principal de la demanda, en términos generales, no obstante, continuado el razonamiento lógico con que transcurre la sentencia, al entrar en los detalles para establecer la existencia del siniestro, entendido este como se expresa en la misma providencia, “el hecho que da base al riesgo materializado”, o como “la realización del riesgo asegurado”, conforme lo define el artículo 1072 del Código de Comercio, se **alejó del texto contractual** y de la finalidad de la cláusula, al entrar a verificar el cumplimiento de los requisitos que se encuentran contenidos en la cláusula que define “**EL ACTO DE GESTIÓN NEGLIGENTE**”, en la sección III, condiciones generales de la póliza, numeral 4 definiciones generales de la póliza, ítem 4.1, que es el que cubre la póliza, ampara la póliza, y la cual a su texto dice:

(...) “4.1- **POR “ACTO DE GESTIÓN NEGLIGENTE” SE ENTIENDE:**

CUALQUIER ACTO, ERROR U OMISIÓN, CUALQUIER DECLARACIÓN ERRÓNEA O INEXACTA, REAL O SUPUESTO, COMETIDO POR UN ASEGURADO EN SU CONDICIÓN DE TAL Y QUE, LLEVADO A CABO INVOLUNTARIAMENTE, SEA CONTRARIO A LOS ESTATUTOS SOCIALES, A LA LEY O A LOS DEBERES INHERENTES AL DESEMPEÑO DEL CARGO.

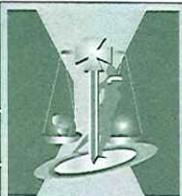
TODOS LOS ACTOS DE GESTIÓN NEGLIGENTE QUE TENGAN, COMO NEXO COMÚN, CUALQUIER HECHO, TRANSACCIÓN SITUACIÓN EVENTO O HECHOS CAUSALMENTE RELACIONADOS, TENDRÁN LA CONSIDERACIÓN DE UN SOLO Y ÚNICO ACTO DE GESTIÓN NEGLIGENTE.” (...) (Negrilla y subraya fuera de texto)

De acuerdo con la cláusula transcrita anteriormente, el acto de gestión negligente debe cumplir con los siguientes requisitos, claramente estipulados, y los cuales no dan lugar a interpretación alguna,

- I. Respecto del acto. Es **cualquier acto, error u omisión**, cualquier declaración errónea o inexacta, real o supuesto.

Como se observa, la disposición contractual no limita, discrimina ni cualifica el acto, error u omisión en que incurra el asegurado, dando claridad absoluta sobre lo que cubre la póliza contratada, en el sentido de que no distingue qué tipos de actos, errores u omisiones, etc, serían los que tendrían cobertura en la póliza, dejando el adjetivo indefinido “cualquier” como principal característica del acto, error u omisión, cometido por un asegurado.

Al respecto, la Real Academia de la Lengua Española – RAE, define el adjetivo “cualquiera” de la siguiente manera:



"1. adj. indef. Algún, un. U. con valor de indeterminación o indistinción antepuesto a sustantivos contables."

" 2. adj. indef. Expresa la totalidad del conjunto denotado por el nombre al que modifica. U. antepuesto a sustantivos contables en contextos genéricos."

"3. adj. indef. Uno u otro, sea el que sea."

- II. El acto, error u omisión, cualquiera que sea, debe ser **cometido por un asegurado** en su condición de tal.

En nuestra póliza, administrador o **directivo**.

- III. El acto, cualquiera que sea, debe ser llevado a cabo **involuntariamente**.
- IV. El acto, cualquiera que sea, además, debe ser **contrario a los estatutos sociales**, a la Ley o a los **deberes inherentes al desempeño del cargo**.

Como se observa, la cláusula es absolutamente clara, y dispone además que los actos de gestión negligente, sin discriminar de qué tipo sean, que tengan como nexo común cualquier hecho o transacción causalmente relacionado, tiene la consideración de un solo y único acto de gestión negligente.

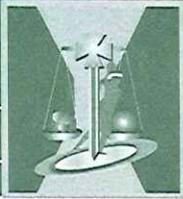
PRIMER REPARO:

Sobre este aspecto, viene nuestro primer reparo o inconformidad con la sentencia, pues sin razón, ni justificación alguna, la señora delegada de la Superintendencia Financiera, en la sentencia entra a variar de manera subjetiva, algunos de los presupuestos establecidos en la cláusula, para el "ACTO DE GESTIÓN NEGLIGENTE" haciendo interpretaciones que no le corresponden, ni caben, ante la claridad de la estipulación contractual, **cambiando así, los presupuestos del entendimiento que trae la misma póliza, de lo que se considera, el "acto de gestión negligente"** que materializa el riesgo asegurado, y da base al siniestro, abriendo el camino a la prosperidad de la excepción, indebidamente declarada, cuando, en el acápite de su sentencia, en el minuto 17:46, a su texto dice:

(...) "De allí entonces, que teniendo claro que lo primero que toca demostrar es la existencia del siniestro y los términos del 1077, procedemos entonces a verificar si en este caso en concreto se dio el cumplimiento de esta primera situación, recordando entonces de todos los ítems que hicimos, lectura literal hace un momento contenidos en la póliza, que para la afectación de este amparo que se pretende por el hoy demandante, se deben reunir los siguientes 5 requisitos.

1. Los actos deben de ser realizados por un asegurado.
2. Los actos deben ser erróneos. (Minuto 18:25)
3. Los actos deben ser de gestión y administración de la sociedad. (Minuto 18:29)
4. Que los actos sean involuntarios y
5. Que el acto sea contrario a los estatutos sociales, a la ley o a los deberes inherentes del desempeño de cargo.

En ese sentido cumplidas las 5 circunstancias antes descritas, se podrá materializar o estar frente a la ocurrencia del siniestro amparado en la póliza objeto de esta



discusión, de allí que entonces procederá el despacho a través del análisis de los medios probatorios, obrantes en el plenario, a verificar el cumplimiento de estas condiciones.” (...)

Así, variados por vía interpretativa en la sentencia, algunos de los presupuestos del acto de gestión negligente y totalmente alejados de la disposición contractual, como por ejemplo, el #2 y #3 citados en el acápite de la sentencia antes transcrito, la señora delegada empieza a verificarlos, aceptando el #1 de sus requisitos, o sea que, el acto de gestión negligente efectivamente fue realizado por un asegurado, descartando acertadamente cualquier discusión sobre el punto.

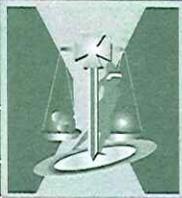
Al proceder a calificar el punto #2, en el minuto 18:25, lo limita a que los actos deben ser erróneos, cuando en la póliza de manera clara se estipulan los presupuestos para que exista la cobertura, incluyendo, de manera literal, un 1) ACTO, 2) ERROR, u 3) OMISIÓN, entre otros, calificando de esta manera equivocadamente el acto como que tiene que ser un “acto erróneo”, alejándose de la literalidad de la cláusula contractual, habida cuenta que de manera clara se extrae que los 3 presupuestos mencionados se tienen que leer de manera individual y pasando por alto de manera incomprensible que la cláusula contiene la OMISIÓN también, como un presupuesto cubierto por la póliza.

Cuando procede a establecer el requisito #3, se presenta el problema más grave, por cuanto, **limita, discrimina y cualifica el “acto de gestión negligente”**, a que este debe ser **únicamente de gestión de administración de la sociedad**, acogiendo sin ninguna justificación la única tesis planteada como razón de la objeción, desde el principio por la compañía aseguradora, y que contiene el primer argumento de la excepción que prosperó, denominada “falta de cobertura”.

Este punto tiene el mayor reparo y genera la más fuerte inconformidad con la sentencia, ya que se aleja abruptamente de la literalidad de la cláusula y se crea por una vía de interpretación que, como se dijo anteriormente, no cabe ni tiene justificación alguna, una discriminación o cualificación del “acto de gestión negligente”, que no trae la cláusula, y además contraría ésta, la cual es determinante para la decisión tomada de declarar próspera la excepción de falta de cobertura, que da al traste con las pretensiones de la demanda.

Y es que, la sentencia, para negar el “acto de gestión negligente” al calificar este como únicamente los que se ejercen por labores de administración de la compañía, a pesar de reconocer expresamente encontrarse probada la calidad de directivo del señor Rafael Bonnet, Vicepresidente de operaciones de Corpacero S.A.S., quién realizó los actos negligentes (omisiones) que dieron lugar al perjuicio que le tocó asumir a la compañía con ocasión del mismo, termina haciendo una distinción entre el acto de administración y el acto de operación, como denominó al realizado por el señor Bonnet, porque este tenía para el momento de los hechos y tiene **el cargo de Vicepresidente de Operaciones, y como tal, en virtud del desempeño de las labores inherentes a su cargo**, también está protegido por la póliza, que no es solamente para los Representantes Legales o miembros de junta directiva en calidad de administradores, sino también para **los directivos**, situación reitero ya aceptada por la parte demandada.

La señora Delegada entonces, alejándose de la literalidad y claridad de la póliza, realiza una distinción entre “Acto de Gestión” y “Acto Operativo o profesional” como ella misma lo denomina, ya que tal denominación no existe, ni en la cláusula que define el acto de gestión, ni en la póliza, indicando que acto operativo se entiende como aquel que



desarrolla el objeto social de una empresa, y caracterizando el acto (firma del contrato) y la omisión (no revisar la planitud exigida) realizados por Rafael Bonnet, que constituyen el siniestro, como un acto operativo por tratarse del desarrollo del objeto social de la empresa, lo cual no tiene ningún sentido lógico ni jurídico, en lo que respecta a lo que se entiende como actos que generen responsabilidad profesional en la legislación colombiana, amparable bajo un seguro de responsabilidad profesional, al que indiscutiblemente se refiere la cláusula de exclusión, además de realizar una distinción inocua y sin sentido, teniendo en cuenta y recordando que la cláusula que define lo que se entiende por "Acto de Gestión Negligente", establece que se trata de CUALQUIER, ACTO, ERROR u OMISIÓN..., por lo que realizar esa distinción entre Acto de Gestión y Acto Operativo o Profesional no atiende a la literalidad de la disposición contractual, la cual no admite ningún tipo de interpretación.

Es que así expresamente está consignado en la definición del acto de gestión negligente, cuando se establece que por este se entiende, **cualquier** acto, error u omisión ... cometido por un asegurado, llevado a cabo involuntariamente que sea contrario a **los deberes inherentes al desempeño del cargo**, de tal manera que, si el Vicepresidente Comercial en ejercicio de sus funciones incurre en un acto de gestión negligente, está protegido por la póliza, si al Vicepresidente Financiero le ocurre lo mismo, está protegido por la póliza, de eso se trata, eso es lo que ofreció la póliza, por eso se pagaron cuantiosas sumas de prima, para eso es el seguro a los directivos, para que éstos y la empresa queden cubiertos ante **cualquier acto, error u omisión** desarrollado por estos en ejercicio de sus funciones, que cumplan con los requisitos establecidos en la cláusula.

Ahora bien, sobre el particular, la misma Superintendencia Financiera en el concepto 2001070161-1 del 15 de noviembre de 2002, sobre seguro de responsabilidad, se atiende a lo que diga la póliza.

(...)

Director – Lo que diga la póliza: "Seguro de Responsabilidad. Concepto 2001070161-1 del 15 de noviembre de 2002, Superfinanciera.

*Ahora bien, el concepto de directores y administradores, así como el de actos incorrectos o faltas en la gestión se **define de acuerdo con los términos que estipulen las partes mediante el acuerdo de voluntades respectivo**, vale decir, la entidad que actúa como tomador del seguro y el asegurador⁴. Es así como en algunas pólizas el término director se aplica a cualquier persona natural designada como miembro de junta o consejo directivo de la entidad, **o sobre las personas que ejerzan cualquier cargo de dirección en la misma**, en tanto que el de administrador se extiende a aquellas designadas por ésta como representantes legales, factores, liquidadores y se predica en determinados casos a cualquier empleado de la sociedad que no obstante no tener representación legal de la misma, **desempeñe funciones técnicas o administrativas similares a las de los administradores.***

*Por su parte, las expresiones actos incorrectos o faltas en la gestión hacen relación a **toda acción, omisión, incumplimiento o extralimitación en las funciones de los directores** o administradores que figuren como asegurados, contraria a los estatutos de la sociedad o a la ley. **En el mismo sentido pueden comprender los actos erróneos o negligentes ocasionados por el ejercicio de funciones realizadas sin la adecuada diligencia y prudencia**" (...). (Negrilla fuera de texto).*



Obsérvese que para la misma Superintendencia Financiera, en los actos erróneos o negligentes, no exige, de los asegurados, que estos sean de administración, sino que simplemente sean realizados sin la adecuada diligencia ni prudencia, y se refiere a todas las omisiones o acciones de los mismos.

Ahora bien, ¿cuál fue el deber inherente al desempeño del cargo que el señor Bonnet **omitió?**, muy simple, **no percatarse, no darse cuenta, omitir**, como Vicepresidente de Operaciones, antes de enviar la orden de pedido o contrato a producción, que en este estaba exigida una especificación concreta de planitud para las láminas de acero encargadas, objeto del mismo, señalada como 15 i, situación que fue absolutamente involuntaria, porque como lo dice el señor Bonnet en su declaración, él, como Vicepresidente de Operaciones y cabeza de la producción, omitió, no observó, no se dio cuenta, que ese contrato en particular, tenía especificada una planitud, porque en ese momento trabajan un parámetro estándar, que es el que se maneja en Colombia y en consecuencia ni los equipos, ni el proceso productivo, ni el control de calidad, atendían especificaciones por dicho concepto en la fecha en que se produjo la **omisión** cometida por el señor Bonnet, y por eso no tenía en su mente, que había que revisar en los contratos especificación alguna sobre el particular, lo que evidencia una clara **omisión en el ejercicio de los deberes inherentes a su cargo**, pues contrató sin facultades, y **más grave**, mandó a ejecutar un contrato que la compañía no podía cumplir, generando un perjuicio a un tercero, que le fue reclamado, y terminó asumido por la empresa, la cual con toda legitimidad y justicia, se solicita como reembolso a la aseguradora demandada.

Es que a nadie se le puede ocurrir, y menos a un profesional de las calidades del señor Bonnet, que si se observa en el contrato una especificación determinada y la compañía en su proceso de producción no está capacitada en el momento para cumplir con dicha especificación, se ponga en marcha la producción sin atender ésta, teniendo en cuenta el inexorable rechazo que tendría la mercancía por el cliente y el inmenso costo en Dólares que significa la materia prima y la elaboración del producto.

SEGUNDO REPARO:

No obstante lo anterior, el razonamiento de la sentencia, contrario a toda lógica y sentido común, sostiene que Rafael Bonnet y sus subordinados, eran conscientes de la exigencia de la planitud **antes** de mandar a realizar la producción por el solo hecho de que ella estaba especificada en el contrato, fundamentando dicho aserto, supuestamente en el testimonio del señor Rafael Bonnet, (que nunca dijo eso), de acuerdo con la respetable pero equivocada interpretación del largo testimonio del señor Bonnet sobre el particular, y en el que en todo momento habló de que no revisó el tema de la planitud, omitió revisar ese detalle, porque para la época se trabajaba con planitudes estándar, y simplemente no la vió, y en la empresa para la época no se medía, ni se consideraba dicha especificidad, porque el sistema productivo estaba montado sobre una planitud estándar, razón por la cual, tampoco sus subordinados tenían que mirar o revisar el punto, por lo cual también lo omitieron.

Sobre el particular, la sentencia en el minuto 26:32 dice:

(...) “Adicionalmente, al preguntársele al señor Bonnet sobre el tema de la planitud indicó que era consiente que eso era una especificación, era una exigencia por parte de Baosteel y que era una de las 20 especificaciones del producto contratado y que decidió no tener en cuenta el tema de la planitud porque dentro de los estándares que manejaba Corpacero no era un tema relevante, igualmente se le preguntó



entonces al señor Bonet si las demás áreas intervinientes en la producción de este elemento que además estaban a cargo de él, no pusieron de presente la situación en relación con la planitud, a lo que contestó que no lo hicieron y adicionalmente se le preguntó si se había dado una orden expresa de no tener en consideración ese elemento que estaba dentro de la orden de compra, indicando que nunca se dio una orden contraria, de allí que sin orden contraria todas las áreas que intervinieron en la producción, omitieron tener en cuenta el tema de la planitud del producto.

Igualmente se le consultó en el testimonio al señor Bonet, si ellos informaron al cliente que no se iba a tener en cuenta el tema de la planitud al momento de producir el producto, respondiendo que no era relevante y que por eso lo habían omitido ellos, refiriéndose a Corpacero.” (...)

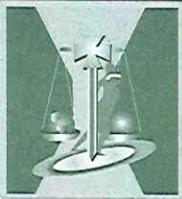
En el anterior acápite de la sentencia, la señora Delegada toma la declaración del testigo Rafael Bonnet el día de la prueba, consciente de todo lo que pasó, como si hubiera sido el día de los hechos, donde nunca se dieron cuenta de lo que pasó, pues su conocimiento vino con posterioridad a la fabricación del producto, al rechazo del mismo y la reclamación del cliente.

De tal manera que, con todo respeto, en el acápite transcrito anteriormente, se hace un mal y desatinado resumen de lo que verdaderamente declaró el señor Bonnet, que riñe con la realidad de la declaración, en el sentido de que el testigo Bonnet dijo **“que era consciente que eso era una especificación, era una exigencia por parte de Baosteel y que era una de las 20 especificaciones del producto contratado y que decidió no tener en cuenta el tema de la planitud porque dentro de los estándares que manejaba Corpacero no era un tema relevante”**

Al realizar el análisis sobre el punto, la señora Delegada en la sentencia insiste y realiza una afirmación en el minuto 28:12 de la grabación de la sentencia, que no va acorde como se expuso, con la realidad del testimonio del señor Rafael Bonnet, asegurando que el señor Bonnet dijo que voluntariamente había decidido no tener en cuenta ese parámetro de planitud exigido en el contrato, y sus subordinados, conscientes del tema así también lo decidieron, cuando en su sentencia afirma lo siguiente:

*“En este punto, analizadas entonces las circunstancias fácticas, se evidencia que de manera voluntaria, el señor Rafael Bonet Valenzuela, así como todos los intervinientes en las áreas logística, de planeación, de producción y de calidad que se encargaban y que estaban a cargo pues del señor Bonet, como vicepresidente de operaciones, conocieron de la exigencia de la planitud 15 i dentro de la orden de compra de Baosteel y de **manera voluntaria decidieron no tener en cuenta esta condición, esta característica propia del producto contratado.**”*

Respetando el análisis de la señora Delegada, no compartimos sus afirmaciones, habida cuenta que el señor Rafael Bonnet, en ningún momento hizo dichas afirmaciones, en su testimonio, el señor Bonnet en todo momento afirmó que para la época ese parámetro de planitud no era tenido en cuenta, puesto que existía para ellos un parámetro estándar, por lo que no puede quedar ninguna duda de que existió una clara OMISIÓN por parte del Directivo Bonnet, mas no una aceptación voluntaria de no tener en cuenta un parámetro a sabiendas que iba a generar perjuicios a la compañía e incluso a él en el ejercicio de su cargo. El testigo Rafael Bonnet en las respuestas a las preguntas sobre el punto indicó literalmente lo siguiente:



Pregunta: Minuto 32:10 P1 del Testimonio de Rafael Bonnet.

“Indíqueme al despacho, por qué no cumplía esa planitud, el producto que ustedes entregaron.”

Respuesta: Minuto 32:17 P1 del Testimonio de Rafael Bonnet.

*“Porque, al momento de recibir la orden por parte de ellos, acepté una especificación que en ese momento nuestro proceso industrial no podía ejecutar, ¿por qué se aceptó?, porque en ese momento no era un parámetro que en el mercado colombiano, ni en nuestra experiencia hubiéramos manejado, **no era un aspecto relevante a revisar**, con base en eso se aceptó la orden, pasó a producción y de despachó a los estados unidos.”*

De la respuesta literal del señor Bonnet, se entiende claramente que al decir “*acepté una especificación que en ese momento nuestro proceso industrial no podía ejecutar*”, el testigo se refiere a la aceptación de la orden de pedido enviada por Baosteel, sin darse cuenta que traía una especificación de planitud concreta, que el proceso industrial de la empresa no podía ejecutar.

No se puede entender, cómo la señora Delegada asume que el testigo al decir esa expresión, se refería a que había aceptado no revisar la planitud voluntariamente, y decidió mandar a hacer el producto conscientemente, omitiendo esta, cuando de su declaración se evidencia que no era algo que hubiera tenido en cuenta en ese momento, **no lo revisó**, lo que implica una clara **omisión** por parte del Directivo de Corpacero en **el cumplimiento de los deberes inherentes a su cargo**.

De la mano con lo anterior, el señor Rafael Bonnet continuó afirmando en toda su declaración que había sido una omisión de su parte, no revisar este parámetro exigido por el cliente en ese momento. El testigo dijo literalmente lo siguiente:

Intervención de la Delegada: Minuto 33:55 P1 del Testimonio de Rafael Bonnet.

“Parece que ahí lo escuchamos mejor, si quiere entonces retome por favor su respuesta, estaba usted diciendo que se había aceptado ¿por qué?”

Respuesta: Segundo 30 P2 Testimonio de Rafael Bonnet.

*“La especificación que requería el cliente para la elaboración de su producto, requería un nivel de planitud que tenía medido como 15 unidades i, **tomé el pedido omitiendo esa especificación y lo pasé a producción**, en ese momento no era una especificación relevante porque no se usaba en el mercado nacional y eso hizo que nosotros como Corpacero procediéramos con la fabricación del producto, sin medir ese parámetro.”*

Pregunta: Minuto 37:40 P2 Testimonio Rafael Bonnet.

“Si usted como vicepresidente de operaciones o alguien en la cadena de producción se hubiera por alguna razón dado cuenta de que el contrato decía que la planitud debía ser de 15 i y hubiera ido a medir la planitud de los rollos de acero y se habría



dado cuenta que esa planitud no era la que tenía los rollos de acero, ¿esos rollos se habrían mandado a los EEUU?”

Respuesta: Minuto 38:08 P2 Testimonio Rafael Bonnet.

“No, señor, hoy en día con todo el aprendizaje que tuvimos después de todo lo que les he contado, no, de hecho hoy en día ya es parámetro que hace parte del control de calidad y llevamos la estadística mes a mes de cómo se mide, pero eso es hoy, antes de este reclamo no era de nuestro conocimiento técnico, no hacía parte de nuestro control y plan de calidad, por lo tanto, no era variable que definía si se cumplía o no las especificaciones del producto”

Pregunta: Minuto 38:40 P2 Testimonio Rafael Bonnet.

“¿Uds. informaron al cliente que no tenían la capacidad de dar un producto final con la planitud que estaban exigiendo?”

Respuesta: Minuto 38:55 P2 Testimonio Rafael Bonnet.

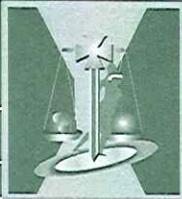
“No señora, al momento de aceptar la orden no, todo fue un proceso de aprendizaje si es el caso, y de caer en cuenta, y en ese momento en conjunto con el cliente, fue evidente que era un parámetro que no hacía parte del control de calidad, de hecho entiendo que cuando fue uno de los peritos de la aseguradora, se le presentaron los planes de calidad antes y después, donde se evidencia, que antes no era un parámetro de medición, porque no era relevante en nuestro mercado y por ende no era de nuestro conocimiento y variable medición, y a raíz de todo este desafortunada situación, se convirtió en un parámetro de medición.”

Pregunta: Minuto 16:36 P3 Testimonio Rafael Bonnet.

“Señor Rafael, ¿qué implicaciones le trajo a usted a nivel laboral o personal, esta situación de que el producto no se entregó con las condiciones especificadas por el cliente?”

Respuesta: Minuto 16:56 P3 Testimonio Rafael Bonnet.

*“Digamos que esto es una situación que es una falla en la ejecución del rol, hubo claramente más que una investigación, todo un proceso de identificar las causas, y en esas causas se evidenció que **la aceptación de la orden omitiendo ese parámetro es una falla de quien firmó la orden y la orden la firme yo** y evidentemente eso me pone en una posición difícil, porque no solo mi firma claramente me responsabiliza sino que la ejecución de todo el proceso se hace un área que es mi responsabilidad, luego claramente tuve que haber desarrollado con mis superiores inmediatos la explicación del caso, el hecho de que hoy siga en la compañía, seguramente hubo una valoración de los antecedentes, de la causa el error, y pues el hecho que siga hoy puedo interpretar que fue porque se valoró de alguna manera, se hizo un balance de toda la historia, pero fue una situación difícil y el hecho de que todavía esté aquí, hablando del tema, reconociendo la responsabilidad es una posición incómoda laboral, que seguramente hubiera dado también para otro tipo de decisión.” (Negrilla fuera de la grabación)*



A pesar de las respuestas tan claras del señor Rafael Bonnet, sobre que lo que ocurrió fue una omisión suya al momento de recibir la orden de pedido por parte de Baosteel, y ordenar su ejecución, al no percatarse que tenía una especificación especial para el parámetro de planitud, la señora Delegada insiste en que existió un *acto potestativo, voluntario*, sobre aceptar el pedido con la consciencia de la planitud exigida, lo cual riñe con la realidad del suceso, explicado en el testimonio y con el sentido común como elemento esencial para la valoración de las pruebas, alterando la claridad de la prueba, agregándole elementos que no contiene y restándole afirmaciones que si se hicieron en ella, incurriendo en un claro error de hecho en la valoración de la prueba.

Al respecto, la Honorable Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicación N.º 05001-31-10-009-2008-00867-01 - SC3140-2019, del 13 de agosto de 2019, actuando como Magistrado Ponente el Dr. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, dijo lo siguiente:

“En efecto, el juez puede quebrantar la ley sustancial de forma indirecta al cometer errores de hecho, que aluden a la ponderación objetiva de las pruebas, o de derecho, cuando de su validez jurídica se trata.

La inicial afectación -por faltas fácticas- ocurre cuando el fallador se equivoca al apreciar materialmente los medios de convicción, ya sea porque supone el que no existe, pretermite el que sí está o tergiversa el que acertadamente encontró, modalidad ésta que equivale a imaginar u omitir parcialmente el elemento probatorio porque la distorsión, en que incurre el Juzgador implica agregarle algo de lo que carece o quitarle lo que sí expresa, con alteración de su contenido de forma significativa.

Así lo ha explicado la Sala al señalar:

“Los errores de hecho probatorios se relacionan con la constatación material de los medios de convicción en el expediente o con la fijación de su contenido objetivo. Se configuran, en palabras de la Corte, ‘(...) a) cuando se da por existente en el proceso una prueba que en él no existe realmente; b) cuando se omite analizar o apreciar la que en verdad sí existe en los autos; y, c) cuando se valora la prueba que sí existe, pero se altera sin embargo su contenido atribuyéndole una inteligencia contraria por entero a la real, bien sea por adición o por cercenamiento (...)’ (CSJ, SC9680, 24 jul. 2015, rad. n.º 2004-00469-01).” (Negrilla fuera de texto)

Así mismo, sobre el punto, La Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicación 54001-31-03-003-2007-00108-01 del 20 de junio de 2017, actuando como Magistrado Ponente también el Dr. Quiroz Monsalvo, indicó lo siguiente:

*“2.- La conculcación del ordenamiento sustancial por vía indirecta, invocada por el recurrente en la modalidad de **error de hecho en la valoración probatoria**, sucede ostensiblemente cuando el juzgador supone, omite o altera el contenido de las pruebas, siempre y cuando dicha anomalía influya en la forma en que se desató el debate, de tal manera que de no haber ocurrido otro fuera el resultado, lo que debe aparecer palmario o demostrado con contundencia por el impugnante.*

Sobre el punto, en sentencia de 21 de febrero de 2012, rad. N.º 2004-00649, reiterada el 24 de julio siguiente, rad. N.º 2005-00595-01, indicó la Sala:



[E]l error de hecho, que como motivo de casación prevé el inciso segundo, numeral primero, del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, ocurre cuando se supone o pretermite la prueba, entendiéndose que incurrirá en la primera hipótesis el juzgador que halla un medio en verdad inexistente o distorsiona el que sí obra para darle un significado que no contiene, y en la segunda situación cuando ignora del todo su presencia o lo cercena en parte, para, en esta última eventualidad, asignarle una significación contraria o diversa. El error 'atañe a la prueba como elemento material del proceso, por creer el sentenciador que existe cuando falta, o que falta cuando existe, y debido a ella da por probado o no probado el hecho' (G. J., T. LXXVIII, página 313)

*(...) Denunciada una de las anteriores posibilidades, el impugnador debe acreditar que la falencia endilgada es manifiesta y, además, que es trascendente por haber determinado la resolución reprochada, de tal suerte que, de no haberse incurrido en esa sinrazón, otra hubiera sido la resolución adoptada (...) Acorde con la añeja, reiterada y uniforme jurisprudencia de la Corporación, el yerro fáctico será evidente o notorio, 'cuando su sólo planteamiento haga brotar que el criterio' del juez 'está por completo divorciado de la más elemental sindéresis; si se quiere, que repugna al buen juicio', lo que ocurre en aquellos casos en que él 'está convicto de contraevidencia' (sentencias de 11 de julio de 1990 y de 24 de enero de 1992), o cuando es 'de tal entidad que a primer golpe de vista ponga de manifiesto la contraevidencia de la determinación adoptada en el fallo combatido con la realidad que fluya del proceso' (sentencia 146 de 17 de octubre de 2006, exp. 06798-01); dicho en términos diferentes, significa que **la providencia debe aniquilarse cuando aparezca claro que 'se estrelló violentamente contra la lógica o el buen sentido común, evento en el cual no es nada razonable ni conveniente persistir tozudamente en el mantenimiento de la decisión so pretexto de aquella autonomía'** (G. J., T. CCXXXI, página 644)." (Negrilla Fuera de texto)*

De tal manera que, en la sentencia de primera instancia, la señora Delegada (Juez) en su interpretación, porque nunca leyó textualmente las respuestas del testigo, lo puso a decir lo que no dijo, y omitió claramente lo que sí dijo, por cuanto no se percató que el testigo estaba hablando de su omisión en el momento de los hechos, o sea de no verificar, revisar, la planitud específica solicitada de 15i, porque ninguna orden de compra para la época en la empresa llevaba especificaciones de planitud, sino que todas se ejecutaban con la planitud estándar montada en el proceso productivo, instalado en la empresa, y tomó sus palabras como que consciente de la planitud existente, mandó a ejecutar el pedido, lo que insisto, contraría la verdad del testimonio, toda lógica y el buen sentido común.

Ahora bien, en cuanto a la manifestación en la sentencia, sobre que, también todos los subordinados del proceso productivo, voluntariamente y conscientemente decidieron elaborar el producto contrariando la especificación de planitud, según lo manifiesta la señora Delegada, en el acápite de la sentencia antes transcrito, tampoco es cierto, porque montada la lámina de acero para la elaboración del producto, las máquinas tienen la planitud estándar que estaba en capacidad de procesar en ese momento la compañía, y no había ninguna orden del Vicepresidente de Operaciones que inicia el proceso productivo, de revisar dicho ítem, porque en ese momento como lo expresa en todo su testimonio, para la época no era medible, no era relevante, no lo consideraban y por eso omitieron revisarlo, la verdad no lo observaron, hasta que vino la reclamación.



Así las cosas, se dan claramente los presupuestos establecidos en los precedentes judiciales mencionados, para el error de hecho en la valoración de la prueba, tanto documental, cláusula contractual (definición de acto de gestión negligente), como testimonial (declaración de Rafael Bonnet), que justifica la revocatoria de la sentencia impugnada, en la medida en que se tergiversa lo dispuesto en la cláusula contractual sobre los presupuestos que lo tipifican y la declaración del testigo en el tema de la involuntariedad de la omisión, ya que está plenamente probado desde la formalidad y la lógica jurídica y natural que acompañan el acto omisivo censurado al Vicepresidente de Operaciones, que da lugar al siniestro, pues nadie, conscientemente, voluntariamente, va a mandar a fabricar un pedido contrariando las especificaciones exigidas por el cliente, a sabiendas de que se lo van a rechazar y va a perder todo el costo de producción y eventualmente hasta el puesto, como puede pasar en este caso.

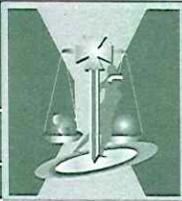
De tal manera que, como viene dicho, tenemos total inconformidad también con la interpretación y valoración de la prueba testimonial del señor Rafael Bonnet, desarrollada en la sentencia, para sustentar la falta del requisito de la involuntariedad en la comisión del acto de gestión negligente, ya que este nunca tomó una decisión consciente de ignorar la planitud como lo expresa la misma sentencia, pues de todo el contexto de la exhaustiva declaración del señor Bonnet, se infiere con toda claridad que él cometió un error al omitir involuntariamente la consideración de la planitud, y la explicación del por qué, es posterior a que se dieran cuenta del hecho, lo que no ocurrió sino hasta que se presentó el reclamo por la sociedad Baosteel, compradora del acero.

TERCER REPARO:

Ahora bien, el acto de gestión negligente, aunque se puede considerar uno solo, conforme a la última parte de la estipulación contractual antes transcrita, también estuvo conformado por otro hecho, y fue la firma por parte del señor Bonnet del contrato de compraventa del acero, merece nuestro reparo e inconformidad lo manifestado e interpretado en la sentencia sobre el punto.

El señor Bonnet, en su condición reconocida en la sentencia, de directivo asegurado en la póliza, suscribió el contrato #2017-03 de febrero 8 de 2017 por valor de UN MILLON QUINIENTOS TREINTA Y DOS MIL CATORCE DÓLARES (\$1.532.014 USD), que obra en el expediente digital traducido como prueba documental en el derivado 00 folio 224 a 226, sin estar facultado conforme a los estatutos de la sociedad para hacerlo, ya que, los estatutos sociales que obran en el expediente, claramente establecen que para contratos superiores al millón de dólares, el funcionario que lo vaya a suscribir tiene que estar autorizado por la Junta Directiva con una mayoría especial de 4 de sus 5 miembros, acto que indiscutiblemente fue contra los estatutos y la Ley, si tenemos en cuenta que las decisiones de las juntas directivas deben probarse mediante el Acta correspondiente, y a los administradores, no les es admisible prueba de ninguna clase para establecer hechos que no consten en las actas. (última parte del inciso 2 del artículo 189 del Código de Comercio)

Ahora bien, sí es cierto, como obra en la prueba N° 5, que el presidente ejecutivo en su momento, Juan Carlos Giraldo Gómez, desde el 1 de octubre de 2015, encargó al señor Bonnet de los procesos comerciales, específicamente en el desarrollo y manejo de los negocios de exportación al mercado americano, debido a la competencia técnica de este funcionario y manejo fluido del idioma inglés, señalándole que el encargo era temporal, y hasta que la presidencia ejecutiva así lo requiriera, pero, dicho encargo **formalmente no lo facultaba para firmar contratos como el que generó el siniestro por más de un**



millón de dólares, pues para el efecto se requería una autorización especial de la Junta Directiva, artículo 35 de los estatutos, que obran como prueba documental en el derivado 31 folio 16 del expediente digital de la Superintendencia Financiera.

Incluso, no importa que la junta directiva se hubiera enterado del asunto, porque este órgano de administración, debía producir un acta con un quorum especial de 4 de sus 5 miembros, que autorizara al señor Rafael Bonnet a realizar el negocio, la cual NO existe pues esta operación nunca fue autorizada por dicho órgano, ni formalmente ratificada, ya que, el único pronunciamiento existente en acta sobre el particular, es el acta #549 del 13 de junio de 2017 a las 8:30 a.m, en la que se autorizó el reclamo del seguro de administradores y directores, con ocasión del reclamo del cliente Baosteel America Inc. (Derivado 31 folio 3 expediente digital de la Superintendencia Financiera)

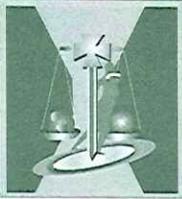
De tal manera que, aún si tácitamente el negocio hubiera sido aceptado por la compañía, éste no deja de ser un acto irregular del Vicepresidente de Operaciones, Señor Bonnet, **contrario a los estatutos**, que terminó perjudicando a la empresa, por comprometerla en un contrato que en ese momento no estaba en capacidad de cumplir, por la especificación de planitud requerida por el cliente, que, para acabar de ajustar, omitió involuntariamente considerar antes de enviar la orden a producción.

De tal manera que, sí existe también un acto involuntario cometido por el asegurado Bonnet, contrario a los estatutos y la Ley, al suscribir el contrato de venta de la mercancía, convencido de que estaba autorizado para ello, que de ninguna manera queda saneado porque la junta directiva después de realizado se enteró. Los estatutos de una sociedad, como es de todos conocido, no se pueden modificar tácitamente por comportamientos o conductas de la junta directiva o de cualquier funcionario, sea cual fuere su rango o el nivel ejecutivo de la empresa, menos cuando se trata de autorizaciones para realizar negocios millonarios con quorum calificado, que debe constar en actas, que no fueron acreditadas como prueba en el proceso, porque nunca existieron, prueba de ello es que si algún miembro de Junta Directiva se le reclamara en este momento por dicho negocio, por la Asamblea de Accionistas o cualquier socio, estos bien podrían decir que el negocio nunca fue autorizado formalmente, por cuanto no existe acta en que ellos lo hubiesen aprobado.

De tal manera que, tampoco compartimos y también forma parte de los reparos e inconformidades con la sentencia, la interpretación y valoración que se hace al interrogatorio de parte del Representante Legal Daniel Castillo, para justificar el respetable pero equivocado razonamiento que contiene la sentencia, sobre que por el hecho de existir una autorización del Presidente Ejecutivo para adelantar procesos comerciales y de promoción en los Estados Unidos y porque el señor Bonnet asistía a la junta con posterioridad a la celebración de los negocios y la junta estaba enterada de lo que hacía, no fue un acto de gestión negligente, suscribir el contrato sin las autorizaciones exigidas por los estatutos.

Ahora bien, el señor Bonnet realizó el acto de manera involuntaria, en el entendido que él consideraba que la autorización del presidente para las labores comerciales en los Estados Unidos y el eventual conocimiento de la junta sobre el particular, eran suficientes para realizar el negocio, cuando realmente, de manera formal, así no ocurría.

Y es que, si en los estatutos de la sociedad se indica que la autorización previa para celebrar negocios este tipo de negocios debe otorgarla la Junta Directiva con una mayoría especial, ningún documento firmado por Presidente, Gerente, Chairman o como quiera



llamársele al representante legal de la compañía, puede suplir el requisito formal contenido en los estatutos, por lo que cualquier decisión tomada por el señor Bonnet en el ejercicio de sus funciones, sin la autorización previa y formal de la Junta Directiva como se requería, ataca y es contraria a los estatutos sociales de la sociedad, situación que no se puede sanear con una autorización anterior o posterior de alguno de los representantes legales, ni con la confesión de estos, tal como lo sostiene la sentencia de primera instancia en el minuto 29:31.

(...)

“...finalmente, tampoco se puede perder de vista que el acto que desarrolló el vicepresidente de operaciones, no es un acto contrario a los estatutos sociales que es otras de las características solicitadas dentro de la póliza para la materialización del siniestro, como lo hizo entre ver en sus alegatos de conclusión el apoderado de la parte actora, pues el mismo representante legal de Corpacero en su interrogatorio de parte, señaló en su momento que el señor Bonet tenía autorización de la junta directiva del órgano social rector que lo habilitaba para encargarse del desarrollo del mercado americano para la celebración de este tipo de contratos con Baosteel concordante con ello, también el señor Bonet en su testimonio precisó que el actuó bajos lineamientos y ordenes de su jefe inmediato esto es el presidente o sí o de la organización.”

(...)

Es importante precisar que, una cosa es no desconocer o aparentemente aceptar tácitamente un hecho cumplido, como la celebración del contrato que nos ocupa, y otra es que este se haya realizado con los requisitos legales y estatutarios requeridos, lo primero puede hacerse por razones comerciales como aparentemente sucedió, pero también pudo haber sido desconocido por la empresa, y en ninguno de los dos casos hay duda de que la actuación del Vicepresidente de Operaciones fue contraria a los estatutos sociales, tipificando así otro de los presupuestos del ACTO DE GESTIÓN NEGLIGENTE, descrito y amparado por la póliza, ya que la discusión no va en el sentido de establecer la validez del contrato entre las partes y frente a terceros, sino, si internamente la actuación del funcionario asegurado fue en contra de la Ley o los Estatutos.

CUARTO REPARO:

También, es objeto de reparo y de inconformidad con la sentencia, el particular análisis que se hace sobre la diferencia entre actos operativos y actos de administración, con fundamento en el objeto social de la compañía, para concluir por fuera del contexto contractual y de la cláusula especial de exclusión de responsabilidad civil profesional, en pos de justificar la probanza del otro argumento contenido en la excepción número 1 sobre ausencia de cobertura que se declaró próspera, que la sociedad al fabricar sus productos, está ejerciendo un servicio profesional, para dar apoyo a la cláusula de la exclusión de responsabilidad civil profesional, consagrada en la sección II Exclusiones, Numeral 5 de la caratula de la póliza de seguros, derivado 00 folio 30 del expediente digital, que se refiere a la responsabilidad civil profesional asegurable en Colombia, y que a su texto dice:

“5- RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL

TODA RECLAMACIÓN BASADA EN LA PRESTACIÓN DE CUALQUIER SERVICIO PROFESIONAL, POR PARTE DE LA SOCIEDAD O DE LOS ASEGURADOS A TERCEROS, SEA O NO REMUNERADO, O DE LOS ERRORES



U OMISIONES COMETIDOS CON OCASIÓN DE LA PRESTACIÓN DE DICHOS SERVICIOS.”

Inexplicablemente, con base en esta cláusula que es la única que toca el tema en todo el contrato, y la cual es absolutamente clara que se refiere a los contratos de prestación de servicios profesionales y la responsabilidad profesional derivada de estos, la cual es asegurable en pólizas especiales para el efecto, tal como quedó claramente establecido por la Representante Legal de Berkley en su interrogatorio de parte, la sentencia de primera instancia realiza una construcción teórica sin ningún asiento en el contrato de seguro, para crear un acto que denomina de operación, operativo o profesional, no mencionado en ninguna parte de la póliza, ni distinguido de ninguna manera en la cláusula que define el entendimiento para el contrato de lo que es el “ACTO DE GESTIÓN NEGLIGENTE”, con fundamento en el objeto social de la empresa y su desarrollo, sorprendiendo al asegurado con un elemento que no tiene ningún soporte en el contrato de seguro y que contradice directamente lo expuesto en el mismo, en el que como diremos hasta el cansancio, NO existe ninguna distinción del “ACTO DE GESTIÓN NEGLIGENTE”.

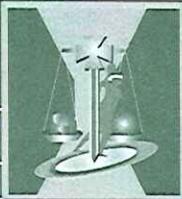
El acápite que merece el reparo e inconformidad de la sentencia sobre el particular se encuentra en el minuto 20:34, en el que a su texto se dijo:

(...)

“Procede entonces determinar por el despacho, si en desarrollo de esa gestión el señor Bonet realizó a través de la contratación de, con la sociedad norteamericana se hizo un acto de gestión o un acto operativo o profesional, encontrando el despacho que es importante tener claro que los actos operativos son aquellos que desarrollan el objeto social de una empresa, entre tanto que los de gestión son los que hacen o se desarrollan alrededor de los primeros y permiten el desarrollo efectivo del objeto social.

De allí que un acto de gestión, por ejemplo, pueda ser la compraventa o el arriendo de un inmueble para que se desarrolle la producción y/o la comercialización de los productos generados por el objeto social o la contratación a nivel laboral de quienes tienen que entrar a desarrollar el objeto social, entre tanto, los actos operativos o los actos profesionales son aquellos que materializan el objeto social de la empresa, sea oportuno desde ya mencionar en este punto, que cuando se habla de actos profesionales no se está refiriendo necesariamente y limitadamente al desarrollo de profesiones liberales, sino se está hablando del ejercicio para el cual fue constituida la empresa y que se materializa en un producto o en un servicio que es el objeto social de la misma, de allí entonces que tal como se lo manifestaron los testigos, el propio representante legal de la sociedad demandante y se contempla dentro del contrato de seguro, el objeto social de Corpacero es y me permito leerlo de manera literal.” (...)

Sobre el particular hemos de comentar que, de acuerdo a la cláusula transcrita, y el segundo argumento en que se fundamenta la excepción de ausencia de cobertura que la sentencia declara probada, esta se refiere a la aplicación de la exclusión de servicios profesionales, o de responsabilidad civil profesional, la cual no aplica al caso, por cuanto ni la sociedad, ni el señor Bonnet como directivo, actuaron en el asunto en ejercicio de un contrato de servicios profesionales a terceros, como lo exige la cláusula de exclusión mencionada, puesto que el siniestro ocurrió por una decisión inherente a su cargo, tomada por el Directivo Bonnet al interior de la empresa, con ocasión de una compraventa



de láminas de acero, que fue rechazado por falta de cumplimiento de las especificaciones de planitud exigidas por el cliente y no en desarrollo de ningún contrato de prestación de servicios profesionales.

Así mismo, el señor Bonnet, es empleado con contrato laboral en Corpacero, o sea no es un asesor externo con contrato de prestación de servicios profesionales a la empresa, de tal manera que, de bulto se observa que, esta exclusión no aplica al caso y la sentencia da una interpretación incorrecta a la cláusula de exclusión mencionada.

La póliza de responsabilidad civil profesional, está diseñada para **cubrir riesgos en el ejercicio de actividades profesionales o profesiones liberales** que gocen de la tutela del estado, como la actividad de los abogados, contadores, médicos, **o empresas que vendan servicios profesionales**, etc., tal como se desprende del artículo 1129 y 1130 del Código de Comercio, que a su texto dicen:

(...)

“ARTÍCULO 1129. NULIDAD ABSOLUTA DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD. Será nulo, de nulidad absoluta, el seguro de responsabilidad profesional cuando la profesión y su ejercicio no gocen de la tutela del Estado o cuando, al momento de celebrarse el contrato, el asegurado no sea legalmente hábil para ejercer la profesión.

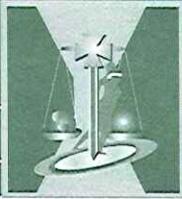
ARTÍCULO 1130. TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD. El seguro de responsabilidad profesional válidamente contratado terminará cuando el asegurado sea legalmente inhabilitado para el ejercicio de su profesión.” (...)

Estas disposiciones legales, complementan la interpretación de la responsabilidad civil profesional a que se refiere la cláusula, **ya que son las que contiene la Ley colombiana**, de donde claramente se concluye que el desarrollo del objeto social de la compañía está lejos y no consagra la prestación de servicios profesionales.

De tal manera que, es supremamente forzada y contraria al contrato de seguro, la construcción jurídica que se quiere hacer con la creación de un acto operativo que no queda vinculado o bajo la cobertura de la póliza, porque es en desarrollo del objeto social de la empresa cuando todos los actos de los administradores y directores se hacen en desarrollo del objeto social o para los fines de este, para concluir que a estos actos operativos o de operación, les cabe la exclusión de la responsabilidad civil profesional, máxime cuando el contrato de seguro, que es la prueba del mismo, no menciona nada, absolutamente nada sobre el particular.

QUINTO REPARO:

Para concluir, y teniendo en cuenta nuestros reparos e inconformidades con las respetables interpretaciones, pero a nuestro modo equivocadas, que se hacen en la sentencia, de las cláusulas citadas en el presente escrito, es importante resaltar que, tratándose de un contrato de seguros, catalogado por la misma Superintendencia Financiera como de adhesión, porque en este caso no hay una participación efectiva en la discusión del clausulado con el tomador o beneficiario, en caso de que para la Superintendencia Financiera como Juez de primera instancia, se hubieren generado dudas sobre la interpretación de las cláusulas por oscuras o ambiguas (que no lo son), era de obligatoria aplicación, tal como se dejó sentado en el reproche a las excepciones,



la disposición contenida en el artículo 1624 del Código Civil Colombiano, que a su texto dice:

“ARTICULO 1624. INTERPRETACION A FAVOR DEL DEUDOR. No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor.

Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella.”

De tal manera que, cualquier duda debió resolverse en favor de la parte demandante, por lo tanto, no cumple la sentencia con la disposición antes transcrita.

Sobre el mismo punto, la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con expediente 11001 3103 024 1998 4175 01 del 4 de noviembre de 2009, actuando como magistrado ponente el Dr. Pedro Octavio Munar Cadena, se refiere a la manera de interpretar las cláusulas de un contrato de seguro, cuando existe contradicción entre ellas, o admiten interpretación por su falta de claridad.

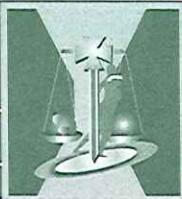
(...)

“2.2. En consecuencia, para decirlo sin ambages, ciertas peculiaridades de los referidos contratos, relativas a la exigua participación de uno de los contratantes en la elaboración de su texto; la potestad que corresponde al empresario de imponer el contenido del negocio; la coexistencia de dos tipos de clausulado, uno necesariamente individualizado, que suele recoger los elementos esenciales de la relación; y el otro, el reglamentado en forma de condiciones generales, caracterizado por ser general y abstracto; las circunstancias que rodean la formación del consentimiento; la importancia de diversos deberes de conducta accesorios o complementarios, como los de información (incluyendo en ese ámbito a la publicidad), lealtad, claridad, entre otros; la existencia de controles administrativos a los que debe someterse; en síntesis, las anotadas singularidades y otras más que caracterizan la contratación de esa especie, se decía, le imprimen, a su vez, una vigorosa e indeleble impronta a las reglas hermenéuticas que le son propias y que se orientan de manera decidida a proteger al adherente (interpretación pro consumatore).”

(...)

“Igualmente, como los contratos de adhesión presuponen un alto grado de confianza del adherente en la estipulación que se le ofrece, la cual ha de estar precedida por el cabal cumplimiento de los deberes de corrección, lealtad y, especialmente, de claridad que pesan sobre el proponente, es atinado colegir que el alcance que corresponde a las cláusulas predisuestas es el que de manera razonada le hubiere atribuido el adherente promedio. Esto es, que siguiendo los mandatos de la buena fe, la estipulación deberá ser entendida desde el punto de vista del destinatario, como lo harían las personas honestas y razonables.”

(...)“Por último, en virtud del criterio de “la condición más beneficiosa”, cualquier enfrentamiento entre estipulaciones que conforman las condiciones generales, y



entre éstas y una condición particular, se resuelve aplicando aquella cláusula que resulte más provechosa para el consumidor.”

Por lo tanto, la señora Delegada al momento de realizar interpretaciones y variaciones subjetivas al entendimiento claro de las cláusulas de la póliza, ha debido hacerlo en favor del consumidor, en este caso CORPACERO S.A.S., protegiéndolo como parte débil del contrato.

Por todo lo anteriormente expuesto, es equivocada la conclusión de la sentencia, habida cuenta de que sí, se encuentra plenamente probado el siniestro y la cobertura de la póliza en los términos del artículo 1077 del Código de Comercio, ya que,

1. Quedó acreditada, reconocido en la sentencia y sin discusión la calidad de asegurado del directivo Rafael Bonnet, y en consecuencia la cobertura de la póliza para sus actos de gestión negligente.
2. Se encuentra absolutamente probado por el texto de la cláusula que define el entendimiento para el contrato, y en consecuencia para las partes, que el “ACTO DE GESTIÓN NEGLIGENTE” puede ser cualquiera, o cualquier error u omisión del asegurado, sin distinción entre actos de administración y actos de operación o de ninguna otra clase.
3. Con el testimonio real de Bonnet, queda totalmente probada la OMISIÓN de éste, su actuar negligente, al mandar a ejecutar un contrato sin percatarse, sin verificar, sin revisar la especificación de planitud contenida en el, sin tener en cuenta que el proceso de producción de la empresa no contemplaba en ese momento la posibilidad de cumplir con la especificación contratada, incurriendo en una falta a los deberes inherentes a su cargo.
4. También se incurre en una actuación negligente, incorrecta, al firmar un contrato sin las autorizaciones que exigían los estatutos de la sociedad, siendo contraria formalmente su actuación, a los estatutos de la empresa.
5. Es evidente de acuerdo con las declaraciones de Rafael Bonnet, la lógica natural y el sentido común, que la actuación de éste como Vicepresidente de Operaciones fue involuntaria, pues nadie consciente mandaría a fabricar un producto contrario a lo que le indica el cliente, a sabiendas de que este sería rechazado y devuelto, con las previsibles consecuencias económicas para la empresa y eventualmente para su cargo.

Por todo lo anteriormente expuesto, de manera comedida y respetuosa, solicito al Honorable Tribunal Superior de Bogotá D.C., revocar en su totalidad la sentencia que declara probada la excepción de “ausencia de cobertura”, y proceder a resolver sobre las otras excepciones planteadas y el fondo del asunto, haciendo efectiva la póliza contratada, dando prosperidad a las pretensiones de la demanda.

Atentamente,


ANTONIO CASTILLO BECERRA
C.C. No. 70.126.440 de Medellín
T.P. No. 42.461 del C. S. J.

Bogotá D.C., 06 de octubre de 2020.

Señores:
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
ATN. DR ADRIANA SAAVEDRA LOZADA.
MAGISTRADA
E. S. D.

REFERENCIA: PROCESO EJECUTIVO
RADICADO: 11001310302920170059001
DEMANDANTE: LA TORRE V Y CIA LTDA
DEMANDADO: MARLENY LADINO CASTRO.

ASUNTO: SUSTENTACION RECURSO DE APELACION INTERPUESTO CONTRA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA PROFERIDA POR EL DESPACHO DEL JUZGADO VEINTINUEVE (29) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ EL DOS (02) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) y NOTIFICADA POR ESTRADO DEL DOS (02) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020).

SU AUTO DE FECHA TREINTA DE SEPTIEMBRE (30) DE DOS MIL VEINTE (2020), NOTIFICADO POR ESTADO DE FECHA PRIMERO (01) DE OCTUBRE DE DOS MIL VEINTE (2020).

ALLISON ROJAS VASQUEZ, identificada con cedula de ciudadanía número 1.072.645.802 expedida en Chía (Cundinamarca) y portadora de la tarjeta profesional número 215.152 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en nombre y representación de la señora **MARLENY LADINO CASTRO DEMANDADA** dentro del proceso de la referencia, apoderada de oficio, según designación de oficio que hiciera el despacho por virtud de amparo de pobreza, encontrándome dentro del término procesal para hacerlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 del Decreto 806 de 2020 y así mismo de lo dispuesto en el artículo 321 del Código General del proceso y de lo dispuesto mediante providencia **AUTO DE FECHA TREINTA DE SEPTIEMBRE (30) DE DOS MIL VEINTE (2020), NOTIFICADO POR ESTADO DE FECHA PRIMERO (01) DE OCTUBRE DE DOS MIL VEINTE (2020)**. respetuosamente, manifiesto a este Honorable Despacho Judicial que procedo a **SUSTENTAR EL RECURSO DE DE APELACIÓN INTERPUESTO EN AUDIENCIA CONTRA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA PROFERIDA JUZGADO VEINTINUEVE (29) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ EL DOS (02) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) y NOTIFICADA POR ESTRADO DEL DOS (02) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020)** con fundamento en las siguientes consideraciones fácticas y jurídicas a saber:

I. SUSTENTACION RECURSO DE APELACION CONTRA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA PROFERIDA POR EL JUZGADO VENTISEIS CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ EL DOS (02) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) Y NOTIFICADA POR ESTRADO EN LA MISMA FECHA.

Se invoca y sustenta el presente recurso de apelación **CONTRA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA PROFERIDA POR EL DESPACHO DEL JUZGADO VENTISEIS CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ el pasado DOS (02) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020), Y NOTIFICADA POR ESTADO EN LA MISMA FECHA**, como quiera que la defensa de oficio de la parte demandada no encuentra fundada y congruente la determinación proferida por el *ad quo* para resolver el problema jurídico planteado en la fijación del litigio que deriva en determinar no solo la existencia del negocio

Consultoría Jurídica y de Ingeniería
 Tel. (571) 612 06 50 • 612 38 76
 Fax. (571) 620 85 76
 Ave 15 No 122 - 73 Of. 310
 Bogotá D.C. - Colombia



juridico fuente de obligaciones que es el que se constituye en el titulo ejecutivo base de la accion que nos ocupa, sino además la procedencia de la exigibilidad de las obligaciones derivadas del mismo de las que se presume deudora a la demandada pese incluso a la configuracion de fenomeno juridico de la prescripcion extintiva.

Lo anterior como quiera que si bien dentro del proceso ejecutivo que nos ocupa, ha quedado probado LA EXISTENCIA del negocio causal fuente de las obligaciones que por esta via se ejecutan que se constituye en el titulo ejecutivo base de las mismas en cuanto hace al periodo comprendido entre el año dos mil tres a dos mil cuatro según se depreca del plazo contractual pactado, no es menos cierto que dicha prueba en cambio **SE ECHA DE MENOS CON RESPECTO** a las obligaciones que se ejecutan por virtud del MANDAMIENTO DE PAGO PROFERIDO MEDIANTE PROVIDENCIA DE FECHA VENTICINCO (25) DE MAYO DE DOS MIL DIECIOCHO (2018), NOTIFICADA POR ESTADO DE FECHA VENTICINCO (25) DE MAYO DE DOS MIL DIECIOCHO (2018) **Y QUE PROVIENEN PRESUNTAMENTE DE LAS PRORROGAS DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL COMERCIAL No. LC-2495843** que por disposicion del propio pacto contractual que vincula a las partes y que se constituye en ley para las mismas según lo dispone el artículo 1602 del Código Civil al indicar:

“ARTICULO 1602. <LOS CONTRATOS SON LEY PARA LAS PARTES>. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”(Subrayado y negrilla fuera de texto)

DEBEN CONSTAR POR ESCRITO PARA DEPRECAR SU EXISTENCIA y para hacer oponibles los efectos invocados sobre las mismas, entre ellos por supuesto la causacion y cobro de los canones de arrendamiento sobre los cuales no se puede presumir su claridad, su exigibilidad y mucho menos la característica de ser expresos como quiera que niquiera existe el documento o titulo ejecutivo en el que presuntamente constan consignados.

Y es que lo que olvido el *ad quo* su señoría es que el contrato de arrendamiento se reputa como un negocio juridico solemne y cuya solemnidad corresponde al caso en concreto, EN CONSTAR POR ESCRITO solemnidad que no solo resulta aplicable del contrato primigenio, sino tambien se hace extensiva a las prorrogas mismo, y por ende DICHA SOLEMNIDAD SE CONSTITUYE EN EL REQUISITO *SINE CUANUM* DICHAS PRORROGAS NO ESTA LLAMADO A PRODUCIR EFECTOS JURIDICOS VINCULANTES ENTRE LAS PARTES tal y como al efecto lo ha dispuesto el articulo 1500 de Código Civil que alexpresar:

“ARTICULO 1500. <CONTRATO REAL, SOLEMNE Y CONSENSUAL>. El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Lo anterior en concordancia con lo dispuesto en el propio pacto contractual primigenio esto es el EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL COMERCIAL No. LC-2495843 el cual a proposito de las prorrogas contractuales y la solemnidad que las partes debian cumplir para efectos de materializar las mismas indico en su CLÁUSULA DECIMA TERCERA.- TERMINACION Y PRORROGA DEL CONTRATO lo siguiente:

“CLÁUSULA DÉCIMA TERCERA.- TERMINACION Y PRORROGA DEL CONTRATO. El present contrato termina por el vencimiento del termino estipulado. NO OBSTANTE LOS CONTRATANTES POR MUTUO ACUERDO PÓDRAN PRORROGARLO POR UN PERIODO DE IGUAL AL INICIALMENTE PACTADO, MEDIANTE COMUNICACIONES ESCRITAS POR LO MENOS CON UN MES DE ANTELACIÓN A SU VENCIMIENTO. Lo

anterior sin perjuicio del derecho de renovacion consagrado en el artículo 518 del Código de Comercio.(Subrayado y negrilla fuera de texto).

Razon de peso antes descrita por la cual es evidente a los ojos de cualquiera que NO EXISTIENDO POR ESCRITO LAS PRORROGAS CONTRACTUALES DEL NEGOCIO JURIDICO QUE NOS OCUPA, ES CLARO QUE NO EXISTE FRENTE A LOS PERIDOS SUBSIGUIENTES AL AÑO 2004, fuente de las obligaciones que se ejecutan y mucho menos existe titulo ejecutivo del cual se derive la existencia de obligaciones claras, expresas y exigibles a cargo del deudor, como de forma equivocada se establecio en el mandamiento de pago de la litis que nos ocupa y mal prodria presumirse su existencia contrariando el propio pacto contractual cuando es claro que la prueba de la prorrogas contractuales que se echa de menos, ES LA UNICA PRUEBA ADMISIBLE PARA ELLO QUE NO PUEDE SUPLIRSE POR OTRA DIFERENTE tal y como al efecto lo han dispuesto la altas cortes al indicar:

(...) De conformidad con lo señalado por el artículo 1500 del Código Civil los contratos pueden ser solemnes, consensuales o reales, siendo los primeros aquellos en los que para su perfeccionamiento es necesaria una solemnidad que expresamente se pide.

Quando el negocio jurídico es solemne, la solemnidad exigida, amén de perfeccionarlo o hacerlo surgir a la vida jurídica, cumple la función de demostrar su existencia, si esa solemnidad consiste en un escrito o documento, CON LA CARACTERÍSTICA DE SER LA ÚNICA PRUEBA ADMISIBLE PARA ELLO POR ASÍ DISPONERLO LA LEY.

Con otras palabras, en este caso EL DOCUMENTO CUMPLE NO SÓLO UNA FUNCIÓN CONSTITUTIVA SINO ADEMÁS UNA FUNCIÓN PROBATORIA Y ÉSTE SERÁ EL ÚNICO MEDIO PROBATORIO PERTINENTE PARA ELLO.

En consecuencia, cuando se pretenda la indemnización de perjuicios con fundamento en que se ha incumplido un contrato estatal, la prosperidad de semejantes pretensiones supone, entre otras demostraciones, que se acredite la celebración del contrato con el documento que se pide como solemnidad constitutiva pues acreditando su existencia se podrán determinar los derechos y obligaciones a favor y a cargo de cada una de las partes para luego proceder, ahí sí, a verificar si hubo tal incumplimiento y si este causó daño.

Así que para demostrar la celebración de un contrato solemne, cuando la solemnidad constitutiva consiste en un documento, no es admisible ningún otro medio probatorio y por ende la existencia del negocio no puede ser demostrada con (...)
(subrayado y negrilla fuera de texto)

Asi si el fallador de primera instancia encontraba al momento de practicarse las pruebas y de dictar sentencia como ocurrio, que el titulo ejecutivo base de las obligaciones que se ejecutaban en contra de mi mandante por concepto de canones de arrendamiento proveniente de las prorrogas suscritas al contrato de arrendamiento era inexistente, toda vez que estas no constaban por escrito siendo esta la solemnidad para predicar su existencia y validez frente a las partes en contienda, pese a haber emitido el mandamiento de pago debió ex officio haber procurado la revisión del titulo ejecutivo y haberlo revocado en lo pertinente, garantizado el derecho constitucional de primacia del derecho sustancial sobre el formal tal y como al efecto lo dispone el artículo 228 de la Constitución política de Colombia y tal y como al efecto tambien se ha advertido sobre el particular **LA SALA DE CASACION CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN SENTENCIA DE TUTELA STC3298-2019 . MAGISTRADO PONENTE LUIS ARAMANDO TOLOSA VILLABONA AL INDICAR** quien sobre este particular ha indicado que:

“Sobre lo advertido, esta Corporación esgrimió:

“(…) [R]elativamente a específicos asuntos como el auscultado, al contrario de lo argüido por la (….) quejosa, sí es dable a los juzgadores bajo la égida del Código de Procedimiento Civil, y así también de acuerdo con el Código General del Proceso, volver, ex officio, sobre la revisión del título ejecutivo a la hora de dictar sentencia (…)”.

“(…)”.

“Y es que sobre el particular de la revisión oficiosa del título ejecutivo esta Sala precisó, en CSJ STC18432-2016, 15 dic. 2016, rad. 2016-00440-01, lo siguiente:

“Los funcionarios judiciales han de vigilar que al interior de las actuaciones procesales perennemente se denote que los diversos litigios, teleológicamente, lo que buscan es dar prevalencia al derecho sustancial que en cada caso se disputa (artículos 228 de la Constitución Política y 11 del Código General del Proceso); por supuesto, ello comporta que a los juzgadores, como directores del proceso, legalmente les asiste toda una serie de potestades, aun oficiosas, para que las actuaciones que emprendan atiendan la anotada finalidad, mismas que corresponde observarlas desde la panorámica propia de la estructura que constituye el sistema jurídico, mas no desde la óptica restringida derivada de interpretar y aplicar cada aparte del articulado de manera aislada (…)”.

“Entre ellas, y en lo que atañe con el control que oficiosamente ha de realizarse sobre el título ejecutivo que se presenta ante la jurisdicción en pro de soportar los diferentes recaudos, ha de predicarse que si bien el precepto 430 del Código General del Proceso estipula, en uno de sus segmentos, en concreto en su inciso segundo, que «[l]os requisitos formales del título ejecutivo sólo podrán discutirse mediante recurso de reposición contra el mandamiento ejecutivo. No se admitirá ninguna controversia sobre los requisitos del título que no haya sido planteada por medio de dicho recurso. En consecuencia, los defectos formales del título ejecutivo no podrán reconocerse o declararse por el juez en la sentencia o en el auto que ordene seguir adelante la ejecución, según fuere el caso», lo cierto es que ese fragmento también debe armonizarse con otros que obran en esa misma regla, así como también con otras normas que hacen parte del entramado legal, verbigracia, con los cánones 4º, 11, 42-2º y 430 inciso 1º ejúsdem, amén del mandato constitucional enantes aludido (…)”.

“Por ende, mal puede olvidarse que así como el legislador estipuló lo ut supra preceptuado, asimismo en la última de las citadas regulaciones, puntualmente en su inciso primero, determinó que «[p]resentada la demanda acompañada de documento que preste mérito ejecutivo, el juez librará mandamiento ordenando al demandado que cumpla la obligación en la forma pedida, si fuere procedente, o en la que aquel considere legal» (…)”.

“De ese modo las cosas, TODO JUZGADOR, NO CABE DUDA, ESTÁ HABILITADO PARA VOLVER A ESTUDIAR, INCLUSO EX OFFICIO Y SIN LÍMITE EN CUANTO ATAÑE CON ESE PRECISO TÓPICO, EL TÍTULO QUE SE PRESENTA COMO SOPORTE DEL RECAUDO, PUES TAL PROCEDER HA DE ADELANTARLO tanto al analizar, por vía de impugnación, la orden de apremio impartida cuando la misma es de ese modo rebatida, COMO TAMBIÉN A LA HORA DE EMITIR EL FALLO CON QUE FINIQUITE LO ATAÑEDERO CON ESE ESCRUTINIO JUDICIAL, EN TANTO QUE ESE ES EL PRIMER ASPECTO RELATIVAMENTE AL CUAL SE HA DE PRONUNCIAR LA JURISDICCIÓN, YA SEA A TRAVÉS DEL JUEZ A QUO, ORA POR EL AD QUEM (…)”.

“Y es que, como la jurisprudencia de esta Sala lo pregonó en plurales oportunidades relativamente a lo al efecto demarcado por el Código de Procedimiento Civil, lo cual ahora también hace en punto de las reglas del Código General del Proceso, para así reiterar ello de cara al nuevo ordenamiento civil adjetivo, ESE PROCEDER ES DEL TODO GARANTISTA DE LOS DERECHOS SUSTANCIALES DE LAS PARTES TRABADAS EN CONTIENDA, POR LO QUE NO MERAMENTE SE ERIGE COMO UNA POTESTAD DE LOS JUECES, SINO MÁS BIEN SE CONVIERTE EN UN «DEBER» PARA QUE SE LOGRE «LA IGUALDAD REAL DE LAS PARTES» (artículos 4º y 42-2º del Código General del Proceso)



y «la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial» (artículo 11º ibidem) (...).”

“Ese entendido hace arribar a la convicción de que el fallador mal puede ser un convidado de piedra del litigio, sino que, en cambio, antes que otra cosa, tiene que erigirse dentro del juicio en un defensor del bien superior de la impartición de justicia material. Por tanto, así la cita jurisprudencial que a continuación se transcribe haya sido proferida bajo el derogado Código de Procedimiento Civil, la misma cobra plena vitalidad para predicar que del mismo modo, bajo la vigencia del Código General del Proceso: [T]odo juzgador, sin hesitación alguna, [...] **SÍ ESTÁ HABILITADO PARA ESTUDIAR, AUN OFICIOSAMENTE, EL TÍTULO QUE SE PRESENTA COMO SOPORTE DEL PRETENSO RECAUDO EJECUTIVO, PUES TAL PROCEDER HA DE ADELANTARLO TANTO AL ANALIZAR, por vía de impugnación, la orden de apremio dictada cuando la misma es rebatida, y ello indistintamente del preciso trasfondo del reproche que haya sido efectuado e incluso en los eventos en que las connotaciones jurídicas de aquel no fueron cuestionadas, COMO TAMBIÉN A LA HORA DE EMITIR EL FALLO DE FONDO CON QUE FINIQUITE LO ATANEDERO CON ESE ESCRUTINIO JUDICIAL, EN TANTO QUE TAL ES EL PRIMER TÓPICO RELATIVAMENTE AL CUAL SE HA DE PRONUNCIAR A FIN DE DEPURAR EL LITIGIO DE CUALESQUIERA IRREGULARIDAD SIN QUE POR ENDE SE PUEDA PREGONAR EXTRALIMITACIÓN O DESAFUERO EN SUS FUNCIONES, MÁXIME CUANDO EL PROCESO PERENNEMENTE HA DE DARLE PREVALENCIA AL DERECHO SUSTANCIAL (ARTÍCULO 228 SUPERIOR) (...)**”.

“(...)”.

“En conclusión, **LA HERMENÉUTICA QUE HA DE DÁRSELE AL CANON 430 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO NO EXCLUYE LA «POTESTAD-DEBER» QUE TIENEN LOS OPERADORES JUDICIALES DE REVISAR «DE OFICIO» EL «TÍTULO EJECUTIVO» A LA HORA DE DICTAR SENTENCIA, YA SEA ESTA DE ÚNICA, PRIMERA O SEGUNDA INSTANCIA (...), DADO QUE, COMO SE PRECISÓ EN CSJ STC 8 NOV. 2012, RAD. 2012-02414-00, «EN LOS PROCESOS EJECUTIVOS ES DEBER DEL JUEZ REVISAR LOS TÉRMINOS INTERLOCUTORIOS DEL MANDAMIENTO DE PAGO, EN ORDEN A VERIFICAR QUE A PESAR DE HABERSE PROFERIDO, REALMENTE SE ESTRUCTURA EL TÍTULO EJECUTIVO (...)** Sobre esta temática, la Sala ha indicado que **“LA ORDEN DE IMPULSAR LA EJECUCIÓN, OBJETO DE LAS SENTENCIAS QUE SE PROFIERAN EN LOS PROCESOS EJECUTIVOS, IMPLICA EL PREVIO Y NECESARIO ANÁLISIS DE LAS CONDICIONES QUE LE DAN EFICACIA AL TÍTULO EJECUTIVO, SIN QUE EN TAL CASO SE ENCUENTRE EL FALLADOR LIMITADO POR EL MANDAMIENTO DE PAGO PROFERIDO AL COMIENZO DE LA ACTUACIÓN PROCESAL (...)**”.

“DE MODO QUE LA REVISIÓN DEL TÍTULO EJECUTIVO POR PARTE DEL JUEZ, PARA QUE TAL SE AJUSTE AL CANON 422 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO, DEBE SER PRELIMINAR AL EMITIRSE LA ORDEN DE APREMIO Y TAMBIÉN EN LA SENTENCIA QUE, CON POSTERIORIDAD, DECIDA SOBRE LA LITIS, INCLUSIVE DE FORMA OFICIOSA (...)”.

“Y es que, **valga precisarlo, el legislador lo que contempló en el inciso segundo del artículo 430 del Código General del Proceso fue que la parte ejecutada no podía promover defensa respecto del título ejecutivo sino por la vía de la reposición contra el mandamiento de pago, cerrándole a ésta puertas a cualquier intento ulterior de que ello se ventile a través de excepciones de fondo, en aras de propender por la economía procesal, entendido tal que lejos está de erigirse en la prohibición que incorrectamente vislumbró el tribunal constitucional a quo, de que el juzgador natural no podía, motu proprio y con base en las facultades de dirección del proceso de que está dotado, volver a revisar, según le atañe, aquel a la hora de dictar el fallo de instancia; otro entendido de ese precepto sería colegir inadmisiblemente que el creador de la ley lo que adoptó fue la ilógica regla de que de haberse dado el caso de librarse orden de apremio con alguna incorrección, ello no podía ser enmendado en manera alguna, razonamiento que es atentatorio de la primacía del derecho sustancial sobre las ritualidades que es postulado constitucional y que, por ende,**

no encuentra ubicación en la estructura del ordenamiento jurídico al efecto constituido (...)». (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Luego visto lo anterior su señoría es claro que el mandamiento de pago emitido por el *ad quo* no se reviso de oficio al dictar la sentencia de primera instancia siendo este un verdadero deber a su cargo en aplicación del principio constitucional de primacía de lo sustancial sobre lo formal de que trata el artículo 228 de la Constitución Política de Colombia y así mismo el artículo 430 del antiguo Código de Procedimiento Civil hoy extensivo al Código General del Proceso, como quiera que este fallador omitió flagrantemente el hecho que el título ejecutivo correspondiente a las prórrogas del contrato NUNCA NACIO A LA VIDA JURIDICA y por ende mal podría deprecarse del mismo la existencia de obligaciones adquiridas de tracto sucesivo y con la característica de ser claras expresas y exigibles provenientes del deudor, y no obstante ello ha condenado su pago a la demandada incurriendo con ello en una posible vía de hecho que debe sanearse por el fallador de segunda instancia.

SOBRE LA PROSPERIDAD DE LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA CON RELACION AL TÍTULO BASE DE LA ACCIÓN EJECUTIVA POR VIRTUD DE LA FALTA DE NOTIFICACIÓN DEL MANDAMIENTO DE PAGO DENTRO DEL AÑO SIGUIENTE A LA NOTIFICACION DE DICHA PROVIDENCIA AL DEMANDANTE.

Sea lo primero mencionar que si bien es cierto en el presente proceso ejecutivo singular de mayor cuantía se ha emitido por parte del despacho mandamiento de pago en contra de mi representada de oficio a través de providencia de fecha VENTICINCO (25) DE MAYO DE DOS MIL DIECIOCHO (2018), NOTIFICADA POR ESTADO DE FECHA VENTICINCO (25) DE MAYO DE DOS MIL DIECIOCHO (2018), teniendo en cuenta la existencia de obligaciones claras, expresas y exigibles de la que es deudora mi prohijada provenientes de contrato de arrendamiento de local comercial, no es menos cierto que frente a la acción cambiaria que nos ocupa ha operado el fenómeno de la prescripción de conformidad con lo expuesto en el artículo el artículo 94 del C.G. del P. que al efecto dispone:

“Artículo 94. Interrupción de la prescripción, inoperancia de la caducidad y constitución en mora.

La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante. Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado. (Subrayado y negrilla fuera de texto)

La notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin, y la notificación de la cesión del crédito, si no se hubiere efectuado antes. Los efectos de la mora solo se producirán a partir de la notificación.

La notificación del auto que declara abierto el proceso de sucesión a los asignatarios, también constituye requerimiento judicial para constituir en mora de declarar si aceptan o repudian la asignación que se les hubiere deferido.

*Si fueren varios los demandados y existiere entre ellos litisconsorcio facultativo, los efectos de la notificación a los que se refiere este artículo se surtirán para cada uno separadamente, salvo norma sustancial o procesal en contrario. **Si el litisconsorcio fuere necesario será indispensable la notificación a todos ellos para que se surtan dichos efectos.**(...)* (subrayado y negrilla fuera de texto)”

Lo anterior como quiera que una vez verificados los hechos del caso bajo estudio, se observa que si bien la demanda ejecutiva que nos ocupa fue promovida ante el despacho desde el pasado PRIMERO (01) DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL DIECISIETE (2017), lo cual interrumpe el término de prescripción de la acción cambiaria directa de que trata el artículo 789 del Código de Comercio cuando al efecto dispone:

“ARTÍCULO 789. <PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN CAMBIARIA DIRECTA>. La acción cambiaria directa prescribe en tres años a partir del día del vencimiento.”(SUBRAYADO Y NEGRILLA FUERA DE TEXTO)

No es menos cierto que una vez emitido el mandamiento de pago correspondiente esto es el día VENTICINCO (25) DE MAYO DE DOS MIL DIECIOCHO (2018), NOTIFICADA POR ESTADO DE FECHA VENTICINCO (25) DE MAYO DE DOS MIL DIECIOCHO (2018), el mismo no fue notificado por el demandante a la demandada dentro del año siguiente a la fecha en que tuvo conocimiento de él, tal y como lo presupone en artículo 94 del Código General del Proceso antes referido, de tal suerte que dicha notificación personal y por aviso se efectuó el día DIEZ (10) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL DIECINUEVE (2019), según certificado visible a folio 58 del legajo del expediente como bien lo a cotejado el despacho.

Dicho lo anterior lo cierto es que el tiempo transcurrido entre la notificación personal y por aviso, efectuada a mi defendida, última a partir de la cual se entiende surtida efectivamente la notificación del mandamiento de pago que nos ocupa transcurrieron efectivamente UN AÑO Y SEIS MESES, y en consecuencia por virtud del canon normativo transcrito se puede concluir que los requisitos para que se configure la interrupción de la prescripción que son: I) que se tramite y adelante la respectiva demanda a través de su presentación ante el juez pertinente, II) que se profiera mandamiento de pago dentro del término señalado por el artículo 789 del Código de Comercio, y III) se notifique a la parte demandada en el plazo de un año contado a partir del día siguiente a la notificación al demandante de aquella orden de pago, no se han cumplido de forma concurrente, dando pie a la operancia de dicho fenómeno en el caso en concreto con causa u ocasión de la negligencia de la parte actora.

Dicho lo anterior lo cierto es su señoría que la sola presentación de la demanda y haberse proferido mandamiento de pago resulta ineficaz para interrumpir la prescripción que por virtud de la presente excepción se invoca, pues no se puede interrumpir lo que el tiempo ha consumado, y a la fecha ya se ha consumado la prescripción de la acción cambiaria que nos ocupa, al no haberse efectuado la notificación como corresponde pues es de recordar que en cuanto a la prescripción de la acción cambiaria una vez presentada la demanda *“pasado este término los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado”*.

En ese orden de ideas, al producirse el fenómeno de la prescripción cambiaria el legítimo tenedor del título no puede ejercer los derechos y acciones contenidos en dicho título, razón por la cual no puede obtener la satisfacción de la obligación en él contenido, más aun cuando a voces del artículo 882 del Código de Comercio *“si el acreedor deja caducar o prescribir el instrumento, la obligación originaria o fundamental se extinguirá asimismo”* (resaltado fuera de texto).

Consultoría Jurídica y de Ingeniería
Tel. (571) 612 06 50 • 612 38 76
Fax. (571) 620 85 76
Ave 15 No 122 - 73 Of. 310
Bogotá D.C. - Colombia



PETICIÓN:

Dado que dentro del presente proceso se han acreditado concurrentemente la inexistencia del título ejecutivo base el la acción que nos ocupa en cuanto a las obligaciones provenientes de las presuntas prorrogas contractuales del **CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL COMERCIAL No. LC-2495843**, mismas por las cuales se había emitido de forma indebida el mandamiento de pago proferido por el ad quo el PROVIDENCIA DE FECHA VENTICINCO (25) DE MAYO DE DOS MIL DIECIOCHO (2018), NOTIFICADA POR ESTADO DE FECHA VENTICINCO (25) DE MAYO DE DOS MIL DIECIOCHO (2018), solicito se REVOQUE LA SENTENCIA DE PRIMERA INTANCIA PROFERIDA EL DOS (02) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2010) Y NOTIFICADA POR ESTADO EN LA MISMA FECHA y se reponga denegando la totalidad de las pretensiones de la presente demanda, ordenando con ello el consecuente levantamiento de medidas cautelares y condena en costas a que haya lugar.

NOTIFICACIONES ELECTRÓNICAS APODERADO

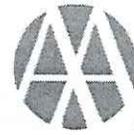
De la suscrita apoderada el correo: notificaciones.arcc@acostarojasasociados.com

Lo anterior, según se ya ha oficializado al despacho en cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 78 del Código General del Proceso y en concordancia con el artículo 3 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020.

Cordialmente,

9

Consultoría Jurídica y de Ingeniería
Tel. (571) 612 06 50 • 612 38 76
Fax. (571) 620 85 76
Ave 15 No 122 - 73 Of. 310
Bogotá D.C. - Colombia



ACOSTA &
ASOCIADOS

ALLISON ROJAS VASQUEZ
C.C. No. 1.072.645.802 de Chía.
T.P. 215.152 del C.S.J.

Bogotá D.C., 06 de octubre de 2020.

Señores:

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
ATN. DR ADRIANA SAAVEDRA LOZADA.
MAGISTRADA
E. S. D.

REFERENCIA: PROCESO EJECUTIVO
RADICADO: 11001310302920170059001
DEMANDANTE: LA TORRE V Y CIA LTDA
DEMANDADO: MARLENY LADINO CASTRO.

ASUNTO: SUSTENTACION RECURSO DE APELACION INTERPUESTO CONTRA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA PROFERIDA POR EL DESPACHO DEL JUZGADO VEINTINUEVE (29) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ EL DOS (02) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) y NOTIFICADA POR ESTRADO DEL DOS (02) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020).

SU AUTO DE FECHA TREINTA DE SEPTIEMBRE (30) DE DOS MIL VEINTE (2020), NOTIFICADO POR ESTADO DE FECHA PRIMERO (01) DE OCTUBRE DE DOS MIL VEINTE (2020).

ALLISON ROJAS VASQUEZ, identificada con cedula de ciudadanía número 1.072.645.802 expedida en Chía (Cundinamarca) y portadora de la tarjeta profesional número 215.152 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en nombre y representación de la señora **MARLENY LADINO CASTRO DEMANDADA** dentro del proceso de la referencia, apoderada de oficio, según designación de oficio que hiciera el despacho por virtud de amparo de pobreza, encontrándome dentro del término procesal para hacerlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 del Decreto 806 de 2020 y así mismo de lo dispuesto en el artículo 321 del Código General del proceso y de lo dispuesto mediante providencia **AUTO DE FECHA TREINTA DE SEPTIEMBRE (30) DE DOS MIL VEINTE (2020), NOTIFICADO POR ESTADO DE FECHA PRIMERO (01) DE OCTUBRE DE DOS MIL VEINTE (2020)**. respetuosamente, manifiesto a este Honorable Despacho Judicial que procedo a **SUSTENTAR EL RECURSO DE DE APELACIÓN INTERPUESTO EN AUDIENCIA CONTRA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA PROFERIDA JUZGADO VEINTINUEVE (29) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ EL DOS (02) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) y NOTIFICADA POR ESTRADO DEL DOS (02) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020)** con fundamento en las siguientes consideraciones fácticas y jurídicas a saber:

I. SUSTENTACION RECURSO DE APELACION CONTRA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA PROFERIDA POR EL JUZGADO VENTISEIS CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ EL DOS (02) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) Y NOTIFICADA POR ESTRADO EN LA MISMA FECHA.

Se invoca y sustenta el presente recurso de apelación **CONTRA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA PROFERIDA POR EL DESPACHO DEL JUZGADO VENTISEIS CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ el pasado DOS (02) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2020), Y NOTIFICADA POR ESTADO EN LA MISMA FECHA**, como quiera que la defensa de oficio de la parte demandada no encuentra fundada y congruente la determinación proferida por el *ad quo* para resolver el problema jurídico planteado en la fijación del litigio que deriva en determinar no solo la existencia del negocio

jurídico fuente de obligaciones que es el que se constituye en el título ejecutivo base de la acción que nos ocupa, sino además la procedencia de la exigibilidad de las obligaciones derivadas del mismo de las que se presume deudora a la demandada pese incluso a la configuración de fenómeno jurídico de la prescripción extintiva.

Lo anterior como quiera que si bien dentro del proceso ejecutivo que nos ocupa, ha quedado probado LA EXISTENCIA del negocio causal fuente de las obligaciones que por esta vía se ejecutan que se constituye en el título ejecutivo base de las mismas en cuanto hace al periodo comprendido entre el año dos mil tres a dos mil cuatro según se deprecia del plazo contractual pactado, no es menos cierto que dicha prueba en cambio **SE ECHA DE MENOS CON RESPECTO** a las obligaciones que se ejecutan por virtud del MANDAMIENTO DE PAGO PROFERIDO MEDIANTE PROVIDENCIA DE FECHA VENTICINCO (25) DE MAYO DE DOS MIL DIECIOCHO (2018), NOTIFICADA POR ESTADO DE FECHA VENTICINCO (25) DE MAYO DE DOS MIL DIECIOCHO (2018) Y QUE **PROVIENEN PRESUNTAMENTE DE LAS PRORROGAS DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL COMERCIAL No. LC-2495843** que por disposición del propio pacto contractual que vincula a las partes y que se constituye en ley para las mismas según lo dispone el artículo 1602 del Código Civil al indicar:

“ARTICULO 1602. <LOS CONTRATOS SON LEY PARA LAS PARTES>. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

DEBEN CONSTAR POR ESCRITO PARA DEPRECAR SU EXISTENCIA y para hacer oponible los efectos invocados sobre las mismas, entre ellos por supuesto la causación y cobro de los cánones de arrendamiento sobre los cuales no se puede presumir su claridad, su exigibilidad y mucho menos la característica de ser expresos como quiera que ni siquiera existe el documento o título ejecutivo en el que presuntamente constan consignados.

Y es que lo que olvido el *ad quo* su señoría es que el contrato de arrendamiento se reputa como un negocio jurídico solemne y cuya solemnidad corresponde al caso en concreto, EN CONSTAR POR ESCRITO solemnidad que no solo resulta aplicable del contrato primigenio, sino también se hace extensiva a las prórrogas mismo, y por ende DICHA SOLEMNIDAD SE CONSTITUYE EN EL REQUISITO *SINE CUANUM* DICHAS PRORROGAS NO ESTA LLAMADO A PRODUCIR EFECTOS JURIDICOS VINCULANTES ENTRE LAS PARTES tal y como al efecto lo ha dispuesto el artículo 1500 de Código Civil que alexpresar:

“ARTICULO 1500. <CONTRATO REAL, SOLEMNE Y CONSENSUAL>. El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Lo anterior en concordancia con lo dispuesto en el propio pacto contractual primigenio esto es el EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL COMERCIAL No. LC-2495843 el cual a propósito de las prórrogas contractuales y la solemnidad que las partes debían cumplir para efectos de materializar las mismas indico en su CLÁUSULA DECIMA TERCERA.- TERMINACION Y PRORROGA DEL CONTRATO lo siguiente:

“CLÁUSULA DÉCIMA TERCERA.- TERMINACION Y PRORROGA DEL CONTRATO. El present contrato termina por el vencimiento del termino estipulado. NO OBSTANTE LOS CONTRATANTES POR MUTUO ACUERDO PÓDRAN PRORROGARLO POR UN PERIODO DE IGUAL AL INICIALMENTE PACTADO, MEDIANTE COMUNICACIONES ESCRITAS POR LO MENOS CON UN MES DE ANTELACIÓN A SU VENCIMIENTO. Lo

Consultoría Jurídica y de Ingeniería
Tel. (571) 612 06 50 • 612 38 76
Fax. (571) 620 85 76
Ave 15 No 122 - 73 Of. 310
Bogotá D.C. - Colombia



anterior sin perjuicio del derecho de renovacion consagrado en el artículo 518 del Código de Comercio.(Subrayado y negrilla fuera de texto).

Razon de peso antes descrita por la cual es evidente a los ojos de cualquiera que NO EXISTIENDO POR ESCRITO LAS PRORROGAS CONTRACTUALES DEL NEGOCIO JURIDICO QUE NOS OCUPA, ES CLARO QUE NO EXISTE FRENTE A LOS PERIDOS SUBSIGUIENTES AL AÑO 2004, fuente de las obligaciones que se ejecutan y mucho menos existe titulo ejecutivo del cual se derive la existencia de obligaciones claras, expresas y exigibles a cargo del deudor, como de forma equivocada se establecio en el mandamiento de pago de la litis que nos ocupa y mal prodria presumirse su existencia contrariando el propio pacto contractual cuando es claro que la prueba de la prorrogas contractuales que se echa de menos, ES LA UNICA PRUEBA ADMISIBLE PARA ELLO QUE NO PUEDE SUPLIRSE POR OTRA DIFERENTE tal y como al efecto lo han dispuesto la altas cortes al indicar:

(...) De conformidad con lo señalado por el artículo 1500 del Código Civil los contratos pueden ser solemnes, consensuales o reales, siendo los primeros aquellos en los que para su perfeccionamiento es necesaria una solemnidad que expresamente se pide.

Quando el negocio jurídico es solemne, la solemnidad exigida, amén de perfeccionarlo o hacerlo surgir a la vida jurídica, cumple la función de demostrar su existencia, si esa solemnidad consiste en un escrito o documento, CON LA CARACTERÍSTICA DE SER LA ÚNICA PRUEBA ADMISIBLE PARA ELLO POR ASÍ DISPONERLO LA LEY.

Con otras palabras, en este caso EL DOCUMENTO CUMPLE NO SÓLO UNA FUNCIÓN CONSTITUTIVA SINO ADEMÁS UNA FUNCIÓN PROBATORIA Y ÉSTE SERÁ EL ÚNICO MEDIO PROBATORIO PERTINENTE PARA ELLO.

En consecuencia, cuando se pretenda la indemnización de perjuicios con fundamento en que se ha incumplido un contrato estatal, la prosperidad de semejantes pretensiones supone, entre otras demostraciones, que se acredite la celebración del contrato con el documento que se pide como solemnidad constitutiva pues acreditando su existencia se podrán determinar los derechos y obligaciones a favor y a cargo de cada una de las partes para luego proceder, ahí sí, a verificar si hubo tal incumplimiento y si este causó daño.

Así que para demostrar la celebración de un contrato solemne, cuando la solemnidad constitutiva consiste en un documento, no es admisible ningún otro medio probatorio y por ende la existencia del negocio no puede ser demostrada con (...)
(subrayado y negrilla fuera de texto)

Asi si el fallador de primera instancia encontraba al momento de practicarse las pruebas y de dictar sentencia como ocurrio, que el titulo ejecutivo base de las obligaciones que se ejecutaban en contra de mi mandante por concepto de canones de arrendamiento provenienter de las prorrogas suscritas al contrato de arrendamiento era inexistente, toda vez que estas no constaban por escrito siendo esta la solemnidad para predicar su existencia y validez frente a las partes en contienda, pese a haber emitido el mandamiento de pago debió ex officio haber procurado la revisión del titulo ejecutivo y haberlo revocado en lo pertinente, garantizado el derecho constitucional de primacia del derecho sustancial sobre el formal tal y como al efecto lo dispone el artículo 228 de la Constitución política de Colombia y tal y como al efecto tambien se ha advertido sobre el particular **LA SALA DE CASACION CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN SENTENCIA DE TUTELA STC3298-2019 . MAGISTRADO PONENTE LUIS ARAMANDO TOLOSA VILLABONA AL INDICAR** quien sobre este particular ha indicado que:

“Sobre lo advertido, esta Corporación esgrimió:

"(...) [R]elativamente a específicos asuntos como el auscultado, al contrario de lo argüido por la (...) quejosa, sí es dable a los juzgadores bajo la égida del Código de Procedimiento Civil, y así también de acuerdo con el Código General del Proceso, volver, ex officio, sobre la revisión del título ejecutivo a la hora de dictar sentencia (...)"

"(...)".

"Y es que sobre el particular de la revisión oficiosa del título ejecutivo esta Sala precisó, en CSJ STC18432-2016, 15 dic. 2016, rad. 2016-00440-01, lo siguiente:

"Los funcionarios judiciales han de vigilar que al interior de las actuaciones procesales perennemente se denote que los diversos litigios, teleológicamente, lo que buscan es dar prevalencia al derecho sustancial que en cada caso se disputa (artículos 228 de la Constitución Política y 11 del Código General del Proceso); por supuesto, ello comporta que a los juzgadores, como directores del proceso, legalmente les asiste toda una serie de potestades, aun oficiosas, para que las actuaciones que emprendan atiendan la anotada finalidad, mismas que corresponde observarlas desde la panorámica propia de la estructura que constituye el sistema jurídico, mas no desde la óptica restringida derivada de interpretar y aplicar cada aparte del articulado de manera aislada (...)"

"Entre ellas, y en lo que atañe con el control que oficiosamente ha de realizarse sobre el título ejecutivo que se presenta ante la jurisdicción en pro de soportar los diferentes recaudos, ha de predicarse que si bien el precepto 430 del Código General del Proceso estipula, en uno de sus segmentos, en concreto en su inciso segundo, que «[l]os requisitos formales del título ejecutivo sólo podrán discutirse mediante recurso de reposición contra el mandamiento ejecutivo. No se admitirá ninguna controversia sobre los requisitos del título que no haya sido planteada por medio de dicho recurso. En consecuencia, los defectos formales del título ejecutivo no podrán reconocerse o declararse por el juez en la sentencia o en el auto que ordene seguir adelante la ejecución, según fuere el caso», lo cierto es que ese fragmento también debe armonizarse con otros que obran en esa misma regla, así como también con otras normas que hacen parte del entramado legal, verbigracia, con los cánones 4º, 11, 42-2º y 430 inciso 1º ejúsdem, amén del mandato constitucional enantes aludido (...)"

"Por ende, mal puede olvidarse que así como el legislador estipuló lo ut supra preceptuado, asimismo en la última de las citadas regulaciones, puntualmente en su inciso primero, determinó que «[p]resentada la demanda acompañada de documento que preste mérito ejecutivo, el juez librará mandamiento ordenando al demandado que cumpla la obligación en la forma pedida, si fuere procedente, o en la que aquel considere legal» (...)"

"De ese modo las cosas, TODO JUZGADOR, NO CABE DUDA, ESTÁ HABILITADO PARA VOLVER A ESTUDIAR, INCLUSO EX OFFICIO Y SIN LÍMITE EN CUANTO ATAÑE CON ESE PRECISO TÓPICO, EL TÍTULO QUE SE PRESENTA COMO SOPORTE DEL RECAUDO, PUES TAL PROCEDER HA DE ADELANTARLO tanto al analizar, por vía de impugnación, la orden de apremio impartida cuando la misma es de ese modo rebatida, COMO TAMBIÉN A LA HORA DE EMITIR EL FALLO CON QUE FINIQUITE LO ATAÑEDERO CON ESE ESCRUTINIO JUDICIAL, EN TANTO QUE ESE ES EL PRIMER ASPECTO RELATIVAMENTE AL CUAL SE HA DE PRONUNCIAR LA JURISDICCIÓN, YA SEA A TRAVÉS DEL JUEZ A QUO, ORA POR EL AD QUEM (...)"

"Y es que, como la jurisprudencia de esta Sala lo pregonó en plurales oportunidades relativamente a lo al efecto demarcado por el Código de Procedimiento Civil, lo cual ahora también hace en punto de las reglas del Código General del Proceso, para así reiterar ello de cara al nuevo ordenamiento civil adjetivo, ESE PROCEDER ES DEL TODO GARANTISTA DE LOS DERECHOS SUSTANCIALES DE LAS PARTES TRABADAS EN CONTIENDA, POR LO QUE NO MERAMENTE SE ERIGE COMO UNA POTESTAD DE LOS JUECES, SINO MÁS BIEN SE CONVIERTE EN UN «DEBER» PARA QUE SE LOGRE «LA IGUALDAD REAL DE LAS PARTES» (artículos 4º y 42-2º del Código General del Proceso)

y «la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial» (artículo 11º ibidem) (...)”.

“Ese entendido hace arribar a la convicción de que el fallador mal puede ser un convidado de piedra del litigio, sino que, en cambio, antes que otra cosa, tiene que erigirse dentro del juicio en un defensor del bien superior de la impartición de justicia material. Por tanto, así la cita jurisprudencial que a continuación se transcribe haya sido proferida bajo el derogado Código de Procedimiento Civil, la misma cobra plena vitalidad para predicar que del mismo modo, bajo la vigencia del Código General del Proceso: [T]odo juzgador, sin hesitación alguna, [...] **SÍ ESTÁ HABILITADO PARA ESTUDIAR, AUN OFICIOSAMENTE, EL TÍTULO QUE SE PRESENTA COMO SOPORTE DEL PRETENSO RECAUDO EJECUTIVO, PUES TAL PROCEDER HA DE ADELANTARLO TANTO AL ANALIZAR, por vía de impugnación, la orden de apremio dictada cuando la misma es rebatida, y ello indistintamente del preciso trasfondo del reproche que haya sido efectuado e incluso en los eventos en que las connotaciones jurídicas de aquel no fueron cuestionadas, COMO TAMBIÉN A LA HORA DE EMITIR EL FALLO DE FONDO CON QUE FINIQUITE LO ATAÑEDERO CON ESE ESCRUTINIO JUDICIAL, EN TANTO QUE TAL ES EL PRIMER TÓPICO RELATIVAMENTE AL CUAL SE HA DE PRONUNCIAR A FIN DE DEPURAR EL LITIGIO DE CUALESQUIERA IRREGULARIDAD SIN QUE POR ENDE SE PUEDA PREGONAR EXTRALIMITACIÓN O DESAFUERO EN SUS FUNCIONES, MÁXIME CUANDO EL PROCESO PERENNEMENTE HA DE DARLE PREVALENCIA AL DERECHO SUSTANCIAL (ARTÍCULO 228 SUPERIOR) (...)**”.

“(...)”.

“En conclusión, **LA HERMENÉUTICA QUE HA DE DÁRSELE AL CANON 430 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO NO EXCLUYE LA «POTESTAD-DEBER» QUE TIENEN LOS OPERADORES JUDICIALES DE REVISAR «DE OFICIO» EL «TÍTULO EJECUTIVO» A LA HORA DE DICTAR SENTENCIA, YA SEA ESTA DE ÚNICA, PRIMERA O SEGUNDA INSTANCIA (...), DADO QUE, COMO SE PRECISÓ EN CSJ STC 8 NOV. 2012, RAD. 2012-02414-00, «EN LOS PROCESOS EJECUTIVOS ES DEBER DEL JUEZ REVISAR LOS TÉRMINOS INTERLOCUTORIOS DEL MANDAMIENTO DE PAGO, EN ORDEN A VERIFICAR QUE A PESAR DE HABERSE PROFERIDO, REALMENTE SE ESTRUCTURA EL TÍTULO EJECUTIVO (...)** Sobre esta temática, la Sala ha indicado que **“LA ORDEN DE IMPULSAR LA EJECUCIÓN, OBJETO DE LAS SENTENCIAS QUE SE PROFIERAN EN LOS PROCESOS EJECUTIVOS, IMPLICA EL PREVIO Y NECESARIO ANÁLISIS DE LAS CONDICIONES QUE LE DAN EFICACIA AL TÍTULO EJECUTIVO, SIN QUE EN TAL CASO SE ENCUENTRE EL FALLADOR LIMITADO POR EL MANDAMIENTO DE PAGO PROFERIDO AL COMIENZO DE LA ACTUACIÓN PROCESAL (...)**”.

“DE MODO QUE LA REVISIÓN DEL TÍTULO EJECUTIVO POR PARTE DEL JUEZ, PARA QUE TAL SE AJUSTE AL CANON 422 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO, DEBE SER PRELIMINAR AL EMITIRSE LA ORDEN DE APREMIO Y TAMBIÉN EN LA SENTENCIA QUE, CON POSTERIORIDAD, DECIDA SOBRE LA LITIS, INCLUSIVE DE FORMA OFICIOSA (...)”.

“Y es que, **valga precisarlo, el legislador lo que contempló en el inciso segundo del artículo 430 del Código General del Proceso fue que la parte ejecutada no podía promover defensa respecto del título ejecutivo sino por la vía de la reposición contra el mandamiento de pago, cerrándole a ésta puertas a cualquier intento ulterior de que ello se ventile a través de excepciones de fondo, en aras de propender por la economía procesal, entendido tal que lejos está de erigirse en la prohibición que incorrectamente vislumbró el tribunal constitucional a quo, de que el juzgador natural no podía, motu proprio y con base en las facultades de dirección del proceso de que está dotado, volver a revisar, según le atañe, aquel a la hora de dictar el fallo de instancia; otro entendido de ese precepto sería colegir inadmisiblemente que el creador de la ley lo que adoptó fue la ilógica regla de que de haberse dado el caso de librarse orden de apremio con alguna incorrección, ello no podía ser enmendado en manera alguna, razonamiento que es atentatorio de la primacía del derecho sustancial sobre las ritualidades que es postulado constitucional y que, por ende,**

Consultoría Jurídica y de Ingeniería
Tel. (571) 612 06 50 • 612 38 76
Fax. (571) 620 85 76
Ave 15 No 122 - 73 Of. 310
Bogotá D.C. - Colombia



no encuentra ubicación en la estructura del ordenamiento jurídico al efecto constituido (...). (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Luego visto lo anterior su señoría es claro que el madamiento de pago emitido por el *ad quo* no se reviso de oficio al dictar la sentencia de primera instancia siendo este un verdadero deber a su cargo en aplicación del principio constitucional de primacia de lo sustancial sobre lo formal de que trata el artículo 228 de la Constitución Política de Colombia y así mismo el artículo 430 del antiguo Código de Procedimiento Civil hoy extensivo al Código General del Proceso, como quiera que este fallador omitió flagrantemente el hecho que el título ejecutivo correspondiente a las prórogas del contrato NUNCA NACIO A LA VIDA JURIDICA y por ende mal podría deprecarse del mismo la existencia de obligaciones adquiridas de tracto sucesivo y con la característica de ser claras expresas y exigibles provenientes del deudor, y no obstante ello ha condenado su pago a la demandada incurriendo con ello en una posible vía de hecho que debe sanearse por el fallador de segunda instancia.

SOBRE LA PROSPERIDAD DE LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA CON RELACION AL TITULO BASE DE LA ACCIÓN EJECUTIVA POR VIRTUD DE LA FALTA DE NOTIFICACIÓN DEL MANDAMIENTO DE PAGO DENTRO DEL AÑO SIGUIENTE A LA NOTIFICACION DE DICHA PROVIDENCIA AL DEMANDANTE.

Sea lo primero mencionar que si bien es cierto en el presente proceso ejecutivo singular de mayor cuantía se ha emitido por parte del despacho mandamiento de pago en contra de mi representada de oficio a través de providencia de fecha VENTICINCO (25) DE MAYO DE DOS MIL DIECIOCHO (2018), NOTIFICADA POR ESTADO DE FECHA VENTICINCO (25) DE MAYO DE DOS MIL DIECIOCHO (2018), teniendo en cuenta la existencia de obligaciones claras, expresas y exigibles de la que es deudora mi prohijada provenientes de contrato de arrendamiento de local comercial, no es menos cierto que frente a la acción cambiaria que nos ocupa ha operado el fenómeno de la prescripción de conformidad con lo expuesto en el artículo el artículo 94 del C.G. del P. que al efecto dispone:

“Artículo 94. Interrupción de la prescripción, inoperancia de la caducidad y constitución en mora.

La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante. Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado. (subrayado y negrilla fuera de texto)

La notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin, y la notificación de la cesión del crédito, si no se hubiere efectuado antes. Los efectos de la mora solo se producirán a partir de la notificación.

La notificación del auto que declara abierto el proceso de sucesión a los asignatarios, también constituye requerimiento judicial para constituir en mora de declarar si aceptan o repudian la asignación que se les hubiere deferido.

*Si fueren varios los demandados y existiere entre ellos litisconsorcio facultativo, los efectos de la notificación a los que se refiere este artículo se surtirán para cada uno separadamente, salvo norma sustancial o procesal en contrario. **Si el litisconsorcio fuere necesario será indispensable la notificación a todos ellos para que se surtan dichos efectos.*** (subrayado y negrilla fuera de texto)

Lo anterior como quiera que una vez verificados los hechos del caso bajo estudio, se observa que si bien la demanda ejecutiva que nos ocupa fue promovida ante el despacho desde el pasado PRIMERO (01) DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL DIECISIETE (2017), lo cual interrumpe el término de prescripción de la acción cambiaria directa de que trata el artículo 789 del Código de Comercio cuando al efecto dispone:

“ARTÍCULO 789. <PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN CAMBIARIA DIRECTA>. La acción cambiaria directa prescribe en tres años a partir del día del vencimiento.”(SUBRAYADO Y NEGRILLA FUERA DE TEXTO)

No es menos cierto que una vez emitido el mandamiento de pago correspondiente esto es el día VENTICINCO (25) DE MAYO DE DOS MIL DIECIOCHO (2018), NOTIFICADA POR ESTADO DE FECHA VENTICINCO (25) DE MAYO DE DOS MIL DIECIOCHO (2018), el mismo no fue notificado por el demandante a la demandada dentro del año siguiente a la fecha en que tuvo conocimiento de él, tal y como lo presupone en artículo 94 del Código General del Proceso antes referido, de tal suerte que dicha notificación personal y por aviso se efectuó el día DIEZ (10) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL DIECINUEVE (2019), según certificado visible a folio 58 del legajo del expediente como bien lo a cotejado el despacho.

Dicho lo anterior lo cierto es que el tiempo transcurrido entre la notificación personal y por aviso, efectuada a mi defendida, última a partir de la cual se entiende surtida efectivamente la notificación del mandamiento de pago que nos ocupa transcurrieron efectivamente UN AÑO Y SEIS MESES, y en consecuencia por virtud del canon normativo transcrito se puede concluir que los requisitos para que se configure la interrupción de la prescripción que son: I) que se tramite y adelante la respectiva demanda a través de su presentación ante el juez pertinente, II) que se profiera mandamiento de pago dentro del término señalado por el artículo 789 del Código de Comercio, y III) se notifique a la parte demandada en el plazo de un año contado a partir del día siguiente a la notificación al demandante de aquella orden de pago, no se han cumplido de forma concurrente, dando pie a la operancia de dicho fenómeno en el caso en concreto con causa u ocasión de la negligencia de la parte actora.

Dicho lo anterior lo cierto es su señoría que la sola presentación de la demanda y haberse proferido mandamiento de pago resulta ineficaz para interrumpir la prescripción que por virtud de la presente excepción se invoca, pues no se puede interrumpir lo que el tiempo ha consumado, y a la fecha ya se ha consumado la prescripción de la acción cambiaria que nos ocupa, al no haberse efectuado la notificación como corresponde pues es de recordar que en cuanto a la prescripción de la acción cambiaria una vez presentada la demanda *“pasado este término los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado”*.

En ese orden de ideas, al producirse el fenómeno de la prescripción cambiaria el legítimo tenedor del título no puede ejercer los derechos y acciones contenidos en dicho título, razón por la cual no puede obtener la satisfacción de la obligación en él contenido, más aun cuando a voces del artículo 882 del Código de Comercio *“si el acreedor deja caducar o prescribir el instrumento, la obligación originaria o fundamental se extinguirá asimismo”* (resaltado fuera de texto).

Consultoría Jurídica y de Ingeniería
Tel. (571) 612 06 50 • 612 38 76
Fax. (571) 620 85 76
Ave 15 No 122 - 73 Of. 310
Bogotá D.C. - Colombia



ACOSTA &
ASOCIADOS

PETICIÓN:

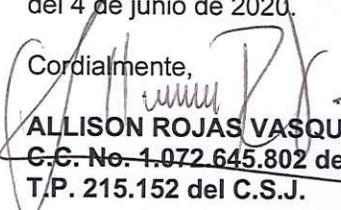
Dado que dentro del presente proceso se han acreditado concurrentemente la inexistencia del título ejecutivo base el la acción que nos ocupa en cuanto a las obligaciones provenientes de las presuntas prorrogas contractuales del **CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL COMERCIAL No. LC-2495843**, mismas por las cuales se había emitido de forma indebida el mandamiento de pago proferido por el ad quo el PROVIDENCIA DE FECHA VENTICINCO (25) DE MAYO DE DOS MIL DIECIOCHO (2018), NOTIFICADA POR ESTADO DE FECHA VENTICINCO (25) DE MAYO DE DOS MIL DIECIOCHO (2018), solicito se REVOQUE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA PROFERIDA EL DOS (02) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTE (2010) Y NOTIFICADA POR ESTADO EN LA MISMA FECHA y se reponga denegando la totalidad de las pretensiones de la presente demanda, ordenando con ello el consecuente levantamiento de medidas cautelares y condena en costas a que haya lugar.

NOTIFICACIONES ELECTRÓNICAS APODERADO

De la suscrita apoderada el correo: notificaciones.arcc@acostarojasasociados.com

Lo anterior, según se ya ha oficializado al despacho en cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 78 del Código General del Proceso y en concordancia con el artículo 3 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020.

Cordialmente,


ALLISON ROJAS VASQUEZ
C.C. No. 1.072.645.802 de Chía.
T.P. 215.152 del C.S.J.



ACOSTA &
ASOCIADOS
NIT. 900.954.618-1

SEÑORES
HONORABLES MAGISTRADOS DE LA SALA CIVIL
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
Atn. H. M. ADRIANA SAAVEDRA LOZADA
E. S. D.

REF: DEMANDANTES: LIBIA TERESA PEÑALOZA BERNAL, PEDRO ANTONIO PEÑALOZA BERNAL, RUBEN DARÍO PEÑALOSA BERNAL, DIANA STEFANNY BERNAL CARRILLO, JUAN EDUARDO PEÑALOSA BERNAL, RAUL ALFONSO PEÑALOSA BERNAL, ANGGE DANITZA BERNAL CARRILLO Y EDUARDO YESID BERNAL CARRILLO.

DEMANDADO: COOPERATIVA MULTIACTIVA DE TRANSPORTADORES OMEGA LTDA.

RADICADO: N° 2013-230

ASUNTO: SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN

JOSE MIGUEL ROJAS CRUZ mayor de edad, domiciliado en Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.069.622 de Bogotá, abogado titulado y en ejercicio, portador de la tarjeta profesional No. 46.242 del Consejo Superior de la Judicatura, en mi condición de apoderado de los demandantes, me permito descorrer el traslado para sustentar la apelación a la sentencia proferida el día 5 de marzo de 2020 por el Juzgado 48 Civil del Circuito de Bogotá, y al respecto manifiesto:

PRIMERO. VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE REPARCIÓN INTEGRAL. Las indemnizaciones concedidas a los demandantes por la muerte de la señora VICTORIA BERNAL CARRILLO desconocen el principio de reparación integral consagrado en el artículo 16 de la ley 446 de 1998. En efecto, el señor juez de conocimiento no apreció en su correcta medida el daño moral y desestimó injustamente el daño a la vida de relación sufridos por cada uno de los demandantes.

En primer lugar, respecto del daño moral, los demandantes padecieron, y padecen aún hoy, el más profundo dolor y la angustia por la desaparición de quien fue su apoyo y ejemplo; de quien mantenía a la familia unida. Sin duda, las relaciones entre la madre y sus hijos son las relaciones personales más valiosas y su pérdida debe fundar la indemnización más alta. En consecuencia, la condena impuesta a los demandados por 10 salarios mínimos mensuales legales vigentes (SMMLV) para cada demandante constituye una indemnización irrisoria.

Vale la pena mencionar que, en circunstancias fácticas similares, las Cortes colombianas han reconocido indemnizaciones de 100 SMMLV para cada heredero. La condena impuesta a los demandados equivale entonces a apenas 10% y corresponde, de acuerdo con la jurisprudencia, a la concedida a relaciones afectivas no familiares y a terceros damnificados. Cabe anotar que las demandadas no probaron ningún hecho que permita atenuar su responsabilidad y, por lo tanto, que faculte al juez a reducir la indemnización.

En segundo lugar, en cuanto al daño a la vida de relación, que el juez de conocimiento desestimó por falta de prueba, es indispensable señalar que la muerte de la señora Bernal Carrillo priva a DIANA STEFANNY, ANGGE DANITZA y EDUARDO YESID del único progenitor conocido y, en consecuencia, de relaciones paterno-filiales. Además, es un hecho probado, con testimonios de terceros, que la occisa tenía una estrecha cercanía con sus hijos, a pesar de la distancia que la separaba de algunos de ellos, y que ella era el eje de la familia.

Alrededor de ella se reunían todos los hermanos para celebrar las festividades religiosas y familiares. La ausencia de la señora BERNAL CARRILLO modificará para siempre la dinámica familiar y probablemente lleve al distanciamiento de los hermanos. La imposibilidad de mantener estas relaciones familiares constituye un daño a la vida de relación que las demandadas deben indemnizar, pues son responsables de la pérdida de un bien jurídico protegido como es el feliz momento de reunirse con la madre, lo cual jamás volverán a tener.

Por último, es necesario destacar que la condena impuesta a los demandados favorece el comportamiento temerario de las empresas transportadoras en detrimento de los pasajeros, y configura una situación de impunidad. Este caso es un buen ejemplo de ello. En efecto, la condena es especialmente benevolente con las demandadas, pues la muerte de la señora BERNAL CARRILLO y los daños fueron causados por la actuación negligente del conductor

del vehículo. Así lo afirma el Juzgado 7° Penal del Circuito de Bucaramanga que lo declaró culpable del delito de homicidio culposo, providencia confirmada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga, el 3 de julio de 2019. Estas decisiones obraban en el expediente y no fueron apropiadamente consideradas por el juez en el momento de dictar sentencia.

Con todo, solicito respetuosamente a los honorables magistrados reformar la sentencia apelada con el fin de conceder una indemnización de los daños no patrimoniales que se ajuste a los hechos probados en el proceso y que respete el principio de reparación integral.

SEGUNDO. DESCONOCIMIENTO DEL DICTAMEN PERICIAL -PRUEBAS-. La sentencia desconoció las pruebas sobre las cuales se fundaban las pretensiones de uno de los demandantes. El señor juez negó las pretensiones del demandante EDUARD YESID, relativas al lucro cesante consolidado y al lucro cesante futuro, pues, en su opinión, no se solicitaron ni se probaron las condiciones para concederlas.

Sin embargo, dicha conclusión no es cierta por dos razones. En primer lugar, tanto en la demanda como en la reforma se solicitó la indemnización del lucro cesante consolidado y futuro para EDUARD YESID. Así, el numeral tercero de las pretensiones (demanda y reforma, página 2) contiene la solicitud expresa de los daños negados. En segundo lugar, en el expediente reposan pruebas suficientes que dan cuenta de que, para la fecha de los hechos, EDUARD YESID era un menor de veinticinco (25) años y estudiante y dependía económicamente de la occisa. Estas circunstancias fueron demostradas con los documentos aportados, en especial el registro civil de nacimiento y el dictamen pericial.

Por lo tanto, el señor juez debía conceder las pretensiones mencionadas, según la fórmula aplicada para la liquidación de los perjuicios de lucro cesante consolidado y lucro cesante futuro de las demandantes DIANA STEFANY y ANGGE DANITZA BERNAL CARRILLO. Al negar la indemnización del lucro cesante de EDUARD YESID, el señor juez desconoció pretensiones oportunamente formuladas y debidamente probadas en el proceso.

Cabe anotar que, negar estas pretensiones para el demandante EDUARD YESID, constituye una denegación de justicia, pues se desconoce el principio según el cual las pruebas deben ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, y el principio de la prevalencia de la verdad real sobre la verdad procesal.

Así las cosas, las pretensiones de lucro cesante del demandante EDUARD YESID BERNAL CARRILLO fueron debidamente probadas en el proceso y reúnen todos los requisitos legales y procesales y, en consecuencia, correspondía al señor juez concederlas.

TERCERO. ERRÓNEA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1088 DEL CÓDIGO DE COMERCIO. La sentencia reduce erróneamente la indemnización concedida a los demandantes. Según el juez de conocimiento, la indemnización recibida por los demandantes LIBIA TERESA, PEDRO ANTONIO, RUBEN DARÍO, JUAN EDUARDO y RAUL ALFONSO PEÑALOSA BERNAL y EDUARD YESID BERNAL CARRILLO de parte de la aseguradora del SOAT, SEGUROS DEL ESTADO S.A., debía disminuir el monto final de su indemnización en el caso de marras.

El señor juez fundó su decisión en el artículo 1088 del Código de Comercio. Sin embargo, dicha conclusión es equivocada. En efecto, esta norma señala claramente que: “*Respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento...*”.

Como se puede ver, la norma transcrita no se refiere a los terceros damnificados ni a los herederos de la víctima, como lo son los demandantes en el caso bajo estudio. Por lo tanto, resulta equivocado extender el alcance de la norma en ese sentido, pues favorece económicamente al asegurado/demandado COOPERATIVA MULTIACTIVA DE TRANSPORTADORES OMEGA LTDA.; efecto que dicha norma quiere evitar.

En conclusión, los demandantes están legitimados para recibir la totalidad de la indemnización de los daños patrimoniales y no patrimoniales originados por la muerte de su progenitora, sin que ello implique doble indemnización o enriquecimiento por el pago efectuado por el seguro obligatorio.

Por lo anteriormente expuesto, ruego a los honorables magistrados **reformular** la sentencia apelada y en su lugar:

1. Condenar a las demandadas a indemnizar el **lucro cesante consolidado y futuro** al demandante EDUARD YESID BERNAL CARRILLO;

2. Condenar a las demandadas a indemnizar el **daño a la vida de relación** de los demandantes LIBIA TERESA, PEDRO ANTONIO, RUBEN DARÍO, JUAN EDUARDO y RAUL ALFONSO PEÑALOSA BERNAL y DIANA STEFANNY, ANGGE DANITZA y EDUARD YESID BERNAL CARRILLO, conforme con el principio **de reparación integral** y de acuerdo con el precedente judicial establecido por la Honorable Corte Suprema de Justicia.

3. Incrementar el monto de las indemnizaciones por **daño moral** de los demandantes LIBIA TERESA, PEDRO ANTONIO, RUBEN DARÍO, JUAN EDUARDO y RAUL ALFONSO PEÑALOSA BERNAL y DIANA STEFANNY, ANGGE DANITZA y EDUARD YESID BERNAL CARRILLO por la muerte de la pasajera, señora VICTORIA BERNAL CARRILLO, conforme con el principio **de reparación integral** y de acuerdo con el precedente judicial establecido por la Honorable Corte Suprema de Justicia.

NOTIFICACIONES:

CORREO ELECTRÓNICO: jmiguel.rojascruz@gmail.com

TELEFONO CELULAR 300 2643922 FIJO 898 7160

DIRECCIÓN: Calle 137 B No. 57 A - 34 Bogotá, D.C.

De los honorables Magistrados, con todo respeto,



JOSÉ MIGUEL ROJAS CRUZ
C.C. No. 19.069.622 de Bogotá
T.P. No. 46.242 C.S. de la Jud.

Honorables Magistrados
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA
HONORABLE SALA DE DECISION CIVIL
H. MAGISTRADA PONENTE: Dra. Adriana Saavedra Lozada
Ciudad

REF: ORDINARIO DECLARATIVO No. 2012-0003-01
DEMANDANTE: OMAR BERNAL CHANAGA
DEMANDADA: BERTHA LILIANA CASTAÑEDA
JUZGADO DE ORIGEN: 50 CIVIL DEL CIRCUITO

TITO PIO CUEVAS NEIRA, obrando como apoderado de la parte pasiva en la demanda principal y demandante en reconvención, en los siguientes términos me permito descorrer el traslado para sustentar, el recurso de apelación que interpuso contra la sentencia proferida en la audiencia llevada a cabo el **31 de julio de 2020**, por el Juzgado 50 Civil del Circuito de Bogotá, en el proceso de la referencia:

ANTECEDENTES:

El señor **OMAR BERNAL CHANAGA**, por intermedio de apoderado formuló demanda ordinaria en contra de la señora **BERTHA LILIANA CASTAÑEDA BETANCOURT**, para ejercer la llamada acción de dominio o reivindicatoria, respecto del inmueble distinguido como el Apartamento 2601 de la Torre A del Conjunto Residencial **TORRES DE FENICIA**, ubicado en la Carrera 3ª No. 21-46 de la ciudad de Bogotá D.C.

El apoderado que me antecedió Dr. **WILSON PULIDO CRISTANCHO**, dio contestación a la demanda mencionada, oponiéndose a las pretensiones formuladas, sin proponer excepciones y en escrito separado, formuló demanda de reconvención de pertenencia contra **OMAR BERNAL CHANAGA**.

Por su parte, el apoderado de **OMAR BERNAL CHANAGA**, dio respuesta a la demanda de reconvención, negando el hecho de la posesión en cabeza de **BERTHA LILIANA CASTAÑEDA BETANCOURT** y propuso como excepciones, falta de los requisitos necesarios para acceder a la usucapión, dolo, mala fe y fraude procesal por parte de la demandante en reconvención.-

Practicadas las pruebas solicitadas por las partes y la documental decretada de oficio por el juzgado, en audiencia del **31 de julio de 2020**, el Juzgado 50 Civil del Circuito de Bogotá, dictó sentencia, acogiendo las pretensiones de la demanda principal y desestimando las pretensiones de la demanda de reconvención. Contra dicha decisión, la parte pasiva interpuso el recurso de apelación, el cual es objeto de sustentación en el presente escrito.

PETICIONES:

Respetuosamente solicito a la Honorable Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, se sirva revocar la sentencia apelada, en cuanto a la decisión mediante la cual se acogieron las pretensiones de la demanda principal y se condenó en costas a la parte pasiva, para que en su lugar, se nieguen las pretensiones de la demanda principal sin que haya lugar a condenación en costas para las partes.

FUNDAMENTOS:

Los artículos **946**, **950** y **952** del Código Civil, establecen los presupuestos esenciales de la acción reivindicatoria o de dominio, así:

“ARTICULO 946. CONCEPTO DE REIVINDICACION *La reivindicación o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla.*

“ARTICULO 950. TITULAR DE LA ACCION. *La acción reivindicatoria o de dominio corresponde al que tiene la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa”.*

“ARTICULO 952. PERSONA CONTRA QUIEN SE INTERPONE LA ACCION. *La acción de dominio se dirige contra el actual poseedor”.*

De acuerdo con las anteriores normas, la doctrina y la jurisprudencia, unánimemente han considerado como presupuestos esenciales de la acción reivindicatoria o de dominio, los siguientes:

- 1º.- Que el demandante sea el titular del dominio del bien objeto de reivindicación.
- 2º.- Que el demandante se encuentre privado de la posesión del bien.
- 3º.- Que dicha acción de dominio se dirija contra el actual poseedor.

Tales presupuesto de la acción reivindicatoria no se lograron establecer en el presente proceso, como a continuación me permitiré demostrarlo:

Veamos:

El primer presupuesto de la acción de dominio, esto es, que el actor **OMAR BERNAL CHANAGA** fuera el titular del dominio del predio objeto de reivindicación, lo debía probar el demandante, allegando la escritura pública mediante la cual adquirió el inmueble (título), junto con el certificado de tradición, en el constara su registro (tradición).

El demandante no acreditó legalmente en el proceso, que fuera el propietario del inmueble objeto de reivindicación, por cuanto, si bien es cierto, allegó el certificado de tradición del inmueble, en cuanto a la copia de la escritura pública número 3675 del 09 de agosto de 1991 de la Notaría 7ª de Bogotá, que adujo al plenario, esta se presentó de manera incompleta, faltándole dos páginas, la número cuatro (4) y la número cuatro vuelta (4V), a más de las enmendaduras que se reseñaron en los alegatos de conclusión por la parte pasiva, sobre las cuales la señora juez de instancia restó toda importancia.

Se trató entonces de una copia parcial de la mencionada escritura pública, en donde hace falta el precio de la venta del inmueble, la fecha de entrega del inmueble (si es que la hubo), la aceptación de la venta, etc., lo cual hace inexistente el título de propiedad con el cual el actor pretendió demostrar ejercer el dominio sobre el predio objeto de su acción de dominio.

Así las cosas, fácilmente se concluye, que el primer requisito de la acción de dominio en estudio, no se cumplió en el presente proceso.

La Corte Suprema de Justicia en reiteradas oportunidades, ha sostenido que, **“la prueba de la propiedad, en los casos en que se ejerce la acción reivindicatoria, debe contemplar el título y el modo, esto es, la escritura**

pública mediante la cual se adquirió la propiedad y el certificado de tradición en el que conste su registro”.

“Sentencia del 19 de mayo de 1947, Sentencia del 12 de febrero de 1963, “Sentencia del 19 de mayo de 2015, todas de la Sala de Casación Civil de la “Corte Suprema de Justicia”.

Veamos que dice el artículo 1760 del Código Civil:

“ARTICULO 1760. NECESARIEDAD DE LA PRUEBA POR INSTRUMENTO PÚBLICO. La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad; y se mirarán como no ejecutados o celebrados aun cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público, dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal; esta cláusula no tendrá efecto alguno.

Fuera de los casos indicados en este artículo, el instrumento defectuoso por incompetencia del funcionario o por otra falta en la forma, valdrá como instrumento privado si estuviere firmado por las partes.”

CODIGO GENERAL DEL PROCESO:

“Artículo 256. Documentos ad substantiam actus. La falta del documento que la ley exija como solemnidad para la existencia o validez de un acto o contrato no podrá suplirse por otra prueba”.

CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL:

“ARTÍCULO 265. Instrumento público ad substantiam actus. La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad, y se mirarán como no celebrados aun cuando se prometa reducirlos a instrumento público”.

A pesar de las mencionadas irregularidades anotadas al título de propiedad adosado al proceso por el actor, la señora juez de instancia, le dio plena validez a dicha copia parcial escritural, incurriendo en error garrafal de valoración de dicha prueba documental, que la llevó a dictar ilegalmente, sentencia acogiendo las pretensiones del demandante.

El segundo presupuesto de la acción de dominio, esto es, que el demandante se encuentre privado de la posesión del bien.

Tal requisito tampoco resultó acreditado por el actor en el proceso reivindicatorio, pues de acuerdo con los hechos de la demanda, con lo contestado respecto de la demanda de reconvenición, y lo manifestado por el señor **OMAR BERNAL CHANAGA**, en su interrogatorio de parte, el actor siempre ostentó la propiedad y posesión sobre el inmueble, ejerciendo actos de señor y dueño, como el pago del impuesto predial, las cuotas de administración, asistir a las asambleas de la copropiedad, hacer y pagar las reparaciones y mantenimiento del inmueble, como expresamente lo afirmó en el hecho **3.9 de la demanda**.

Así lo ratificaron los testigos de la parte actora en el proceso, para quienes el demandante siempre ha ejercido la posesión del inmueble a usucapir.

Incluso el actor trajo como prueba un acta de conciliación, mediante la cual, dejó en poder de la demandada para la vivienda de sus hijos, el inmueble materia de la demanda principal, aduciendo que la demandada entró en el inmueble con su consentimiento.

A pesar de lo anterior, en la sentencia recurrida se consideró, probada la posesión del inmueble en cabeza de la demandada, aduciéndose en principio que la señora **BERTHA LILIANA CASTAÑEDA BETANCOURT** se había autoproclamado como tal, pero más adelante, y de manera contradictoria se afirmó, que dicha demandada había reconocido dominio ajeno en favor del demandante, lo cual desvirtúa totalmente la aludida posesión. Tal contradicción demuestra que en el proceso legalmente no se acreditó por el actor, la posesión del inmueble en cabeza de la demandada para el momento en que formuló su demanda reivindicatoria.

Semejante error llevó a la señora juez a considerar que el demandante sí había dado cumplimiento al presupuesto esencial de la acción de dominio contemplado en el artículo 946 del C.C.

El tercer presupuesto de la acción de dominio, esto es, que dicha acción se dirija contra el actual poseedor y no contra un simple tenedor, arrendatario, cuidandero, administrador, o contra quien carezca de dicha calidad de poseedor, tampoco resultó acreditado en el proceso.

Nuestra Corte Suprema de Justicia, ha dicho reiteradamente, que la acción reivindicatoria gira en torno de dos sujetos legalmente identificados: el titular del derecho real de dominio para el caso (art. 946 C.C.) y el poseedor actual (art. 952 ibídem). El primero sujeto activo de la pretensión y el segundo pasivo, pero correspondiéndole a aquél la carga de la prueba de su atributo patrimonial y de la calidad de poseedor del demandado.

Resulta que la demanda reivindicatoria se dirigió contra la señora **BERTHA LILIANA CASTAÑEDA BETANCOURT**, en calidad de simple tenedora y a lo largo del proceso el demandante nunca le reconoció la calidad de poseedora del inmueble objeto de reivindicación, ni mucho menos probó que esta tuviese la calidad de poseedora del predio.

Ciertamente, el demandante **OMAR BERNAL CHANAGA**, manifestó en su demanda en el hecho **3.5**, que la demandada **BERTHA LILIANA CASTAÑEDA BETANCOURT**, *“...ostentaba la condición de mera tenedora, pues no cumple con pago alguno ni de administración ni impuesto predial ...”* y que su estadía allí fue con el consentimiento del demandante **Omar Bernal**. Agregó que, *“...si hoy alega ser la poseedora del bien, es un hecho de mala fe, que contraviene el ordenamiento jurídico, pues no ejerce ánimo de dueña y señora sobre el bien”*.

Respecto de este hecho, los testigos del demandante, repitieron hasta la saciedad, que el propietario del inmueble era **OMAR BERNAL CHANAGA**, que la

demandada no ejercía posesión alguna, que era una simple tenedora del bien con el consentimiento del demandante.

Sin embargo, en la sentencia apelada, no se tuvo en cuenta qué, la acción de dominio formulada por **OMAR BERNAL CHANAGA**, nunca se dirigió contra la señora **BERTHA LILIANA CASTAÑEDA BETANCOURT** como la poseedora del inmueble, sino como una simple tenedora, pues de lo contrario, se habrían desestimado las pretensiones de la demanda reivindicatoria.

Es que una cosa es la posesión y otra cosa es la tenencia. A los tenedores no se les puede adelantar acciones de dominio. A los tenedores dependiendo el tipo de tenencia que ostentan, se les adelanta las llamadas acciones de restitución de tenencia, así por ejemplo, al arrendatario la acción de restitución de inmueble arrendado y en manera alguna la acción de dominio.

Entonces, la señora juez del proceso, no tuvo en cuenta que, desde la demanda hasta la etapa de alegatos, la parte demandante nunca le reconoció a la demandada su calidad de poseedora sino la de una simple tenedora que, según el apoderado del actor y la señora juez, había reconocido dominio ajeno.

Así las cosas, es claro que el demandante **OMAR NERNAL CHANAGA** no acreditó en el proceso, los tres mencionados presupuestos de la acción reivindicatoria que formuló, como quedó demostrado con el análisis anterior.-

Teniendo en cuenta lo manifestado anteriormente, en la sentencia recurrida existe error en la valoración de las pruebas allegadas al proceso, tanto documentales como testimoniales, las cuales dan cuenta de que el actor no probó los presupuestos esenciales de la acción de dominio para que prosperaran sus pretensiones, y en consecuencia, en la sentencia, erróneamente se acogieron tales pretensiones del demandante en reivindicación.

Por todo lo anterior, considero que existen motivos suficientes para que se revoque la sentencia apelada con relación a la demanda reivindicatoria, negándose las pretensiones del actor, y en cuanto a la demanda de reconvención se confirme lo decidido, salvo en cuanto a la condena en costas, por cuanto negadas las pretensiones de la demanda principal y las de la demanda de reconvención, no habría lugar a condenación en costas para ninguna de las partes.

Cordialmente,



Tito Pío Cuevas Neira

C.C. 6.749.645 de Tunja
T.P. 17.751 del C. S. de la J.
Carrera 4 No. 18-50 Oficina 407 de Bogotá D.C.
Celular: 300-2173553
Correo electrónico: cuevastito@hotmail.com



Honorables Magistrados
**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA,
D.C.**
SALA CIVIL
MAGISTRADA PONENTE DRA ADRIANA SAAVEDRA
E. S. D.

Ref.- Proceso **ORDINARIO No. 2013-230**
Demandante **LIBIA PEÑALOZA**
Demandado **COOPERATIVA OMEGA LTDA y otro**

SUSTENTACION RECURSO APELACION

ARMANDO SOLANO GARZON, Abogado titulado y en ejercicio, obrando en mi condición de apoderado de la parte demandada por el presente escrito descorro el traslado ordenado por el despacho mediante auto de fecha 30 de septiembre de 2020 con el fin de sustentar el recurso de apelación interpuesto en audiencia publica conforme a los siguientes:

En el presente asunto se ejerció acumulativamente una acción contractual y extracontractual con los mismos soportes fácticos y fundamentos de derecho lo que impidió el ejercicio del derecho de contradicción, toda vez que una y otra, tal como lo ha venido sostenido la Jurisprudencia y la doctrina no pueden ejercerse acumulativamente por ser dos institutos civiles completamente diferentes, tanto la acción aquilina como la acción ejercida por la aparente inexecución de un contrato de transporte.

Las explicaciones anteriores permiten arribar a las siguientes conclusiones:

Cuando se ejerce la acumulación de pretensiones procesales es un asunto distinto a la prohibición de escoger el tipo de acción sustancial que rige la controversia. Nada impide que varios actores acumulen en un mismo proceso pretensiones contractuales y extracontractuales, o que un demandante acumule una pretensión contractual hereditaria (derivada de su causante) y una pretensión personal extracontractual.



Pero en el plano sustancial está prohibido decidir una controversia que se enmarca en un determinado tipo de acción, con los presupuestos normativos de una relación jurídica distinta.

La orientación de los extremos del litigio y la fijación del objeto de la litis son cargas procesales que corresponden a las partes mediante la formulación de sus pretensiones y la exposición de los hechos en los que ellas se fundan, de suerte que una variación de esos contornos por parte del juez puede producir una sentencia incongruente.

Determinar el instituto jurídico que rige el caso es una atribución de la función judicial en razón del postulado del *iura novit curia*. Por lo tanto, corresponde hacerla al juez mediante la elaboración de los enunciados calificativos que le permiten delimitar el tema de la prueba y solucionar el conflicto jurídico mediante la declaración de la consecuencia prevista en la proposición normativa que contiene los supuestos de hecho que soportan las pretensiones y resultan probados en el proceso.

Las pretensiones o excepciones que se soportan en los hechos probados deben ser resueltas con base en la norma sustancial que permite declarar la consecuencia jurídica prevista en esa proposición normativa. Sólo así se garantiza que casos similares tengan soluciones similares.

Por tanto, no puede resolverse un caso conforme al régimen jurídico que las partes o el juez quieran escoger.

Cuando el demandante se equivoca en la elección del tipo de acción sustancial que rige el caso, el juez tiene que adecuar la controversia al instituto jurídico que corresponde, pues esa es una de sus funciones; sin que ello afecte el debido proceso de las partes. La prohibición de opción está dirigida al juez y no a las partes. En el presente asunto y a pesar de lo anterior se reforma la demanda continuándose acumulativamente ejercer las dos acciones de responsabilidad civil.

La responsabilidad que reclamaron los actores por los daños que sufrieron con ocasión del accidente de tránsito atribuible presuntamente a las demandadas es un instituto autónomo y diferenciado, que se rige por las normas contractuales del régimen del transporte y por ende la acción se encontraría prescrita al momento de haberse resuelto la controversia.



Dentro de la sentencia objeto de disenso no se determinaron los elementos de ambas instituciones, los cuales deben ser identificados por el juez y probados por las partes para la prosperidad de sus pretensiones o excepciones.

El Juzgado de instancia no tuvo en cuenta el régimen de responsabilidad por los daños que sufren los pasajeros con ocasión de la prestación del servicio de transporte, independientemente de la norma sustancial que haya invocado la actora en su demanda.

Ambos errores se originaron en una equivocada interpretación de la demanda por no identificar el instituto jurídico que rige el caso y por dejar de elaborar el enunciado calificativo que habría de orientar la decisión judicial.

Conforme a lo anterior, respetuosamente solicito a los Honorables Magistrados REVOCAR la sentencia objeto de impugnación por ejercer una acción acumulativa de responsabilidad prohibida expresamente por nuestro ordenamiento comercial.

De los Honorables Magistrados,

Cordialmente,

ARMANDO SOLANO GARZON
C.C. No. 79374367 BOGOTA
T.P. No. 105.065 del C. S. de la J.
Email: asolanog@yahoo.com (SIRNA)

SEÑORES

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CIVIL

ATN. DRA. ADRIANA SAAVEDRA LOZADA

MAGISTRADA PONENTE

CHERNANC@CENDOJ.RAMAJUDICIAL.GOV.CO

SECSTRIBSUPBTA2@CENDOJ.RAMAJUDICIAL.GOV.CO

ESD

**REF. PROCESO EXPEDIENTE 2013-00230-01, PROMOVIDO POR LIBIA TERESA PEÑALOZA Y OTROS
VS COOPETATIVA MULTIACTIVA DE TRANSPORTADORES OMEGA LTDA**

-SUSTENTA RECURSO DE APELACIÓN-

NOHORA RAMIREZ TOVAR, mayor de edad, domiciliada en Bogotá, identificada como aparece al pie de mi firma, abogada en ejercicio, actuando en representación de **AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.**, como acredita la documental obrante en el expediente, procedo a sustentar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia con los siguientes argumentos:

RAZONES DE INCONFORMIDAD

1.-LIMITE DE RESPONSABILIDAD POR EL VALOR ASEGURADO. Respetuosamente solicito al Despacho tener en cuenta que en la sentencia de primera instancia se alude a 200 SMLMV (numerales 5 y 6), sin embargo, no corresponde a SMLMV de la fecha de la sentencia de primera instancia, ni segunda instancia.

En efecto, corresponde al SMLV para el año 2010, razón por la cual, en la caratula de la póliza número 8001059146 se establece en pesos la suma de \$103.000.000. La anterior consideración aplica también a la póliza número 8001059145 para la cual igualmente aplica el valor estipulado en pesos y no SMLMV para la época de la sentencia de primera instancia, ni segunda instancia.

Por tanto, respetuosamente solicito al Despacho acoger estos argumentos en el momento de adoptar alguna decisión contra mi representada y aplicar los límites de responsabilidad estipulados en el contrato de seguro y que es la máxima exposición de mi representada por cualquier perjuicio que pueda liquidarse a favor de la parte actora.

Lo anterior, a la luz de lo establecido en el art. 1079 del C. de Co., según el cual: "El asegurador no estará obligado a responder si no hasta concurrencia de la suma asegurada..."

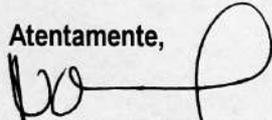
2-PRESCRIPCIÓN. De conformidad con lo establecido en el numeral 2.7 de las condiciones generales del contrato de seguro obrantes en el expediente, se infiere sin dificultad que esta excepción está llamada a prosperar, por cuanto, una simple confrontación de fechas, es decir, la fecha en que se afirma ocurrió el accidente de tránsito y la fecha en que fue notificada personalmente la sociedad que apodero en este litigio, determina que transcurrieron más de dos años y, respetuosamente solicito al Despacho acoger esta excepción y declararla probada en la sentencia. En efecto, una simple confrontación de fechas (22 de julio de 2011 y el 31 de octubre de 2013) acredita que transcurrieron 2 años, 3 meses, 9 días.

3-INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD PASIVA. Aun cuando la sentencia de primera instancia resolvió declarar civil, extracontractualmente y solidariamente responsables a los integrantes de la pasiva con mi representada, lo cierto es que no están presentes en este litigio los supuestos de hecho recogidos en el art. 1568 y ss del C.C. para la prosperidad de tales declaraciones y condenas. Tanto más cuando, para que exista solidaridad pasiva debe existir una única obligación, en tanto que, en el asunto que nos ocupa, las obligaciones son distintas; la obligación del asegurador, que está sometida a condición tal y como lo enseña nuestro estatuto comercial, surge de la celebración del contrato de seguro y la realización del riesgo asegurado.

Por tanto, la obligación del asegurador está limitada en los términos y condiciones del contrato de seguro con base en el cual resulta vinculada al litigio, sin que sea solidariamente responsable con el propietario del vehículo asegurado, ni con el conductor del vehículo asegurado, ni con la empresa afiliadora del vehículo asegurado. Por tanto, carece de fundamento de hecho y de derecho declarar civil, extracontractual y solidariamente responsable a mi representada con los integrantes de la pasiva, no existe ni disposición legal, ni convencional, ni, por supuesto, testamento y que la obligación del asegurador no es la misma del supuestamente responsable (contractualmente responsable).

En estos términos presento mis consideraciones en la oportunidad otorgada por el Despacho con miras a sustentar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia oportunamente interpuesto.

Atentamente,



NOHORA RAMÍREZ TOVAR

C.C. No 55.167.852

T.P. No 86.969

SEÑOR:

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA (SALA CIVIL).

MAGISTRADA PONENTE ADRIANA SAAVEDRA LOZADA.

E.S.D.

REF. PROCESO No. 2013-00762.

DEMANDANTE: GUILLERMO DE JESUS PENAGOS.

DEMANDADO: BANCO DAVIVIENDA.

ASUNTO: SUSTENTACION DEL RECURSO DE APELACION.

María Elena Ramírez Díaz, mayor de edad, vecina de Bogotá, abogada en ejercicio, identificada como aparece al pie de mi firma, actuando en mi condición de apoderada de la demandante, me permito realizar la sustentación del recurso de apelación contra la sentencia en fecha 13 de diciembre de 2019, teniendo en cuenta lo siguiente:

Baso la argumentación de fallo el señor juez de primera instancia en la APLICACION DE LA TEORIA DE LA IMPREVISIÓN, regulada por el Artículo 868 del código de comercio, frente a la cual analizo que NO se dan los requisitos para la REVISION DEL CONTRATO DE MUTUO y que además EL CONTRATO DE MUTUO se encuentra extinguido, por lo que tampoco existe posibilidad de LA REVISION DEL CONTRATO.

La problemática planteada frente a esta oposición argumentativa, a la sentencia de primera instancia, guarda relación con la identificación y caracterización de la acción promovida, ya que el juez AD-QUO, en principio, estudió el asunto apoyándose en las reglas contempladas en el artículo 868 del Código de Comercio, para la revisión del contrato; en tanto que el recurrente lo increpa al estimar que se equivocó al circunscribir la respuesta al litigio al amparo de la «teoría de la imprevisión», cuando lo pretendido por él se concreta a «obtener la revisión del contrato de mutuo», por incumplimiento frente a la reliquidación de la obligación, la devolución de lo pagado en exceso, así como la condena al resarcimiento de los perjuicios derivados de tal situación.

En sentencia CSJ SC, 4 jul. 2013, rad.2008-00216-01, sobre el punto se expresó:

(...) La violación de la ley sustancial en la senda indirecta, como consecuencia de errores de hecho por vicio in iudicando del fallador, puede ser el producto de una indebida apreciación de la demanda, su contestación o determinada prueba, como lo contempla el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil en la parte final del numeral primero, con la precisión de que dicha falencia debe ser ostensible y no el producto de una propuesta interpretativa alterna a la consignada en la sentencia, la cual llega amparada del principio de acierto que es connatural a las decisiones judiciales.

Ahora, cuando se trata de la inadecuada valoración del libelo con el que inicia toda controversia, es menester demostrar que el error endilgado además de manifiesto y determinante, es el resultado de un desvío en el trabajo intelectual del sentenciador al estudiar el escrito que plantea el debate, de tal manera que se desfigura en su esencia el objeto de la discusión y el pronunciamiento termina soportándose en normas que le son ajenas.

(...) '... Pero es en verdad importante no perder de vista que al tenor de aquella disposición procesal, para que así sucedan las cosas y sea viable la información por la causa aludida, deben reunirse varias condiciones que no siempre se dan con la facilidad que por lo común suponen los litigantes que al recurso en referencia acuden, residiendo una de ellas, como se sabe, en la necesaria ocurrencia de un genuino error de hecho que además de manifiesto e influyente en lo dispositivo de la resolución judicial por esta vía impugnada, ha de consistir en la desfiguración mental o material del escrito de demanda por falta de cuidadosa observación, capaz de producir por lo tanto una desviación ideológica del juez en relación con los elementos llamados a identificar el contenido medular de dicho escrito y respecto de los cuales ese funcionario no tiene atribución para suplir a las partes (...) En otras palabras y en orden a que tengan relevancia para los fines señalados, la falencia de juzgamiento de la que viene haciendo mérito debe tener origen en un yerro objetivo que surgiendo de una desfiguración evidente y por eso mismo perceptible de manera intuitiva, vaya contra toda razón en cuanto que, tergiversando el texto de la demanda '... le hace decir lo que no expresa o le cercena su real contenido' (G.J. t. CXXXIX, pág. 136) en lo que atañe a la causa pretendida hecha valer por el actor, el petitum por él formulado o la naturaleza jurídica de la pretensión concreta entablada' (sentencia del 19 de octubre de 1994, exp. 3972).

En el escrito introductorio del proceso se planteó la pretensión PRINCIPAL y revisado mediante una lectura en sentido material, no apunta a que SE REVISE EL CREDITO POR CIRCUNSTANCIAS IMPREVISTAS O IMPREVISIBLES, NI QUE SE DE APLICACION A LA FIGURA DE LA TEORIA DE LA IMPREVISION, pues lo que se establece muy claro de la lectura del libelo demandatorio y lo que

se persigue ES LA DECLARATORIA DE RESPONSABILIDAD de la entidad financiera por el cobro en exceso de interés por fuera de la ley.

La ausencia de aplicación de las sentencias proferidas por la Honorable Corte Constitucional.

De lo que se puede concluir, que NO se valoró por parte del señor juez de primera instancia en forma correcta el sentido de la demanda ni de las pretensiones, circunstancia que hubiera podido cambiar el sentido del fallo, más aun cuando se cumplió con la carga procesal impuesta a la parte demandante Artículo 167 del Código General del Proceso, en demostrar el nexo causal y el daño por el incumplimiento de la entidad demandada en la aplicación correcta de las sentencias de exequibilidad condicionada de la ley 546 de 1999, y más aun desconociendo y no otorgándole la justa valoración probatoria al dictamen pericial presentado por la perito, que fue clara en afirmar que del estudio realizado RESULTARON COBROS EN EXCESO realizados por la entidad demandada en perjuicio de la demandante.

En el presente proceso NO está encaminado ni fundamentado a la aplicación de la teoría de la imprevisión como lo malinterpreta el apoderado de la parte demandada, pues ni en la pretensiones ni en los hechos de la demanda, y menos en los fundamentos jurídicos puede concluirse que se pretende esta aplicación, por el contrario, lo que se busca mediante el presente proceso, es que se realice la liquidación reparadora de que trata.

Con la expedición de la ley 546 de 999, los deudores de vivienda a largo plazo que contrataron sus créditos bajo el sistema Upac, además de contar con la posibilidad de hacer uso de las vías legales para obtener, según sea el caso, el pago de una indemnización; la revisión de los contratos de mutuo; el reembolso de lo que se hubiese pagado de más, e.t.c, tienen la opción de reclamar la reliquidación de sus créditos directamente a las entidades con las que tienen suscrito el contrato respectivo, para que éstas efectúen el abono a que puedan tener derecho, en los términos de la ley 546 de 1999, e incluso obtener la suspensión del proceso que, por mora en el pago de la obligación hipotecaria, pueda estar en curso. Suspensión que, como se desprende de la norma transcrita, debe decretar en forma automática el juez que esté conociendo del proceso.

En ese sentido, es importante recalcar el carácter constitucional que tienen los créditos para vivienda, los cuales, no se rigen únicamente por las disposiciones del código civil y el código de comercio sino, especialmente, por la ley 546 de 1999 que es una ley estatutaria, la cual reglamenta un derecho constitucional como lo es la vivienda digna, ley que se amplía con las reglas que da la corte constitucional en las providencias aplicables al caso.

La sentencia C-700 de 1999, declaró inexecutable al decir: “se declarará la inexecutable de las normas que, en el decreto 663 de 1993, estructuraran el sistema UPAC”.

Concluyo mis alegatos, solicitando al Despacho, que sencillamente ordene que se liquide el crédito de mi poderdante acorde con las Sentencias de Orden constitucional en especial por la sentencia C-955/00 utilizando como está declarado en el orden constitucional el sistema de financiación definido por la sentencia y no el utilizado por la entidad financiera el cual ya fue derogado por la sentencia c-700/2000, y dado que no existió la posibilidad de elegir un sistema de amortización se ordene utilizar el sistema más favorable para el usuario y sobre las diferencias solicitar la aplicación del daño emergente y lucro cesante.

Con la expedición de la ley 546 de 1999, los deudores de vivienda a largo plazo que contrataron sus créditos bajo el sistema Upac, además de contar con la posibilidad de hacer uso de las vías legales para obtener, según sea el caso, el pago de una indemnización; la revisión de los contratos de mutuo; el reembolso de lo que se hubiese pagado de más, e.t.c, tienen la opción de reclamar la reliquidación de sus créditos directamente a las entidades con las que tienen suscrito el contrato respectivo, para que éstas efectúen el abono a que puedan tener derecho, en los términos de la ley 546 de 1999, e incluso obtener la suspensión del proceso que, por mora en el pago de la obligación hipotecaria, pueda estar en curso. Suspensión que, como se desprende de la norma transcrita, debe decretar en forma automática el juez que esté conociendo del proceso.

En ese sentido, es importante recalcar el carácter constitucional que tienen los créditos para vivienda, los cuales, no se rigen únicamente por las disposiciones del código civil y el código de comercio sino, especialmente, por la ley 546 de 1999 que es una ley estatutaria, la cual reglamenta un derecho constitucional como lo es la vivienda digna, ley que se amplía con las reglas que da la corte constitucional en las providencias aplicables al caso.

De acuerdo a lo anterior, impedir la revisión de un contrato de mutuo para vivienda, a causa de que se extinguió, imposibilita a los deudores poder acceder a la administración de justicia para una revisión integral, siendo este un fin que la corte constitucional encontró legítimo, y que concluyo además, que es competencia del juez ordinario conocer estas revisiones, de modo que, entender un contrato de mutuo con hipoteca para adquisición de vivienda, imposible de revisarse, porque se encuentra extinto, deja sin posibilidad a quien alegue un incumplimiento del sistema financiero en uso de su posición dominante, de poder obtener una indemnización a causa de ello, desconociéndose el precedente constitucional y los principios y valores que contiene la normatividad legal que se aplica en estos casos.

En el presente proceso NO está encaminado ni fundamentado a la aplicación de la teoría de la imprevisión como lo malinterpreta el apoderado de la parte demandada, pues ni en la pretensiones ni en los hechos de la demanda, y menos en los fundamentos jurídicos puede concluirse que se pretende esta aplicación, por el contrario, lo que se busca mediante el presente proceso, es que se realice la liquidación reparadora de que trata las sentencias de constitucionalidad en estricto sentido SU-846, C-955 Y 1140 DE 2000, SENTENCIAS DE CONSTITUCIONALIDAD QUE FUERON PROFERIDAS después a la aplicación del alivio por parte del Banco Accionado.

De otra parte esta liquidación derivada de la verificación del contrato de mutuo busca además que se revise cada pago mensual, no siendo admisible su concreción con la liquidación del alivio del estado, y además en ese procedimiento no se incluyó la porción de intereses corrientes, que fueron los que se vieron afectados con la capitalización durante la vigencia del crédito.

Atentamente

María Elena Ramírez Díaz

C.C. 1016034599 de Bogotá

T.P. 269265.

Honorables Magistrados:
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Civil
E.S.D.

Proceso: Abreviado por competencia desleal
Referencia: 2014-0313 del Juzgado 48 Civil del Circuito de Bogotá DC
Demandante: Angelcom S.A.
Demandado: Pedro Ruano Castro
Asunto: Recurso de apelación contra la sentencia
Presento sustentación.

Javier Cortázar Mora, identificado como aparece al pie de mi firma, obrando en mi condición de apoderado del demandante dentro del proceso de la referencia, encontrándome dentro del término establecido en el artículo 327 del Código General del Proceso, procedo a sustentar el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia en los siguientes términos:

I.- SUSTENTACIÓN

1.1.- Indebida Fundamentación e indebida valoración probatoria:

El juez de primera instancia argumentó que Angelcom carecía de legitimidad activa en la causa fundamentándose en la supuesta veracidad de las declaraciones del demandado en la contestación de la demanda, con el único sustento probatorio de unas decisiones judiciales muy posteriores a la demanda y que no se refieren a los hechos de este proceso.

Para la fecha en la que el demandado emitió las declaraciones difamatorias contra el demandante, tales decisiones judiciales no existían y cuando se dieron resultaron refiriéndose a otra cosa.

En la primera instancia quedó **INDISCUTIBLEMENTE PROBADO** que el 16 de septiembre de 2013 y el 14 de mayo de 2014 el demandado realizó ante la prensa, concretamente Caracol Radio (una emisora de radio ampliamente conocida) una serie de declaraciones negativas y señalamientos contra el demandante aduciendo un supuesto incumplimiento contractual de Angelcom y un supuesto “boicot” a la integración de las tarjetas usadas como medio de pago en las fases I y II del sistema Transmilenio desde el año 2000 y las que empezó a usar Recaudo Bogotá S.A.S., el concesionario del recaudo de la Fase III en el 2013. En el expediente obran tanto las copias de los textos publicados como transcripciones de audio, documentos que no fueron objetados por el demandado.

El demandado es miembro de la junta directiva de la empresa RECAUDO BOGOTA, según obra en el certificado de existencia y representación aportado con la demanda.

Quedó así mismo plenamente probado que la Personería de Bogotá afirmó en la demanda referida en los hechos 6.2.10, 11 y 12 que Recaudo Bogotá (el recaudador de la Fase III) utilizaba una tarjeta incompatible con la que venía utilizando el sistema de Transmilenio. Este documento tampoco fue objetado por el demandado, significando lo anterior que es una plena prueba.

La sentencia de primera instancia de la Superintendencia de Industria y Comercio usada por el demandado para su defensa y acogida por el juez de primera instancia sin reserva, fue del 10 de junio de 2015, esto es, VENTIUN (21) MESES DESPUÉS de la declaración de septiembre de 2013 y TRECE (13) MESES DESPUÉS de la declaración de mayo de 2014.

El fallo del recurso de apelación del H Tribunal Superior de Bogotá fue del 7 de junio de 2016, esto es, TREINTA Y TRES (33) MESES DESPUÉS de la declaración de septiembre de 2013 y VEINTICINCO (25) MESES DESPUÉS de la declaración de mayo de 2014.

El auto de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil fue del 23 de agosto de 2017, muy posterior.

Lo anterior indica que a la fecha de las declaraciones objeto de la demanda EL DEMANDADO NO CONTABA CON NINGUNA REFERENCIA, NINGÚN SUSTENTO PARA HACERLAS.

Solo un par de años después una autoridad judicial realizó un pronunciamiento judicial pero sobre otra cosa.

Recordando, lo que dijo el demandado a la radio era que ANGELCOM estaba “boicoteando” a Recaudo Bogotá e “incumpliendo” un contrato de este con Trasmilenio,

Los fallos judiciales que tuvo en cuenta el juez de primera instancia de la SIC y el Tribunal se refieren a un acto de competencia desleal por el quebrantamiento del deber genérico establecido en el artículo 7º de la ley 256 (1996) de actuar lealmente en el mercado de conformidad con las sanas costumbres. No mencionan ni hablan en ninguna parte de un “boicot” o de un “incumplimiento contractual”, tema este último respecto del cual el H. Tribunal Superior expresamente dijo que no se pronunciaba, porque no correspondía al juicio.

Tal ligereza a la hora de juzgar pretermitiendo además claras instancias judiciales (nada más ni nada menos que alegatos de conclusión y la audiencia de fallo) produjo una sentencia abiertamente ilegal, desconociendo y en abierta contravía con los hechos y sus pruebas.

Desconoció en su totalidad las TREINTA Y CINCO (35) pruebas documentales aportadas cuando recorrimos el traslado de las excepciones de fondo (que el demandado simplemente enunció sin explicar su fundamento) y el testimonio rendido por el señor Raúl Buitrago, con las que DEMOSTRAMOS LA EXISTENCIA DE UNA ESTRATAGEMA METICULOSAMENTE URDIDA POR RECAUDO BOGOTÁ S.A.S. ORIENTADA AL CAMBIO DE LOS EQUIPOS DE RECAUDO

EXISTENTES, en vez de cumplir la obligación adquirida con la ciudadanía de integrar su tecnología con la hasta entonces utilizada por el sistema de Transmilenio.

Parte de tal estratagema consistió en culpar a Angelcom para de esa manera encontrar un pretexto, una justificación para el cambio de los equipos.

Concluyendo este aparte, resulta claro que el fallo apelado se fundamentó indebidamente y en abierta contravía con las pruebas que obran en el expediente.

II.- PRUEBAS

En los términos del artículo 327 del Código General del Proceso, solicito al H. Tribunal Superior que se sirva admitir como pruebas documentales las siguientes que adjunto:

- Copia de la resolución No. 69267 de 2018 de la Superintendencia de Industria y Comercio “Por la cual se archiva una investigación”.
- Copia de la resolución No. 9447 de 2019 de la Superintendencia de Industria y Comercio “Por la cual se resuelva un recurso de reposición”.

El fundamento de solicitar se admita esta prueba es el siguiente:

La primera resolución ordenó el archivo de una investigación abierta por la SIC contra el demandante y otros como producto de una denuncia presentada por Recaudo Bogotá S.A.S., por una supuesta conducta de abuso de posición dominante. Concretamente un “boicot” en su contra. La segunda confirma la decisión de archivo.

Como el H. Tribunal podrá observar, dichas decisiones de la SIC, posteriores a la oportunidad para solicitar pruebas en el proceso, se refieren concretamente a un supuesto “boicot” denunciado por Recaudo Bogotá respecto del cual la autoridad de competencia concluyó diáfaramente que nunca existió.

Dado que i) las resoluciones son hechos ocurridos con posterioridad a la oportunidad de solicitar pruebas en este proceso y ii) que se trata de documentos directamente relacionados con la demostración de la falsedad de las declaraciones difamatorias del demandado contra el demandante, solicito respetuosamente que en aplicación del numeral tercero del artículo 327 del CGP, el H. Tribunal decrete la admisión de esta prueba documental en la instancia.

III.- NOTAS FINALES

3.1.- Conducta del demandado y la demostración de los perjuicios.

En el expediente obra que el demandado NO ASISTIÓ a la audiencia de conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad celebrada el 22 de enero de 2014 ante el Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable composición del Autoregulador del Mercado de Valores, SIN PRESENTAR JUSTIFICACIÓN ALGUNA, haciéndose acreedor de esta forma de las sanciones legales del caso, que el juez de primera instancia pretermitió absolutamente.

El juramento estimatorio, NO FUE OBJETADO NI POR EL DEMANDADO NI POR EL DESPACHO, de manera que los perjuicios quedaron PLENAMENTE PROBADOS.

3.2.- Marco legal de las conductas desleales:

Dado que las declaraciones fueron emitidas en un medio de las características de Caracol Radio, es claro que tienen toda la aptitud para difundir las indicaciones y aseveraciones incorrectas o falsas proscritas por el artículo 12 de la ley 256 (1996).

Adicionalmente tales indicaciones y aseveraciones incorrectas y falsas fueron hechas de mala fe, contrariando de esta manera la prohibición general del artículo 7 Ibídem, y con un claro propósito de influir en el contrato que existía entre Angelcom y Transmilenio en la época de los hechos, cosa que aunque afortunadamente no sucedió, fue intentada por el demandado, contrariando de esta forma los preceptos del artículo 17 ibídem.

En los anteriores términos sustento el recurso de apelación solicitando al H. Tribunal que REVOQUE la sentencia de primera instancia y en su lugar profiera sentencia acogiendo las pretensiones de la demanda.

De los H. Magistrados, con el debido comedimiento,



JAVIER CORTÁZAR MORA
C.C. 79.146.314
T.P. 64.612

DOCUMENTOS

ANEXOS

ANEXO # 1

Documento: [Resolución SIC no. 69267 de 2018](#)



MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO **69267** DE 2018

(18 SEP 2018)

Radicación: 13-54936

"Por la cual se archiva una investigación"

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus facultades legales, en especial de las previstas en la Ley 1340 de 2009, el Decreto 4886 de 2011¹, en concordancia con el Decreto 2153 de 1992²; y

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 23256 del 5 de mayo de 2015³, modificada por la Resolución No. 65435 del 22 de septiembre de 2015⁴, la Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante, la "Delegatura") ordenó abrir una investigación y formular Pliego de Cargos contra **ANGELCOM S.A.S.**⁵ (en adelante, **ANGELCOM**) para determinar si infringió el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 (abusar de su posición dominante para obstruir o impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización) y el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general). Así mismo se formularon cargos contra **SISTEMAS ASESORÍAS Y REDES S.A.S.** (en adelante, **SAR**) y **KEB TECHNOLOGY CO LTD.** (en adelante, **KEB**), para determinar si infringieron la conducta prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general).

Mediante la Resolución No. 23256 del 5 de mayo de 2015 también se ordenó abrir investigación contra **JORGE EDUARDO CABRERA VARGAS, RICARDO ÁNGEL OSPINA, JORGE ENRIQUE CORTÁZAR GARCÍA, FRANCISCO DE PAULA SÁENZ FLÓREZ, JAIRO ANTONIO VELÁSQUEZ MEJÍA, MARTHA CECILIA BAHAMÓN DE RESTREPO, CARLOS JOSÉ ÁNGEL ORTEGA, JORGE IGNACIO LÓPEZ CARDOZO y JAIR HUMBERTO ORTIZ VALLEJO**, para determinar si habrían incurrido en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por presuntamente haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado la conducta imputada en la presente investigación.

SEGUNDO: Que la presente investigación tuvo como origen la denuncia presentada por **RECAUDO BOGOTÁ S.A.S.** (en adelante, **RECAUDO BOGOTÁ**), mediante radicado No. 13-54936-0 del 20 de marzo de 2013⁶, en la que informó sobre una presunta conducta constitutiva de abuso de posición de dominio por parte de **ANGELCOM** y la **EMPRESA DE TRANSPORTE DE TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A.** (en adelante, **TRANSMILENIO**), por -principalmente- no haberle entregado a **RECAUDO BOGOTÁ** la información tecnológica necesaria para implementar el modelo de integración del sistema de recaudo.

¹ Mediante el cual se modificó la estructura y se determinaron las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio.

² Modificado por el Decreto Ley Antitrámites No. 019 de 2012.

³ Folios 1372 a 1406 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente. Entiéndase que en el presente acto administrativo cuando se hace referencia al Expediente, el mismo corresponde con el radicado No. 13-54936.

⁴ La Resolución No. 23253 del 5 de mayo de 2015, fue modificada mediante la Resolución No. 65435 del 22 de septiembre de 2015, en el sentido de vincular como investigada a **KEB TECHNOLOGY CO LTD** y excluir de la presente investigación a la sucursal **KEB TECHNOLOGY COLOMBIA**.

⁵ **ANGELCOM S.A** se transformó en una sociedad simplificada por acciones y cambió su NIT a través de Acta No. 93 de 31 de marzo de 2016, debidamente inscrita el 21 de junio de 2016, ante la Cámara de Comercio. Por lo tanto, para todos los efectos del presente trámite la investigada se identificará como **ANGELCOM S.A.S.**

⁶ Folios 1 a 20 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

"Por la cual se archiva una investigación"

A partir de la referida denuncia, la Delegatura ordenó el inicio de una averiguación preliminar⁷ con el fin de determinar la ocurrencia de posibles conductas anticompetitivas. Agotada la averiguación preliminar, la Delegatura profirió la Resolución No. 23256 del 5 de mayo de 2015⁸, por medio de la cual se ordenó la Apertura de Investigación con Pliego de Cargos (en adelante, Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos), en la que formuló las siguientes imputaciones a los investigados:

En relación con **ANGELCOM** (concesionaria de la fase I y miembro de la concesionaria de la fase II junto con **KEB – UT FASE II**) la Delegatura afirmó que dicha empresa tendría posición dominante en el mercado de servicio de recaudo por concepto del transporte público de pasajeros del SISTEMA TRANSMILENIO para las FASES I y II en los puntos de compra y recarga de la tarjeta MIFARE ubicados en el Distrito Capital, de la que habría abusado para obstruir el acceso de **RECAUDO BOGOTÁ**, a través de estrategias con las que se habría frustrado el proceso de integración.

Sobre el particular se indicó que con tal conducta se habría infringido el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 (abusar de su posición dominante para obstruir o impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización) y, en consecuencia, también el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general). Tales acusaciones se fundamentaron, principalmente, en los siguientes hechos:

- El servicio de recaudo fue adjudicado en tres fases: Fase I a **ANGELCOM**, Fase II a la **UT FASE II** (conformada por **ANGELCOM** y **KEB TECHNOLOGY COLOMBIA**) y Fase III a **RECAUDO BOGOTÁ**.
- Para la época de los hechos objeto de investigación, en las Fases I y II era utilizada la tarjeta MIFARE, mientras que en la Fase III era utilizada la tarjeta INFINEON. Con la tarjeta INFINEON de la Fase III no era posible acceder a la mayoría de las rutas de la Fase I y la Fase II, por lo que esta restricción de acceso para los usuarios podría considerarse como una posible obstrucción para que **RECAUDO BOGOTÁ** prestara su servicio de recaudo en ciertas rutas.
- Contrario de lo que sucedía en las Fases I y II, en la Fase III era posible ingresar al Sistema con cualquiera de las dos tarjetas mencionadas, MIFARE e INFINEON. Entonces en la Fase III no se presentaban restricciones de acceso ni por el lado de la demanda, toda vez que los usuarios podían ingresar al Sistema con cualquier tipo de tarjeta, ni por el lado de la oferta, dado que el servicio de recaudo de la Fase III operado por **RECAUDO BOGOTÁ** adecuó su plataforma de modo tal que pudiesen ser leídas las tarjetas roja "Cliente Frecuente" y azul "Tarjeta Monedero" de **ANGELCOM** y **UT FASE II**, como operadores de las Fases I y II.
- **ANGELCOM** era el único agente económico que participaba del mercado del "servicio de recaudo por concepto del transporte público de pasajeros del SISTEMA TRANSMILENIO para las FASES I y II en los puntos de compra y recarga de la tarjeta MIFARE ubicados en el Distrito Capital", por lo que preliminarmente **ANGELCOM** tendría posición dominante en dicho mercado.
- **ANGELCOM** habría dilatado el proceso de integración incumpliendo su obligación de colaboración al "boicotear" las propuestas de integración y al no entregar, en un momento posterior, la información tecnológica necesaria para implementar la solución de integración adoptada por **TRANSMILENIO**.
- **ANGELCOM** tendría el incentivo de impedir que las tarjetas de **RECAUDO BOGOTÁ** pudieran utilizarse en las Fases I y II, pues ello significaría que los usuarios preferirían adquirir las tarjetas de **ANGELCOM** y con ello tendría un mayor recaudo.
- Con las acciones adelantadas por **ANGELCOM** se habría impedido el ingreso de **RECAUDO BOGOTÁ** al mercado de servicio de recaudo por concepto del transporte público de pasajeros del SISTEMA TRANSMILENIO para las FASES I y II.

Además, la Delegatura señaló que **SAR** y **KEB** habrían infringido el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 al haber participado en las estrategias con las que se habría frustrado el ingreso de **RECAUDO BOGOTÁ** al mercado en el que **ANGELCOM** era dominante.

⁷ Folio 3187 del Cuaderno Público No. 18 del Expediente.

⁸ Folios 1372 a 1406 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

"Por la cual se archiva una investigación"

En efecto, frente a **SAR** se destacó que siendo el proveedor tecnológico de **ANGELCOM** y teniendo la información requerida por **RECAUDO BOGOTÁ**, para que se leyeran sus tarjetas en Fase I y Fase II, se abstuvo de entregarla. Lo anterior a pesar de que resultaba esencial para lograr la integración del sistema de recaudo, y que incluso la entrega de tal información fue ordenada a título de medida cautelar en el marco de un proceso jurisdiccional por competencia desleal. Dicha conducta de **SAR** habría contribuido a la obstrucción realizada a **RECAUDO BOGOTÁ** para ejercer una presión competitiva en las Fases I y II.

Respecto de **KEB** se alertó sobre la responsabilidad solidaria que tenía como miembro de la **UT FASE II** que la obligaba a haber realizado las gestiones necesarias para cumplir con su deber de cooperación y permitir así que **RECAUDO BOGOTÁ** pudiera lograr el proceso de integración y con ello su participación en el mercado relevante definido.

Frente a **TRANSMILENIO** se indicó que no se habían encontrado pruebas que acreditaran, desde la perspectiva de la libre competencia, una conducta reprochable por parte de dicho agente.

TERCERO: Que mediante Resolución No. 60486 del 15 de septiembre de 2016⁹, la Delegatura reconoció como tercero interesado a **RECAUDO BOGOTÁ**, al encontrar probado su interés directo e individual en la actuación administrativa.

CUARTO: Que una vez notificada la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos a los investigados, y corrido el término para solicitar y aportar pruebas¹⁰ conforme con lo dispuesto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, mediante la Resoluciones No. 31849 de 5 de junio de 2017, 50073 del 18 de agosto de 2017 y 66279 del 18 de octubre de 2017, la Delegatura ordenó practicar algunas pruebas solicitadas por los investigados y rechazó otras. Así mismo, decretó de oficio las pruebas que consideró conducentes, pertinentes y útiles para la investigación administrativa.

QUINTO: Que el 21 de junio de 2018, una vez culminó la etapa probatoria y se realizó la audiencia prevista en el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia presentó ante el Superintendente de Industria y Comercio el Informe Motivado con el resultado de la etapa de instrucción (en adelante "Informe Motivado")¹¹, en el cual recomendó archivar la investigación. A continuación se resumen los principales aspectos del Informe Motivado que fundamentan la recomendación:

5.1. En relación con el mercado relevante

La Delegatura concluyó que la definición del mercado relevante que se había presentado en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos padecía de errores, pues el mercado en el que efectivamente podrían haberse dado las presuntas conductas y en el que en efecto participaban los investigados era el de "servicio de recaudo por concepto de transporte público masivo en el Sistema TransMilenio y el Sistema Integrado de Transporte Público Masivo (en adelante SITP) en Bogotá". La apertura de investigación, por su parte, había considerado que el mercado podía dividirse por fases, en efecto, había definido el mercado afectado como servicio de recaudo por concepto del transporte público de pasajeros del SISTEMA TRANSMILENIO para las FASES I y II, dejando por fuera la Fase III y el SITP, circunstancia que desde la perspectiva de la Delegatura es incorrecta.

Sobre el particular, la Delegatura tuvo en cuenta las siguientes consideraciones:

- El mercado de servicio de transporte público masivo en Bogotá se consolidó a través del **SITP**. Dicho mercado resulta relevante en la presente investigación en razón de su interoperabilidad y relación con el mercado relevante en el que presuntamente se desarrollaron las conductas objeto de investigación.
- El servicio de transporte público masivo en Bogotá contiene sub mercados definidos por las operaciones necesarias para el desarrollo del Sistema. En consecuencia, el servicio de recaudo es un sub mercado que puede afectar el servicio principal de transporte público masivo y a sus usuarios.

⁹ Folios 6694 a 6698 de Cuaderno Público No. 36 del Expediente.

¹⁰ Artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012.

¹¹ Folios 2968 a 3047 del Cuaderno Público No. 9 del Expediente.

"Por la cual se archiva una investigación"

- El servicio de recaudo, a su vez, tiene componentes fundamentales para su operación, como el uso de un medio de pago - **TARJETAS INTELIGENTES SIN CONTACTO** (en adelante, **TISC**) -, los mecanismos de acceso al Sistema y la ubicación de los puntos de venta, carga y recarga de pasajes.
- De la actividad económica de los agentes y el contexto de los hechos correspondientes con el presente caso, se determinó que el mercado de recaudo se diseñó como uno solo para el Sistema TransMilenio y, posteriormente, para el **SITP**. Es decir que la separación del servicio por fases, de acuerdo con dimensiones temporales, contractuales y espaciales-operativas, no implicaba que cada fase funcionara como un mercado separado.
- Las dimensiones temporales, contractuales y espaciales-operativas sólo distinguen las fases y los operadores de cada una de ellas, pero el servicio de recaudo sigue siendo el mismo desde su objeto, características generales y fines.
- El mercado relevante en la presente investigación corresponde con el servicio de recaudo por concepto de transporte público masivo en el Sistema TransMilenio y el **SITP** en Bogotá.
- Si bien existe un contrato que concesiona la operación a cada agente económico para la explotación de cada una de las fases, la exclusividad de la operación en las zonas asignadas no implica una posición de dominio en el servicio de recaudo del Sistema.
- El contrato de la Fase I, suscrito el 19 de abril del año 2000, inició operaciones el 18 de diciembre del 2000 y el operador designado para el recaudo fue **ANGELCOM**. El contrato de la Fase II, suscrito el 4 de junio de 2003, inició operación el 27 de diciembre de 2003 con el operador **UT FASE II**. Finalmente, el contrato del **SISTEMA INTEGRADO DE RECAUDO, CONTROL, INFORMACIÓN Y SERVICIO AL USUARIO** (en adelante "**SIRCI**") se suscribió el 1 de agosto de 2011 y la Fase III empezó su operación el 22 de julio de 2012, mientras que la operación zonal del **SITP** comenzó el 29 de septiembre de 2012. El operador designado para esta fase fue **RECAUDO BOGOTÁ**.
- La prestación del servicio de recaudo por concepto de transporte público masivo en el Sistema TransMilenio y el **SITP** en Bogotá, tuvo un periodo de coexistencia entre tres agentes económicos que operaron las Fases I, II y III entre el 22 de julio de 2012 y el 21 de diciembre de 2015.
- El periodo en el que coexistieron los tres operadores concesionados para la prestación del servicio de recaudo estuvo caracterizado por tres etapas relacionadas con el nivel de integración en el medio de pago.
- La concesión de zonas exclusivas implicaba que cada concesionario ejerciera su actividad de recaudo sin enfrentar rivalidad alguna en sus estaciones y puntos designados.
- No estaba al alcance de los concesionarios provocar la preferencia de los usuarios para realizar la recarga de las **TISC** en un determinado punto de venta de viajes, si se tiene en cuenta la estricta regulación propia de la prestación del servicio de transporte público masivo. De manera que los agentes no estaban en capacidad de conducir dicha preferencia en favor de sus intereses.

Con base en estas consideraciones que guiaron el análisis, la Delegatura describió, en primer lugar, el Sistema de Transporte Público Masivo en la ciudad de Bogotá, en segundo lugar, definió el mercado producto y el mercado geográfico y por último, realizó una descripción de los agentes económicos participantes en dicho mercado.

5.2. En relación con la posición dominante de ANGELCOM

Sobre el análisis de la posición de **ANGELCOM** en el mercado, la Delegatura concluyó que la investigada no tenía posición de dominio en el servicio de recaudo por concepto de transporte público de pasajeros en el Sistema TransMilenio y el **SITP**. Para tal fin, tuvo en cuenta los siguientes argumentos:

- El análisis de la dinámica de variables como la remuneración a los agentes, el número de validaciones de entrada al Sistema TransMilenio y a los buses del **SITP** y el número de recargas de las **TISC** realizadas por los usuarios no evidencia un comportamiento atípico con el cual se pudiera demostrar que los concesionarios tenían la capacidad de modificar las decisiones de los usuarios.

"Por la cual se archiva una investigación"

- El mercado estaba concentrado en tres (3) concesionarios y existían barreras legales establecidas en el marco de los procesos de selección contractual adelantados por **TRANSMILENIO** y de los Contratos de Concesión suscritos para la prestación del servicio de recaudo en las tres fases.
- Ni **ANGELCOM** ni los demás agentes participantes en este mercado contaban con la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones del mismo, en la medida en que dicho mercado se encuentra regulado y controlado por el Ente Gestor del Contrato –**TRANSMILENIO**– así como por los Contratos de Concesión y los documentos que hacen parte de los mismos.
- La tarifa cobrada al usuario para ingresar en el Sistema TransMilenio y al **SITP** es una tarifa que solo puede ser establecida por el **ALCALDE MAYOR DE BOGOTÁ**, quien legalmente cuenta con la competencia para ello y que, además, se encuentra regulada y determinada según unas variables y condiciones particulares establecidas en los Contratos de Concesión.
- En relación con las cantidades demandadas del servicio por parte de los usuarios, **ANGELCOM** no podía ni aumentar las suyas ni alterar las de los demás concesionarios, pues la demanda por transporte público masivo en Bogotá depende de factores exógenos a las decisiones de los concesionarios, tales como la ubicación geográfica del usuario, sus necesidades, y otros factores como vacaciones, eventos, etc.
- De hecho, **ANGELCOM** se encontraba en la obligación de atender toda la demanda que se encontrara a su cargo, al tener la obligación de siempre tener disponibles **TISC** para habilitar el acceso al Sistema en las estaciones a su cargo.
- Sobre la posibilidad de alterar la remuneración que recibían los operadores de recaudo por la prestación del servicio en mención, la Delegatura indicó que también se encontraba pre-establecida en el contrato de concesión y que, además, contaba con limitaciones tales como un factor de descuento –que se activaba cuando se superaba una cantidad de demanda particular– y un límite que señalaba que los concesionarios podían recibir hasta el 11% de la tarifa técnica que era cobrada al usuario.
- Finalmente, se estableció que **ANGELCOM** estaba restringido para afectar otras variables de competencia, tales como el número y la ubicación de puntos para vender y recargar pasajes del Sistema, la publicidad en las estaciones y taquillas, entre otras.

En conclusión, encontró que **ANGELCOM** no contaba con la capacidad de manipular las variables de competencia tales como los precios y las cantidades ni del mercado de servicio de transporte público masivo en Bogotá ni del servicio de recaudo por concepto de transporte público masivo en el Sistema TransMilenio y el **SITP**.

5.3. En relación con la idoneidad de la conducta

La Delegatura realizó un análisis de la posible conducta concluyendo que no era idónea para restringir la entrada de RECAUDO BOGOTÁ al mercado en el que ANGELCOM tenía posición dominante.

Con base en lo expuesto, la Delegatura recomendó archivar la investigación en favor de todos los investigados.

SEXTO: Que en cumplimiento del procedimiento previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, se dio traslado del Informe Motivado a los investigados.

SÉPTIMO: Que estando dentro del término legal, los investigados y el tercero interesado presentaron observaciones al Informe Motivado en los siguientes términos:

7.1. Argumentos presentados por **ANGELCOM**, **JORGE ENRIQUE CORTÁZAR GARCÍA** Y **FRANCISCO DE PAULA SÁENZ FLÓREZ**

- **ANGELCOM** carece de posición dominante en el mercado. En efecto, el servicio de recaudo por concepto de transporte público de pasajeros en el Sistema Transmilenio y el **SITP** se encuentra regulado tanto por las normas legales aplicables como por las estipulaciones contractuales a través de las cuales **TRANSMILENIO** define unilateralmente las condiciones del servicio.

- Aunque la inexistencia de posición dominante por parte de **ANGELCOM** es suficiente para descartar la ocurrencia de la conducta, la supuesta obstrucción al mercado relevante definido, tampoco tuvo lugar. En efecto: (i) el mercado al que supuestamente se impidió el acceso corresponde a un monopolio legal que debía ser explotado de manera exclusiva por **ANGELCOM** (y la **UT FASE II**), por lo que la competencia de los agentes involucrados se daba únicamente para el mercado y no en el mercado; (ii) no es cierto, como lo afirmó la Delegatura en su Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, que la fuente del recaudo fuera la validación, pues la fuente del recaudo era la recarga en las zonas asignadas, por lo que no existía ningún interés económico en obstruir o dilatar la integración del medio de pago; (iii) dado que la remuneración económica de los agentes estaba regulada, no existía la posibilidad de que **ANGELCOM** lograra un efecto explotativo con la supuesta obstrucción; y (iv) **RECAUDO BOGOTÁ** desarrolló el recaudo en Fase III sin ningún tipo de obstáculo.

7.2. Argumentos presentados por SAR, KEB, JORGE IGNACIO LÓPEZ CARDOZO, JAIRO ANTONIO VELÁSQUEZ MEJÍA, JORGE EDUARDO CABRERA VARGAS y CARLOS JOSÉ ÁNGEL ORTEGA

- La imputación contra **ANGELCOM** parte de tres (3) premisas equivocadas, tal y como se indica en el Informe Motivado, a saber: (i) que **ANGELCOM** tenía posición dominante, (ii) que podría existir competencia en cada una de las fases del mercado relevante definido y (iii) que existía algún incentivo por parte de **ANGELCOM** para obstruir la integración.
- Tal y como se indicó en el Informe Motivado, **ANGELCOM** no tenía posición dominante pues no podía determinar directa o indirectamente las condiciones del mercado relevante definido, razón por la cual debe archiversse la investigación.
- En el caso concreto no existió competencia en el mercado sino competencia por el mercado.
- No existían incentivos para **ANGELCOM** para obstruir la integración pues con ello no conseguía ganancia alguna.
- La conducta dilatoria imputada no se presentó. En efecto, la entrega de la información no era la única condición para lograr la integración, se requería de la cooperación de **RECAUDO BOGOTÁ**, que no se presentó en la medida en la que tal agente no quería la integración.
- Teniendo en cuenta que la imputación contra **SAR** se fundó en que con su comportamiento habría impedido que **RECAUDO BOGOTÁ**, como nuevo agente del mercado, ejerciera presión competitiva sobre **ANGELCOM**, la investigación debe archiversse pues quedó suficientemente demostrado que tal presión no habría podido existir al no estar ante un escenario de competencia en el mercado.
- No es claro por qué en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos se imputa a **SAR** una conducta supuestamente restrictiva por presuntamente no haber entregado unos bienes o servicios cuando carece de posición de dominio y no tiene ninguna relación, de competencia o comercial, con el agente solicitante. En todo caso, **SAR** sí entregó toda la información luego de examinar hasta dónde era necesaria para efectos de la integración.
- Frente a **KEB**, no puede perderse de vista que la conducta imputada también está ligada a la de **ANGELCOM**, por lo que de no existir conducta alguna de **ANGELCOM**, al no poder restringir la competencia, no existe ningún comportamiento reprochable a **KEB**, por lo que también frente a este agente debe archiversse la investigación. En todo caso, **KEB** no se ocupó de ninguna tarea relacionada con el recaudo, ni diseñó o suministró la tecnología a **ANGELCOM**, por lo que no podía realizar nada en relación con las solicitudes de información que constituyen la imputación fáctica principal. Su solidaridad como miembro de la **UT FASE II** solo es predicable ante **TRANSMILENIO**.
- En relación con la conducta de las personas naturales y jurídicas que se vincularon por participar en la conducta de los agentes se advierte que atendiendo a que no existe responsabilidad de ninguno de los agentes investigación es claro que ninguno de los imputados por el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, tiene responsabilidad alguna.

7.3. Argumentos presentados por RICARDO ÁNGEL OSPINA, JAIR HUMBERTO ORTIZ VALLEJO y MARTHA BAHAMÓN DE RESTREPO

- Debe acogerse íntegramente el Informe Motivado presentado por la Delegatura.

7.4. Argumentos presentados por RECAUDO BOGOTÁ

- La Delegatura le dio un alcance equivoco a la imputación correspondiente al artículo 1 de la Ley 155 de 1959. En efecto, la prohibición general contiene comportamientos específicos típicos que son prohibidos por la ley y en este caso los investigados incurrieron en un comportamiento que, sin perjuicio de que pueda o no infringir el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, infringe sin lugar a dudas la prohibición general.
- La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-032 de 2017, y la propia Superintendencia de Industria y Comercio, han fijado el alcance de la prohibición general. Con este alcance es claro que aquí se configuró una práctica tendiente a limitar la libre competencia.
- El proceso de integración de las Fases I y II de Transmilenio con la fase III necesitaba de la colaboración de **ANGELCOM** en la entrega de información que solo estaba en sus manos. Sin embargo, no se pudo contar con esa colaboración.
- **ANGELCOM** imposibilitó el proceso de integración, tal y como lo reconoció en varias oportunidades Transmilenio, actuando de mala fe, a través de dilaciones y engaños que constituyeron incluso incumplimientos de medidas cautelares impuestas por autoridades jurisdiccionales.
- La conducta de **ANGELCOM** estaba encaminada a hacer incumplir el contrato por parte de **RECAUDO BOGOTÁ** y con ello expulsarlo del mercado, por lo que no es cierto que no existiera, como lo indica la Delegatura, un incentivo económico de **ANGELCOM** para impedir la integración.
- El hecho de que la conducta de **ANGELCOM** y **SAR** ya haya sido condenada en materia civil no quiere decir que no pueda ser también condenada administrativamente.

OCTAVO: Que habiéndose surtido adecuadamente todas las etapas señaladas en el procedimiento aplicable para este tipo de investigaciones y conforme lo prevé el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992¹², este Despacho resolverá el presente caso en los siguientes términos:

8.1. Competencia

De acuerdo con las atribuciones conferidas por la ley a esta Superintendencia, en los términos de los numerales 1 y 2 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, modificados por el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, corresponde a esta Entidad "Velar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica."

El numeral 10 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el numeral 6 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011¹³ señala que el Superintendente de Industria y Comercio tiene como función "[v]igilar el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de la competencia en los mercados nacionales, respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica independientemente de su forma o naturaleza jurídica."

Por su parte, la Ley 1340 de 2009 en su artículo 4 estableció que "[l]a Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la presente Ley y las demás disposiciones que las modifiquen o adicionen, constituyen el régimen general de protección de la competencia, aplicables a todos los sectores y todas las actividades económicas."

Asimismo, de conformidad con lo establecido en los numerales 4 y 6 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011¹⁴, la Superintendencia de Industria y Comercio está facultada para imponer las sanciones pertinentes por contravención de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas, ordenar a los

¹² De acuerdo con el artículo 52 del Decreto 2153, modificado por la Ley 1340 de 2009 y por el Decreto 0019 de 2012: "Si la recomendación del informe motivado considera que no se cometió infracción alguna, el Superintendente de Industria y Comercio podrá acoger integralmente los argumentos del informe motivado mediante acto administrativo sumariamente sustentado."

¹³ Mediante el cual se modificaron los Decretos 3523 de 2009 y 1687 de 2010.

¹⁴ *Ibid.*

"Por la cual se archiva una investigación"

infractores la modificación o terminación de las conductas y sancionar la inobservancia de las instrucciones que en desarrollo de sus funciones imparta.

Finalmente, es importante resaltar la facultad del Superintendente de Industria y Comercio de acoger las recomendaciones del Informe Motivado cuando estas estén dirigidas a archivar la investigación, prevista en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992:

"Artículo 52. Procedimiento. Para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere este decreto, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá iniciar actuación de oficio o por su (sic) solicitud de un tercero y en caso de considerarla admisible y prioritaria, adelantar una averiguación preliminar, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación.

Cuando se ordene abrir una investigación, se notificará personalmente al investigado para que en los veinte (20) días hábiles siguientes solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer. Durante la investigación se practicarán las pruebas solicitadas y las que el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia considere procedentes.

Instruida la investigación el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia citará, por una sola vez, a una audiencia dónde los investigados y terceros reconocidos dentro del trámite presentarán de manera verbal los argumentos que pretendan hacer valer respecto de la investigación. La inasistencia a dicha audiencia no será considerada indicio alguno de responsabilidad.

Una vez se ha desarrollado la audiencia verbal, el Superintendente Delegado presentará ante el Superintendente de Industria y Comercio un informe motivado respecto de si ha habido una infracción. De dicho informe se correrá traslado por veinte (20) días hábiles al investigado y a los terceros interesados reconocidos durante el trámite.

Si la recomendación del informe motivado considera que no se cometió infracción alguna, el Superintendente de Industria y Comercio podrá acoger integralmente los argumentos del informe motivado mediante acto administrativo sumariamente sustentado.

Durante el curso de la investigación, el Superintendente de Industria y Comercio podrá ordenar la clausura de la investigación cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga.

En lo no previsto en este artículo se aplicará el Código Contencioso Administrativo."
(Subrayado fuera de texto)

8.2. Análisis del Despacho en relación con las presuntas conductas imputadas

Tal y como se indicó líneas atrás, la imputación realizada a los aquí investigados se centró en la presunta obstrucción realizada contra RECAUDO BOGOTÁ, para impedir o dificultar su participación en el mercado relevante, definido en la Resolución de Apertura con Pliego de Cargos como el "servicio de recaudo por concepto del transporte público de pasajeros del SISTEMA TRANSMILENIO para las FASES I y II en los puntos de compra y recarga de la tarjeta MIFARE ubicados en el Distrito Capital".

Tal imputación fáctica se enmarcó, para el caso de ANGELCOM, en una presunta infracción del numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 que establece que:

"Artículo 50. Abuso de posición dominante. Para el cumplimiento de las funciones a que refiere el artículo 44 del presente decreto, se tendrá en cuenta que, cuando exista posición dominante, constituyen abuso de la misma las siguientes conductas:

(...)

6. Obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización"

Y se indicó, bajo la tesis que ha sostenido en algunas oportunidades esta Entidad, que en consecuencia también se habría infringido el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, en una relación de género y especie. Tal norma establece que:

"Artículo 1. Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de

"Por la cual se archiva una investigación"

prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos."

En relación con **SAR** y **KEB**, su imputación estaba en intrínseca relación con los hechos atribuidos a **ANGELCOM**, al haber contribuido a dificultar la participación de **RECAUDO BOGOTÁ** en el mercado relevante definido por: (i) no haber entregado la información requerida en el caso de **SAR** y (ii) no haber realizado una gestión activa para permitir la entrada de **RECAUDO BOGOTÁ** en el caso de **KEB**, dada su responsabilidad solidaria como miembro de la **UT FASE II**. La imputación se enmarcó en ambos casos en la prohibición general prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

Este Despacho acogerá la recomendación del Informe Motivado, en el sentido de ordenar el archivo de la investigación por considerar que existió un error en la definición del mercado relevante y que, con indiferencia de la definición de mercado que se adopte, **ANGELCOM** no podía determinar ninguna de las condiciones del mercado por estar regulado de manera detallada en los contratos firmados por las concesionarias, por lo que no podía tener posición dominante. Además, el Despacho tendrá en cuenta que, por la estructura del mercado, cada concesionario tenía la explotación exclusiva de las fases adjudicadas sin que existiera la posibilidad de que, como se presentó en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, los concesionarios pudieran obtener o explotar parcial o totalmente el recaudo en las fases adjudicadas a otros concesionarios. En ese sentido, al no existir posibilidad alguna de que **RECAUDO BOGOTÁ** participara en la operación del recaudo de las Fases I y II del Sistema TransMilenio hasta que finalizaran los contratos con **ANGELCOM** y **UT FASE II**, no podría afirmarse que se obstaculizó u obstruyó su ingreso a tal mercado.

No obstante lo anterior, este Despacho no acogerá el análisis sobre la conducta propiamente dicha realizada por la Delegatura, de la que concluyeron algunos investigados que no existía ningún incentivo o interés por parte de **ANGELCOM** para obstruir o dilatar el proceso de integración, por dos razones: en primer lugar, porque resulta irrelevante e impertinente en la medida en la que la conducta se centró en el abuso de posición dominante para obstruir el ingreso de un participante al mercado de recaudo de las Fases I y II del Sistema TransMilenio y ya se probó que (i) **ANGELCOM** no tiene posición dominante y (ii) que nadie diferente a los concesionarios de cada fase podía participar en el recaudo, por lo que la conducta no pudo existir. Y en segundo lugar, toda vez que si bien es cierto que no fue el objeto de la presente investigación, es claro que **ANGELCOM** sí pudo haber tenido algún incentivo para dilatar la integración.

Ahora bien, sobre este punto y antes de entrar con el análisis en detalle de los elementos que aquí se expusieron, se aclara a **RECAUDO BOGOTÁ** que, en este caso en concreto, la imputación realizada a **ANGELCOM** por la prohibición general no fue, como lo pretende el tercero interesado, una conducta independiente. Tal y como ya se dijo, la imputación de la conducta de prohibición general se hizo bajo una de las tesis que ha manejado esta Superintendencia, según la cual, toda violación al régimen de protección de la competencia viola necesariamente la prohibición general, por ser una norma que abarca todas las infracciones expresas dispuestas en la normativa y aquellas que no están formuladas de manera taxativa. En ese sentido, no puede esta Superintendencia entrar a analizar una conducta independiente que nunca se imputó como tal.

Así mismo, no se puede perder de vista que las conductas de **SAR** y **KEB** también estaban ligadas a la supuesta frustración de participación de **RECAUDO BOGOTÁ** en el mercado relevante definido en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, por lo que su conducta –como fue imputada– tampoco existió.

A continuación se analizará el mercado relevante y la posición dominante de **ANGELCOM**.

8.2.1. Definición del mercado relevante y poder de mercado

Si bien en el Informe Motivado se realizó una caracterización general del sistema de transporte público masivo en Bogotá, en la cual se expusieron la concepción, implementación y funcionamiento del Sistema TransMilenio y el Sistema Integrado de Transporte - **SITP**, y se definió el mercado relevante como el servicio de recaudo por concepto de transporte público de pasajeros en el Sistema TransMilenio y el **SITP**, este Despacho analizará la información obrante en el expediente con el fin de determinar si comparte la conclusión a la que llegó la Delegatura o realiza una nueva definición del mercado relevante. Para lo anterior, evaluará la actividad económica de las investigadas, caracterizará el sistema de transporte masivo en Bogotá, describirá el proceso de adjudicación y operación del sistema de recaudo y analizará factores de sustituibilidad de la demanda y delimitación geográfica.

"Por la cual se archiva una investigación"

Previo al ejercicio de definición de mercado relevante, para este Despacho resulta importante indicar que, a continuación cuando se haga referencia al "Sistema TransMilenio y el Sistema Integrado de Transporte – SITP" este se identificará como **SISTEMA DE TRANSPORTE**, mientras que cuando se refiera al "sistema de recaudo por concepto de transporte público de pasajeros en Sistema TransMilenio y el SITP", este se identificará como **SISTEMA DE RECAUDO**.

8.2.1.1. Mercado de producto

8.2.1.1.1. Actividad económica de las investigadas

- **ANGELCOM S.A.S.**

ANGELCOM, identificada con NIT 860.062.719, es una sociedad comercial de derecho privado por acciones simplificada, constituida mediante Escritura Pública No. 2864 del 10 de junio de 1980, otorgada en la Notaría 7 de Bogotá, cuyo objeto social principal, para efectos de la presente actuación administrativa, consiste en:

"A. Todas aquellas actividades propias de la operación y explotación económica del recaudo del sistema TRANSMILENIO de la ciudad de Bogotá (...) La asesoría y/o prestación de servicios en las actividades propias de la operación y explotación de los sistemas automáticos de recaudo y de lectura en todas sus líneas y actividades"¹⁵. (Subrayado fuera de texto)

En desarrollo de su objeto social, **ANGELCOM** participó en la Licitación Pública No. 002-99, en la que resultó adjudicataria del contrato de concesión para el recaudo de los dineros en la Fase I del Sistema TransMilenio, suscrito el 19 de abril de 2000.

En virtud de lo anterior, **ANGELCOM** fue el agente económico concesionario por **TRANSMILENIO** para efectuar el recaudo del servicio de transporte público de pasajeros en la Fase I del Sistema TransMilenio en Bogotá, desde el 18 de diciembre de 2000 hasta el 21 de diciembre de 2015.

- **UNIÓN TEMPORAL FASE II**

La **UT FASE II** fue conformada por **ANGELCOM** (70%) y **KEB TECHNOLOGY COLOMBIA** (30%) con ocasión del proceso de Licitación Pública No. 008 de 2002, de la cual resultó adjudicataria del Contrato de Concesión No. 183 del 4 de junio de 2003 para el recaudo en el Sistema TransMilenio de la Fase II. Según el Contrato de Concesión, la asunción de las obligaciones contractuales se hizo solidariamente por estas dos sociedades¹⁶.

KEB TECHNOLOGY COLOMBIA, identificada con NIT No. 830.133.800, es sucursal de la sociedad coreana **KEB**. Fue constituida mediante Escritura Pública No. 1626 de julio 28 de 2003, otorgada en la Notaría 50 de Bogotá.

KEB TECHNOLOGY COLOMBIA se desempeñó como el proveedor de tecnología de **ANGELCOM**, por lo que se desprende que su actividad económica relevante al caso estuvo orientada a la prestación o provisión de software y hardware para **UT FASE II**.

Según el Certificado de Existencia y Representación Legal de **KEB TECHNOLOGY COLOMBIA**, por documento privado del 5 de agosto de 2003, inscrito el 3 de octubre de 2003, se nombró como su representante legal a **SAR**, identificada con NIT 860.512.079, constituida mediante Escritura Pública No. 91 del 1 de febrero de 1983, cuyo objeto social principal consiste en:

"(...) A. La venta de derechos patrimoniales inherentes a la propiedad intelectual del software por arte (sic) del titular. B. Licenciamiento, autorización para su uso sin transferencia de derechos patrimoniales sobre el desarrollo inteligente o soporte lógico. C. Desarrollo, integración, comercialización, operación de soluciones tecnológicas conformadas por componentes de hardware o software incluido el servicio de adecuación e instalación. D. El diseño, implementación, integración, implantación, suministro, operación, mantenimiento, implementación comercial de plataformas tecnológicas de recaudo con utilización de tarjetas inteligentes sin contacto o con contacto y sus diversos aplicativos. E. El diseño,

¹⁵ REGISTRO ÚNICO EMPRESARIAL Y SOCIAL (en adelante RUES).

¹⁶ Contrato de Concesión No. 183 de 4 de junio de 2003 (Fase II). Folio 156 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente y Documento de Constitución de la UT FASE II, Folios 7505 a 7510 del Cuaderno Público No. 39 del Expediente.

"Por la cual se archiva una investigación"

*implementación, integración, implantación, suministro, operación, mantenimiento; explotación comercial de plataformas tecnológicas de información y servicio a (sic) usuario y de integración y consolidación de información*¹⁷.

De lo anterior se desprende que **SAR** fue el proveedor de la plataforma tecnológica de recaudo para las estaciones asignadas a **UT FASE II**.

Con lo anterior, es claro para este Despacho que **ANGELCOM** y **UT FASE II** fueron los agentes económicos concesionados para efectuar el recaudo del servicio de transporte público de pasajeros en las Fases I y II del Sistema TransMilenio en Bogotá, y que **SAR**, fue el agente proveedor de la plataforma tecnológica de recaudo para **UT FASE II**.

8.2.1.1.2. Sistema de transporte masivo en Bogotá

Teniendo en cuenta las actividades desarrolladas por las investigadas, y con el fin de entender el mercado en el que participaron, a continuación se presenta una breve descripción del sistema de transporte masivo en Bogotá.

Tal y como se señaló en el Informe Motivado, el transporte público masivo de pasajeros corresponde al *"servicio que se presta a través de una combinación organizada de infraestructura y equipos, en un sistema que cubre un alto volumen de pasajeros y da respuesta a un porcentaje significativo de necesidades de movilización"*¹⁸.

En Bogotá, el sistema de transporte masivo responde a la implementación de una política pública establecida por el Gobierno Nacional que buscaba superar los problemas de movilidad, en términos de tiempos, infraestructura y calidad de las vías, comodidad, y eficiencia y equidad de las tarifas¹⁹. Así, la **ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ** determinó la construcción de una infraestructura especial para la operación del sistema de transporte masivo, a partir de corredores troncales especializados dotados de carriles de uso único, estaciones, puentes, ciclorutas y plazoletas de acceso peatonal especial.

Para la construcción y operación del sistema de transporte masivo, la **ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ**, en conjunto con otras entidades de orden distrital, constituyeron **TRANSMILENIO**²⁰. Dicha empresa fue designada como Ente Gestor del sistema de transporte masivo de Bogotá denominado *"Sistema TransMilenio"*. **TRANSMILENIO** es responsable de la coordinación de los diferentes actores, la planeación, gestión y control de la prestación del servicio de manera eficiente y permanente.²¹

Posteriormente, con el fin de alcanzar el cubrimiento efectivo del transporte en la ciudad, se diseñó el **SITP**²², un sistema organizado e integrado de buses de servicio público (Urbano, Especial,

¹⁷ RUES.

¹⁸ Decreto No. 3109 de 1997: **"ARTÍCULO 3:** *Se entiende por transporte masivo de pasajeros el servicio que se presta a través de una combinación organizada de infraestructura y equipos, en un sistema que cubre un alto volumen de pasajeros y da respuesta a un porcentaje significativo de necesidades de movilización"*.

¹⁹ **PMM**. Capítulo 8: *"Transporte Público"*. Versión 8. Ver: <http://www.movilidadbogota.gov.co/web/plan-maestro-movilidad>. Consulta: 10 de abril de 2018.

²⁰ Concejo de Bogotá. Acuerdo No. 04 de 1999. **"ARTÍCULO 1°.- NOMBRE Y NATURALEZA JURÍDICA.** *Autorízase al Alcalde Mayor en representación del Distrito Capital para participar, conjuntamente con otras Entidades del Orden Distrital, en la constitución de la Empresa de Transporte del Tercer Milenio - TRANSMILENIO S.A., bajo la forma jurídica de sociedad por acciones del Orden Distrital, con la participación exclusiva de entidades públicas. TRANSMILENIO S.A. tendrá personería jurídica, autonomía administrativa, financiera, presupuestal y patrimonio propio"*.

²¹ **TRANSMILENIO**. Página web oficial. Ver: http://www.transmilenio.gov.co/Publicaciones/la_entidad/nuestra_entidad/Historia. Consulta: 3 de agosto de 2018.

²² Decreto 309 de 2009. **"ARTÍCULO 8°.- COMPETENCIA DE TRANSMILENIO S.A. COMO ENTE GESTOR DEL SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE PÚBLICO.** *De conformidad con lo establecido en el Acuerdo Distrital 4 de 1999 y los Decretos Distritales 319 y 486 de 2006, la Empresa de Transporte del Tercer Milenio - TransMilenio S.A. como ente gestor del SITP realizará: La planeación, gestión y control contractual del Sistema; el proceso de integración, evaluación y seguimiento de la operación y los procesos de selección necesarios para poner en marcha la migración del actual transporte público colectivo al transporte público masivo"*.

Complementario, Troncal²³ y Alimentador), del cual **TRANSMILENIO** también fue designado como Ente Gestor²⁴.

La implementación del **SISTEMA DE TRANSPORTE** en Bogotá (que incluye el Sistema TransMilenio y el **SITP**) se realizó de forma gradual en tres fases, en cada una de las cuales se construyeron ciertos elementos del mismo. La Fase I entró en operación el 18 de diciembre del 2000 con las troncales **AUTOPISTA NORTE, CALLE 80, AVENIDA CARACAS y CALLE 13**. Por su parte, la Fase II inició operaciones en diciembre de 2003 con las troncales **AVENIDA NORTE – QUITO – SUR (NQS) y AVENIDA SUBA**. Finalmente, la Fase III, que comprende las troncales **CALLE 26, CARRERA 10, CARRERA 7** y los buses zonales del **SITP**, comenzó la operación troncal el 30 de junio de 2012, y la operación zonal el 29 de septiembre de 2012.

El funcionamiento del **SISTEMA DE TRANSPORTE** incluye dos componentes: (i) la operación de la flota de transporte de pasajeros; y (ii) la operación del recaudo por concepto de pasajes. Ambos servicios fueron entregados en concesión por parte de **TRANSMILENIO** de forma independiente. Así, se otorgó la concesión para la operación de la flota necesaria para el transporte de pasajeros a diecisiete (17) operadores, mientras que la operación de recaudo se concedió a tres (3) recaudadores asignados para cada fase del Sistema en la medida en que estas entraban en operación.

Teniendo en cuenta que la conducta presuntamente ejecutada se dio en el marco de la operación del **SISTEMA DE RECAUDO**, a continuación, este Despacho precisará la adjudicación y operación del mismo.

8.2.1.1.2. Adjudicación y operación del SISTEMA DE RECAUDO

Tal y como se señaló en el Informe Motivado y de acuerdo con los contratos de concesión²⁵, la operación del **SISTEMA DE RECAUDO** consiste en la venta de pasajes; la recolección, custodia y transporte de los dineros pagados por los usuarios por dicho concepto, e incluye otros componentes que lo complementan, como el medio de pago y el control de acceso al **SISTEMA DE TRANSPORTE**²⁶.

La operación del **SISTEMA DE RECAUDO** por concepto de pasajes en las estaciones y puntos de pago, carga y recarga del **SISTEMA DE TRANSPORTE** fue adjudicada a los siguientes concesionarios:

- (i) Fase I: otorgada a **ANGELCOM**, a través del Contrato de Concesión sin número del 19 de abril de 2000²⁷.
- (ii) Fase II: otorgada a **UT FASE II** (conformada por **ANGELCOM** y **KEB TECHNOLOGY COLOMBIA**), a través del Contrato de Concesión No. 183 del 4 de junio de 2003²⁸.
- (iii) Fase III: otorgada a **RECAUDO BOGOTÁ**, a través del Contrato de Concesión No. 001 del 1 de agosto de 2011.

Una vez finalizaron los contratos de concesión de las Fases I y II, el servicio en mención quedó a cargo de un solo recaudador, denominado concesionario del **SIRCI**. En virtud de lo anterior, a partir del 21

²³ Troncal hace referencia a los buses de *TransMilenio* que circulan por corredores exclusivos iniciando y terminando su recorrido en los Portales o Estaciones de Cabecera.

²⁴ **SITP**. Página web oficial. Ver. http://www.sitp.gov.co/Publicaciones/el_sistema/informacion_general. Consulta: 27 de julio de 2018.

²⁵ **Contrato de Concesión sin número del 19 de abril de 2000 (Fase I)**. Folios 93 (reverso) a 110 (reverso). Capítulo 10 – Implantación del Proyecto; **Contrato de Concesión No. 183 de 4 de junio de 2003 (Fase II)**. Folio 160 (reverso) del Cuaderno Público No. 2 del Expediente. Definición No. 73; y **Contrato de Concesión No. 001 del 1 de agosto de 2011 (SIRCI - Fase III)**. Folio 314 (reverso) del Cuaderno Público No. 3 del Expediente. Definición No. 1.71.

²⁶ El mecanismo de acceso al sistema está compuesto por: (i) **TERMINALES DE CARGA ASISTIDA (TCA o taquillas)** en las cuales se adquiere y recarga la TISC y se verifica el saldo de la misma; y (ii) **BARRERAS DE CONTROL DE ACCESO (BCA o torniquetes)** que permiten el ingreso y validación del medio de pago. Las TCA y las BCA debían ser suministradas por el concesionario designado para cada fase del Sistema en todos sus puntos de parada, de acuerdo con las condiciones estipuladas en los respectivos contratos de concesión.

²⁷ Folios 22 a 154 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

²⁸ Folios 156 a 274 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

"Por la cual se archiva una investigación"

de diciembre de 2015²⁹, **RECAUDO BOGOTÁ** fue el encargado de operar el recaudo de todo el **SISTEMA DE TRANSPORTE**.

TRANSMILENIO determinó que el único medio de pago utilizado en el **SISTEMA DE TRANSPORTE** correspondía a las **TISC**, el cual debía contener las características estipuladas en cada uno de los contratos de concesión de las tres (3) fases señaladas anteriormente.

Como se indicó, el **SISTEMA DE RECAUDO** fue adjudicado a tres (3) concesionarios distintos conforme entraron en operación las fases del **SISTEMA DE TRANSPORTE**, donde cada uno implementó sus propias **TISC**. Así, durante las concesiones de las Fases I y II, entraron en funcionamiento las tarjetas denominadas "*Capital*" y "*Cliente Frecuente*" con tecnología MIFARE desarrollada por **PHILLIPS**, mientras que con la entrada en operación de la Fase III se introdujo la tarjeta "*Tu Llave*", de tecnología INFINEON desarrollada por **INFINEON TECHNOLOGIES AG**.

En un principio, los usuarios no estaban obligados a pagar por la adquisición de las tarjetas. Sin embargo, con la implementación de la tarjeta "*Cliente Frecuente*" y posteriormente con la tarjeta "*Tu Llave*", los concesionarios comenzaron a cobrar un valor por dicho concepto. No obstante lo anterior, es de resaltar que tanto para los casos de las Fases I y II como para la Fase III la venta de las TISC (plástico de las tarjetas) no representó utilidades para los concesionarios de recaudo, pues únicamente se remuneraba el costo de la misma, y en caso de existir un excedente por el cobro de las tarjetas, en el caso de las Fases I y II, el mismo era abonado al Patrimonio Autónomo del Sistema o, en el caso de la Fase III, es trasladado al Fondo de Estabilización Tarifaria del **SITP**³⁰. Las tarjetas "*Capital*" y "*Cliente Frecuente*" dejaron de proveerse gradualmente debido a la terminación de la relación contractual de **ANGELCOM** y **UT FASE II** con **TRANSMILENIO** el 21 de diciembre de 2015. Sin embargo, los usuarios que conservaron las mencionadas tarjetas de tecnología MIFARE pudieron seguir utilizándolas para ingresar al **SISTEMA DE TRANSPORTE**.

De acuerdo con lo determinado en los contratos de concesión correspondientes a las Fases I y II, la carga y recarga de las **TISC** únicamente se podía realizar en el momento de la venta del pasaje³¹.

Considerando la necesidad de una mayor seguridad del sistema y que con la entrada en funcionamiento de la Fase III el **SISTEMA DE TRANSPORTE** tendría nuevas funcionalidades como los transbordos, los viajes a crédito y las tarifas diferenciales, **TRANSMILENIO** exigió nuevos requisitos tecnológicos para el **SISTEMA DE RECAUDO**. Adicionalmente, se exigió la puesta en marcha de puntos de venta internos en estaciones y portales para la dispensación, carga y recarga de las **TISC**, y de puntos externos solamente para carga y recarga³², con los cuales el concesionario generaría una red de comercialización.

En virtud de lo anterior, se tiene que entre el 30 de junio 2012 y el 21 de diciembre de 2015 el **SISTEMA DE RECAUDO** fue operado simultáneamente por tres (3) concesionarios designados para cada fase del **SISTEMA DE TRANSPORTE** conforme cada una entraba en operación; razón por la que se utilizaron las tarjetas MIFARE e INFINEON. Puesto que dichas tarjetas funcionaban con tecnologías diferentes, existía la obligación de integración del medio de pago, que implicaba que las distintas tarjetas pudieran ser utilizadas en cualquier fase o modalidad del **SISTEMA DE TRANSPORTE**, con el fin de que la operación del **SIRCI** fuera adecuada.

²⁹ Folios 307 a 390 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

³⁰ Contrato de Concesión sin número del 19 de abril de 2000 (Fase I), folio 72 (reverso) del Cuaderno Público No. 1 del Expediente. Cláusula 91. "*Venta de los medios de Pago*"; Contrato de Concesión No. 183 de 4 de junio de 2003 (Fase II), folio 225 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente. Cláusula No. 144. "*Otras disposiciones relativas a las TISC*"; Contrato de Concesión No. 001 del 1 de agosto de 2011 (SIRCI - Fase III), folios 354 y 355 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente. Cláusula 59.2. "*Remuneración variable del concesionario del SIRCI por carga del Sistema*".

³¹ Contrato de Concesión sin número del 19 de abril de 2000 (Fase I). Folio 70 (reverso) del Cuaderno Público No. 1 del Expediente. Cláusula 84 "*Procura de los medios de pago*"; Contrato de Concesión No. 183 de 4 de junio de 2003 (Fase II). Folio 225 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente. Cláusula No. 144. "*Otras disposiciones relativas a las TISC*".

³² Contrato de Concesión No. 001 del 1 de agosto de 2011 (SIRCI - Fase III). Folio 314 (reverso) del Cuaderno Público No. 3 del Expediente. Definición No. 1.68 "*Punto de Venta*" y definición No. 1.69 "*Puntos Externos de Venta y Carga*".

8.2.1.1.3. Análisis de sustituibilidad de la demanda

El análisis de sustituibilidad de la demanda resulta indispensable para concluir respecto de la definición del mercado relevante, toda vez que, en el presente caso, permite identificar aquellos servicios que generan una presión competitiva a los concesionarios que operan el **SISTEMA DE RECAUDO**.

En este sentido, teniendo en cuenta que el servicio involucrado corresponde a la operación del **SISTEMA DE RECAUDO** en las condiciones estipuladas por **TRANSMILENIO** en los contratos de concesión respectivos, este Despacho, a diferencia del ejercicio adelantado por la Delegatura, considera que el análisis a realizar se debe encaminar a encontrar aquellos servicios sustitutos del **SISTEMA DE RECAUDO** prestado por **ANGELCOM, UT FASE II y RECAUDO BOGOTÁ**.

Así, independientemente de que durante el periodo investigado hayan funcionado tarjetas de diferentes tecnologías, de acuerdo con lo indicado anteriormente respecto de las condiciones de operación del servicio de recaudo como el medio de pago y el control de acceso al **SISTEMA DE TRANSPORTE**, este Despacho no encuentra que existan otros servicios que permitan sustituir el servicio prestado por **ANGELCOM, UT FASE II y RECAUDO BOGOTÁ**. Lo anterior, toda vez que los usuarios no podían acceder al **SISTEMA DE TRANSPORTE** haciendo uso de medios de pago como efectivo, tarjetas de crédito u otros dispositivos diferentes a las **TICS** implementadas por los concesionarios.

Ahora bien, este Despacho no desconoce la existencia de tarjetas débito de algunas entidades bancarias del país, durante el periodo investigado, que tenían la funcionalidad de dar acceso al **SISTEMA DE TRANSPORTE**. Sin embargo, las mismas no correspondieron a un sustituto de las **TICS** implementadas por los concesionarios pues, por un lado, la función principal de las tarjetas débito es efectuar operaciones bancarias y no dar acceso al **SISTEMA DE TRANSPORTE**, beneficio que es complementario a muchos otros incluidos cuando un usuario del sistema financiero adquiere las tarjetas débito, y por otro lado, la penetración de tarjetas débito con la funcionalidad descrita estuvo lejos de ser representativa. Así, los usuarios que ingresaron al **SISTEMA DE TRANSPORTE** haciendo uso de tarjetas débito fueron marginales y en ningún caso adquirieron las tarjetas con el objetivo principal de realizar dicha actividad. Finalmente, las tarjetas débito no podían ser obtenidas por los usuarios del **SISTEMA DE TRANSPORTE** en las taquillas en donde se adquirían las **TISC** de los concesionarios.

8.2.1.1.4. Conclusión mercado de producto

De acuerdo con lo señalado anteriormente, este Despacho considera que, para el presente caso, el mercado de producto en el que se realizó la conducta investigada corresponde a la prestación del servicio de recaudo del SISTEMA DE TRANSPORTE durante el periodo comprendido entre 2012 y 2015.

8.2.1.2. Mercado geográfico

Como se mencionó anteriormente, el **SISTEMA DE RECAUDO** fue adjudicado a tres (3) concesionarios distintos conforme entraron en operación las fases del **SISTEMA DE TRANSPORTE**. En consecuencia, las zonas donde cada concesionario llevaría a cabo su actividad estaban definidas previamente en los contratos de concesión respectivos³³, lo que implicaba desde un principio una restricción contractual que impedía que **ANGELCOM, UT FASE II y RECAUDO BOGOTÁ** prestaran el servicio en una fase distinta a la asignada.

No obstante lo anterior, teniendo en cuenta que el Sistema se diseñó para funcionar como un todo, este Despacho considera que el hecho de que cada concesionario tuviera adjudicadas zonas específicas para operar, no implica que las mismas delimitaran tres (3) mercados geográficos distintos, pues el servicio de recaudo es prestado en todo el **SISTEMA DE TRANSPORTE**, independientemente de quien sea el concesionario.

En este sentido, el mercado geográfico corresponde a todas las estaciones, portales y puntos de venta externos que hacen parte del **SISTEMA DE TRANSPORTE**.

³³ Fase I: Troncales CALLE 80, AVENIDA CARACAS y AUTOPISTA NORTE; Fase II: Troncales AVENIDA AMÉRICAS, AVENIDA SUBA y AVENIDA NQS; Fase III: Troncales CALLE 26, CARRERA 10 y 7, y buses zonales - SITP.

"Por la cual se archiva una investigación"

8.2.1.3. Conclusión mercado relevante

Este Despacho concluye que el mercado relevante, en el que se realizó la presunta conducta investigada, corresponde a la prestación del servicio de recaudo del SISTEMA DE TRANSPORTE en las estaciones, portales y puntos de venta externos que hicieron parte del **SISTEMA DE TRANSPORTE** durante el periodo comprendido entre 2012 y 2015.

8.2.2. Sobre la posición de dominio de ANGELCOM

Tal y como se ha indicado en esta Resolución, la conducta imputada a **ANGELCOM** fue el abuso de posición dominante a través del cual se habría obstruido la entrada de **RECAUDO BOGOTÁ** al mercado definido en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos. Dicha conducta, tiene como primer presupuesto la existencia de posición dominante por parte del agente de mercado.

De acuerdo con el numeral 5 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, posición dominante de una empresa se refiere a la "posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado".

Si bien para concluir sobre la existencia de posición de dominio de un agente resulta útil y necesario determinar distintos factores como los participantes en el mercado relevante definido y sus respectivas cuotas de participación; las barreras de entrada y/o expansión; la competencia potencial; entre otros, este Despacho, teniendo en cuenta las condiciones de adjudicación y operación del servicio de recaudo del **SISTEMA DE TRANSPORTE**, considera que en el presente caso no es necesario realizar dichos análisis, pues, independientemente de los resultados encontrados, por el funcionamiento de los procesos de adjudicación y de las condiciones de operación del servicio de recaudo, ni **ANGELCOM**, ni ninguno de los otros dos (2) concesionarios tenían la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones del mercado.

En este sentido, este Despacho encontró que, en virtud de los pliegos de condiciones de los procesos de selección adelantados por **TRANSMILENIO** para la adjudicación de la operación de recaudo en las Fases I, II y III del **SISTEMA DE TRANSPORTE**, y de los contratos de concesión suscritos para la prestación del servicio de recaudo con **ANGELCOM**, **UT FASE II** y **RECAUDO BOGOTÁ**, se configuraron unas barreras de entrada legales al mercado que impidieron que cualquier otro agente ingresara al mismo a prestar el mencionado servicio, o que uno de los ya adjudicatarios prestara el servicio en una zona diferente a la que se le había asignado.

De otra parte, resulta importante destacar que el hecho de que la tarifa cobrada al usuario para ingresar al **SISTEMA DE TRANSPORTE** sea regulada y establecida por el **ALCALDE MAYOR DE BOGOTÁ**³⁴, según unas variables y condiciones señaladas en los Contratos de Concesión³⁵, y que además, la misma pudiera ser ajustada únicamente de forma consensuada entre los operadores del **SISTEMA DE RECAUDO** y **TRANSMILENIO**, llevándola a consideración del Comité Técnico de Operadores³⁶, en el que las decisiones se debían tomar con una mayoría igual o superior al 70% de los votos presentes en la reunión del Comité, limitó la posibilidad de que **ANGELCOM**, de forma unilateral, manipulara dicha variable.

En cuanto a la capacidad de manipular las cantidades demandadas del servicio de transporte público masivo en Bogotá, la misma se encontraba limitada, pues dicha demanda depende de las necesidades de los usuarios y se hace en función de la infraestructura del **SISTEMA DE TRANSPORTE**, y no

³⁴ Cfr. Numeral c, artículo 1 del Decreto 80 de 1987. **Contrato de Concesión sin número del 19 de abril de 2000 (Fase I)**. Folio 117 (reverso) del Cuaderno Público No. 1 del Expediente. Título 3. Capítulo 11. Cláusula 203 "COMPETENCIA PARA LA DETERMINACIÓN DE LA TARIFA AL USUARIO"; **Contrato de Concesión No. 183 de 4 de junio de 2003 (Fase II)**. Folio 177 (reverso) del Cuaderno Público No. 2 del Expediente. Parte II. Título 2. Cláusula 29 "COMPETENCIA PARA LA DETERMINACIÓN DE LA TARIFA AL USUARIO".

³⁵ **Contrato de Concesión sin número del 19 de abril de 2000 (Fase I)**. Folios 121 y 122 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente. Título 3. Capítulo 12. Cláusula 209. "VALOR DE LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN DEL CONCESIONARIO"; **Contrato de Concesión No. 183 de 4 de junio de 2003 (Fase II)**. Folio 185 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente. Parte II. Título 2. Cláusula 35 "VALOR DE LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN DEL CONCESIONARIO".

³⁶ **Contrato de Concesión sin número del 19 de abril de 2000 (Fase I)**. Folios 121 a 122 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente. Título 3. Capítulo 12. Cláusula 200. Modificada por el numeral 8.24. del Añeño N 1: "ALTERNATIVAS COMERCIALES A LA TARIFA AL USUARIO"; **Contrato de Concesión No. 183 de 4 de junio de 2003 (Fase II)**. Folio 185 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente. Parte II. Título 2. Cláusula 30: "ALTERNATIVAS COMERCIALES A LA TARIFA AL USUARIO".

"Por la cual se archiva una investigación"

obedece a acciones particulares de **ANGELCOM**, o cualquier otro operador del **SISTEMA DE RECAUDO**.

Por último, se recuerda que, en virtud de las condiciones establecidas por **TRANSMILENIO** respecto de la remuneración que recibirían los operadores del **SISTEMA DE RECAUDO** señaladas anteriormente, **ANGELCOM** no contaba con la posibilidad de incidir en la misma, pues se encontraba pre-establecida en el contrato de concesión y, además, existían limitaciones tales como un factor de descuento —que se activaba cuando se superaba una cantidad de demanda particular— y un límite que señalaba que los concesionarios podían recibir hasta el 11% de la tarifa técnica que era cobrada al usuario.

Por todo lo anterior, para el Despacho es evidente que la conducta desplegada por **ANGELCOM** no tenía la potencialidad de afectar las variables de competencia del mercado de prestación del servicio de recaudo del **SISTEMA DE TRANSPORTE** en las estaciones, portales y puntos de venta externos que hicieron parte del mismo durante el periodo comprendido entre 2012 y 2015, toda vez que dichas variables se encontraban estrictamente reguladas en el marco de la concesión otorgada y, en cualquier caso, podían únicamente verse afectadas por condiciones ajenas a las decisiones unilaterales de **ANGELCOM**.

8.2.3. Conclusiones

De todo lo antes expuesto se hace evidente que debe archivarse la actuación administrativa a favor de todos los investigados pues los supuestos de hecho en los que se fundó la imputación de los cargos están desvirtuados. En efecto: (i) el mercado relevante está incorrectamente definido en la medida en la que no es posible dividir como mercados independientes las fases del SISTEMA DE RECAUDO, a pesar de que estén adjudicadas a concesionarios distintos; (ii) ANGELCOM no tiene posición dominante en el mercado definido en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, ni tampoco en el mercado que aquí se definió, ya que todas las variables de competencia, como lo son las tarifas, la calidad del servicio, las características del mismo, etc., están determinadas de manera exógena, con lo que ANGELCOM ni ninguno de los otros concesionarios podrían determinar ni directa ni indirectamente las condiciones del mercado; (iii) durante el periodo en el que convivieron las concesiones de ANGELCOM y UT FASE II con RECAUDO BOGOTÁ, ninguno de los concesionarios tenía la posibilidad siquiera potencial de explotar total o parcialmente el servicio de recaudo en fases distintas a la entregada de manera exclusiva por el contrato de concesión, por lo que no podía materializarse la conducta imputada y (iv) la remuneración de los concesionarios dependía de las recargas que se realizaran exclusivamente en la fase adjudicada y no podía ser afectada con estrategias de influenciación a los usuarios para la elección de la tarjeta o el número de usos que de estas se hiciera.

Por lo expuesto, ni ANGELCOM podría haber abusado de su posición dominante, porque no la tenía, ni era posible que RECAUDO BOGOTÁ ingresara al mercado relevante definido en la imputación. En consecuencia, y teniendo en cuenta que dichos supuestos sustentaron también la acusación contra SAR y KEB, la actuación debe archivarse a favor de los investigados.

Lo anterior sin perjuicio de que se haya o no dilatado la integración, circunstancias que aquí no se van a analizar por resultar irrelevantes para efectos de la imputación analizada.

Ahora bien, es claro que, en relación con las personas naturales investigadas, dado que su responsabilidad depende de las conductas de los agentes del mercado, también se archivará la investigación en su favor.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: ARCHIVAR la presente actuación administrativa en favor de todas las personas jurídicas y naturales investigadas por las razones expuestas en la parte considerativa de esta Resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a todos los investigados y al tercero interesado, entregándoles una copia e informándoles que en su contra

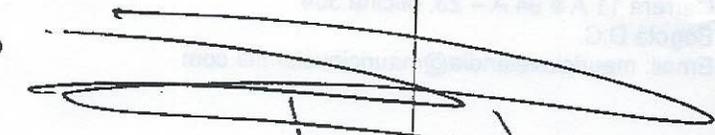
"Por la cual se archiva una investigación"

procede el recurso de reposición ante el Superintendente de Industria y Comercio, que se podrá interponer dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **18 SEP 2018**

El Superintendente de Industria y Comercio


PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO

NOTIFICAR:

ANGELCOM S.A.S.

NIT. 860062719 - 2

JORGE ENRIQUE CORTÁZAR GARCÍA

C.C. 17.163.935

FRANCISCO DE PAULA SÁENZ FLÓREZ

C.C. 17.163.927

Apoderado

GUILLERMO SOSSA GONZÁLEZ

C.C. 80.420.247

T.P. 86.452 del C. S. de la J.

Carrera 8 #69 - 48

Bogotá D.C.

Email: info@lizarazuasociados.com

KEB TECHNOLOGY CO. LTD.

SAR SISTEMAS, ASESORÍAS Y REDES S.A.S.

NIT. 860512079 - 9

JAIRO ANTONIO VELÁZQUEZ MEJÍA

C.C. 19.104.629

JORGE IGNACIO LÓPEZ CARDOZO

C.C. 19.251.336

JORGE EDUARDO CABRERA VARGAS

C.C. 19.251.138

CARLOS JOSÉ ÁNGEL ORTEGA

Pasaporte de Estados Unidos No. 548.454.400

Apoderado

JAIRO RUBIO ESCOBAR

C.C. 79.108.890 de Bogotá

T.P. 35.306 del C. S. de la J.

Calle 94 #13 - 34, Oficina 102

Bogotá D.C.

Email: jrubio@rubioescobar.com

JAIR HUMBERTO ORTIZ VALLEJO

C.C. 10.132.675

MARTHA CECILIA BAHAMÓN DE RESTREPO

C.C. 34.041.416

RICARDO ÁNGEL OSPINA

C.C. 17.141.938

Apoderado

Doctor:

CAMILO GÓMEZ RIVEROS

C.C. 80.422.310

T.P. 80.944 del C. S. de la J.

Calle 120 A # 7 -40

Bogotá D.C.

Email: cgomez@camilogomez.com.co

"Por la cual se archiva una investigación"

RECAUDO BOGOTÁ S.A.S.

NIT. 900453688 - 5

Apoderado

Doctor:

MAURICIO VELANDIA CASTRO

C.C. 79.506.193 de Bogotá

T.P. 84.143 del C. S. de la J.

Carrera 11 A # 94 A - 23, oficina 304

Bogotá D.C.

Email: mauriciovelandia@mauriciovelandia.com

ANEXO # 2

Documento: [Resolución SIC No. 9447 de 2019](#)



MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN № - 9 4 4 7 DE 2019

(23 ABR 2019)

Radicación No. 13-54936

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus facultades legales, en especial de las previstas en la Ley 1340 de 2009, el Decreto 4886 de 2011¹, en concordancia con el Decreto 2153 de 1992², y,

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 23256 del 5 de mayo de 2015³, modificada por la Resolución No. 65435 del 22 de septiembre de 2015⁴, la Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante la "Delegatura") ordenó abrir una investigación y formular pliego de cargos contra **ANGELCOM S.A.S.**⁵ (en adelante "**ANGELCOM**"), con el fin de determinar si infringió el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 (abuso de posición dominante para obstruir o impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización) y el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general). Asimismo, se formularon cargos contra **SISTEMAS ASESORÍAS Y REDES S.A.S.** (en adelante "**SAR**") y **KEB TECHNOLOGY CO LTD.** (en adelante "**KEB**"), para determinar si infringieron la conducta prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general).

Por otra parte, se ordenó abrir investigación contra **JORGE EDUARDO CABRERA VARGAS, RICARDO ÁNGEL OSPINA, JORGE ENRIQUE CORTÁZAR GARCÍA, FRANCISCO DE PAULA SÁENZ FLÓREZ, JAIRO ANTONIO VELÁSQUEZ MEJÍA, MARTHA CECILIA BAHAMÓN DE RESTREPO, CARLOS JOSÉ ÁNGEL ORTEGA, JORGE IGNACIO LÓPEZ CARDOZO y JAIR HUMBERTO ORTIZ VALLEJO**, con el propósito de determinar si habrían incurrido en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por presuntamente haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado la conducta imputada en la presente investigación.

SEGUNDO: Que mediante Resolución No. 60486 del 15 de septiembre de 2016⁶, la Delegatura reconoció como tercero interesado a **RECAUDO BOGOTÁ S.A.S.** (en adelante "**RECAUDO BOGOTÁ**"), al encontrar probado su interés directo e individual en la actuación administrativa.

¹ Mediante el cual se modificó el Decreto 3523 de 2009, a su vez modificado por el Decreto 1687 de 2010.

² Modificado por el Decreto 19 de 2012.

³ Folios 1372 a 1406 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente. Entiéndase que en el presente acto administrativo cuando se hace referencia al Expediente, el mismo corresponde con el radicado No. 13-54936.

⁴ La Resolución No. 23253 del 5 de mayo de 2015, fue modificada mediante la Resolución No. 65435 del 22 de septiembre de 2015, en el sentido de vincular como investigada a **KEB TECHNOLOGY CO LTD** y excluir de la presente investigación a la sucursal **KEB TECHNOLOGY COLOMBIA**.

⁵ **ANGELCOM S.A** se transformó en una sociedad simplificada por acciones y cambió su NIT a través de Acta No. 93 de 31 de marzo de 2016, debidamente inscrita el 21 de junio de 2016, ante la Cámara de Comercio. Por lo tanto, para todos los efectos del presente trámite la investigada se identificará como **ANGELCOM S.A.S.**

⁶ Folios 6694 a 6698 de Cuaderno Público No. 36 del Expediente.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

TERCERO: Que mediante la Resolución No. 69267 del 18 de septiembre de 2018 (en adelante "Resolución de Archivo"), la Superintendencia de Industria y Comercio decidió archivar la investigación en favor de todas las personas jurídicas y naturales investigadas.

En la Resolución de Archivo, la Superintendencia de Industria y Comercio concluyó lo siguiente respecto de las conductas investigadas:

*"De todo lo antes expuesto se hace evidente que debe archiversse la actuación administrativa a favor de todos los investigados pues los supuestos de hecho en los que se fundó la imputación de los cargos están desvirtuados. En efecto: (i) el mercado relevante está incorrectamente definido en la medida en la que no es posible dividir como mercados independientes las fases del **SISTEMA DE RECAUDO**, a pesar de que estén adjudicadas a concesionarios distintos; (ii) **ANGELCOM** no tiene posición dominante en el mercado definido en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, ni tampoco en el mercado que aquí se definió, ya que todas las variables de competencia, como lo son las tarifas, la calidad del servicio, las características del mismo, etc., están determinadas de manera exógena, con lo que **ANGELCOM** ni ninguno de los otros concesionarios podrían determinar ni directa ni indirectamente las condiciones del mercado; (iii) durante el periodo en el que convivieron las concesiones de **ANGELCOM** y **UT FASE II** con **RECAUDO BOGOTÁ**, ninguno de los concesionarios tenía la posibilidad siquiera potencial de explotar total o parcialmente el servicio de recaudo en fases distintas a la entregada de manera exclusiva por el contrato de concesión, por lo que no podría "obstruirse" la entrada de un agente a un mercado o canal de comercialización y (iv) la remuneración de los concesionarios dependía de las recargas que se realizaran exclusivamente en la fase adjudicada y no podía ser afectada con estrategias de influenciación a los usuarios para la elección de la tarjeta o el número de usos que de estas se hiciera.*

*Por lo expuesto, ni **ANGELCOM** podría haber abusado de su posición dominante, porque no la tenía, ni era posible la obstrucción realizada a **RECAUDO BOGOTÁ**, que fundó también la imputación contra **SAR** y **KEB**, en la medida en la que no existía posibilidad real ni potencial para **RECAUDO BOGOTÁ** de "competir" en las Fases I y II, por las condiciones específicas de los contratos. En consecuencia, la actuación debe archiversse a favor de los investigados.*

Lo anterior sin perjuicio de que se haya o no dilatado la integración, circunstancias que aquí no se van a analizar por resultar irrelevantes para efectos de la imputación analizada.

Ahora bien, es claro que, en relación con las personas naturales investigadas, dado que su responsabilidad depende de las conductas de los agentes del mercado, también se archiversse la investigación en su favor⁷.

CUARTO: Que una vez notificada la Resolución de Archivo, y dentro del término legal, **RECAUDO BOGOTÁ** interpuso recurso de reposición en su contra.

A continuación, se exponen los argumentos planteados:

- En la Resolución de Archivo, la Superintendencia de Industria y Comercio omitió su deber de estudiar y decidir lo que ella misma estableció en la parte resolutoria del acto administrativo de apertura. Esto es, analizar el comportamiento de las investigadas bajo el ropaje exclusivo del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, independientemente de si alguno de los agentes investigados ostenta o no posición de dominio.
- El acto de archivo se limitó exclusivamente a estudiar la posición de dominio a la luz del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 (abuso de posición dominante por obstruir o impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización), sin incluir por parte de la administración el estudio bajo la óptica del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general).
- El comportamiento de **SAR** y **ANGELCOM** encuadra en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959. En particular en lo que respecta a la prohibición de la norma relativa a adelantar "[t]oda clase de prácticas y procedimientos tendientes a limitar la libre competencia". Conforme a esta norma, el comportamiento antes descrito no requiere de un resultado específico, sino que es suficiente con

⁷ Folios 8342 a 8359 del Cuaderno Público No. 43 del Expediente.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

que la conducta desplegada por el agente sea "*tendiente a limitar la libre competencia*". La conducta desplegada por **SAR** y **ANGELCOM** fue idónea para limitar la libre competencia.

- **SAR** adelantó una conducta tendiente a limitar la libre competencia y su comportamiento encuadra en el propósito de la Superintendencia de Industria y Comercio de proteger la libre participación de las empresas en el mercado.
- La conducta de **SAR** y **ANGELCOM** se encaminó objetiva e idóneamente a impedir la participación de **RECAUDO BOGOTÁ** entre los años 2012 y 2015 en el marco del recaudo de las Fases I, II y III de Transmilenio. Lo anterior, toda vez que si **RECAUDO BOGOTÁ** incumplía su obligación de integración de la Fase III con las Fases I y II, se vería abocada a una caducidad administrativa y con ello la terminación del contrato, y de esta forma perdería su derecho adquirido a participar en un mercado ganado legítimamente mediante licitación pública.
- **ANGELCOM**, no obstante haber perdido la licitación, continuó compitiendo de manera velada y desleal generando un *boicot* que conllevaría a que **RECAUDO BOGOTÁ** se viera privado a participar y explotar el mercado de recaudo y recarga de las tarjetas que le permiten a un usuario acceder al sistema de transporte Transmilenio en sus Fases I, II y III.
- El tipo que se está alegando se rige por las palabras "*tendiente a*", lo cual no significa que se requiera que efectivamente el comportamiento hubiese logrado su cometido. En este sentido, se castiga que el comportamiento sea idóneo para el resultado.
- No cabe duda de que el comportamiento de **SAR** al no entregar los precios de las licencias e incumplir la medida cautelar decretada, generaría consecencialmente el incumplimiento contractual por parte de **RECAUDO BOGOTÁ** con Transmilenio y a que **RECAUDO BOGOTÁ** no pudiese participar libremente en el dentro del mercado.
- **SAR** y **ANGELCOM**, como un solo agente, seguían compitiendo veladamente con **RECAUDO BOGOTÁ** para seguir siendo los recaudadores de las Fases I y II, y ampliar su actividad a la Fase III. Esto teniendo como incentivo económico el quedarse con un mercado que ya tenían bajo el anterior contrato y/o obligar a la apertura de una nueva licitación en la cual **SAR** y **ANGELCOM** sin duda participarían de nuevo, pero en la cual **RECAUDO BOGOTÁ** no podría participar dado que la caducidad del contrato se lo impediría.
- Las conductas de **SAR** encuadran en el mercado relevante definido por el Superintendente de Industria y Comercio en la Resolución de Archivo. Esto porque mediante sus conductas impidió la integración y el cumplimiento de las obligaciones contractuales de **RECAUDO BOGOTÁ** con Transmilenio, conllevando a que la conducta de **SAR** fuera "*tendiente a limitar la competencia*", toda vez que esto tendría como efecto doble (i) expulsar **RECAUDO BOGOTÁ** como recaudador de la Fase III e (ii) impedía la entrada como recaudador de las Fases I y III, todo esto durante el periodo comprendido entre los años 2012 y 2015.

QUINTO: Que de conformidad con el artículo 42 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA), este Despacho procederá a resolver el recurso de reposición interpuesto, dando respuesta a los argumentos presentados por **RECAUDO BOGOTÁ**, con el cual busca que se adicione a la Resolución de Archivo para que, con fundamento en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general), se declare responsable a **SAR**, y en consecuencia, a todos los demás investigados en desarrollo de la presente actuación administrativa. Lo anterior, bajo el argumento de una supuesta "*ausencia de estudio y decisión de las conductas de SAR y ANGELCOM en relación con el artículo 1 de la Ley 155 de 1959*".

A continuación entonces procederá el Despacho a pronunciarse sobre tales argumentos. En primer lugar, se hará referencia a los argumentos planteados por el recurrente respecto de la supuesta ausencia de estudio de la conducta de **ANGELCOM** en el marco de la prohibición general contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, para luego proceder a exponer el análisis del Despacho frente a la conducta y responsabilidad de **SAR**.

De otro lado, y antes de dar paso al análisis de los argumentos del recurso interpuesto, el Despacho considera pertinente reiterar en este punto que los antecedentes relacionados con los procesos jurisdiccionales de competencia desleal alegados por **RECAUDO BOGOTÁ** durante la actuación administrativa se desarrollaron bajo un marco sustancial, procedimental y probatorio completamente

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

distinto, y en algunos casos incluso entre partes distintas, por lo que no es posible extrapolar sus conclusiones.

5.1. Consideraciones del Despacho frente al análisis de las conductas de ANGELCOM bajo el artículo 1 de la Ley 155 de 1959

Para RECAUDO BOGOTÁ no existió en la Resolución de Archivo un análisis de la conducta de ANGELCOM a la luz del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general), de manera independiente a la imputación realizada por posible abuso de su posición de dominio.

Este argumento debe ser desestimado por el Despacho en la medida en que, contrario a lo expuesto por el recurrente, en la Resolución de Archivo sí se hizo un estudio adecuado y sí se tomó una decisión respecto a la conducta de ANGELCOM a la luz de tal prohibición, aunque teniendo presente que la misma no puede ser analizada en este caso de manera independiente, tal y como erróneamente lo solicita el recurrente.

En efecto, en cuanto al estudio realizado, en la hoja No. 9 de la Resolución de Archivo el Despacho hizo el respectivo análisis en los siguientes términos:

"se aclara a RECAUDO BOGOTÁ que, en este caso concreto, la imputación realizada a ANGELCOM por la prohibición general no fue, como lo pretende el tercero interesado, una conducta independiente. Tal y como ya se dijo, la imputación de la conducta de prohibición general se hizo bajo una de las tesis que ha manejado esta Superintendencia, según la cual, toda violación al régimen de protección de la competencia viola necesariamente la prohibición general, por ser una norma que abarca todas las infracciones expresas dispuestas en la normativa y aquellas que no están formuladas de manera taxativa. En este sentido, no puede esta Superintendencia entrar a analizar una conducta independiente que nunca se imputó como tal"⁸.

Como puede observarse, es evidente que en la Resolución de Archivo el Despacho si se realizó un estudio respecto a la imputación por la prohibición general a ANGELCOM bajo el entendido de su concordancia con la infracción a las demás normas imputadas, tal y como se realizó en la Resolución de Apertura de Investigación. De tal suerte, no resulta procedente un análisis independiente de los hechos a luz del numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992. En consecuencia, como se señaló en la Resolución de Archivo y en estricto seguimiento del principio de congruencia, se insiste en que "no puede esta Superintendencia entrar a analizar una conducta independiente que nunca se imputó como tal".

Al respecto, debe ponerse de presente que la imputación de la prohibición general en concordancia con otras normas del régimen de protección de la libre competencia económica ha sido utilizada por esta Superintendencia en diversas oportunidades, por ejemplo, en la Resolución 2076 de 2019, se señaló lo siguiente:

"El artículo 1 de la Ley 155 de 1959 establece que:

'Artículo 1. Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y en general, toda clase de prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos'.

La anterior disposición ha sido interpretada por la Superintendencia de Industria y Comercio como una prohibición general en materia de prácticas restrictivas de la competencia, en el sentido que prohíbe cualquier práctica que conlleve a restringir o limitar la competencia en un mercado⁹. De esta manera, el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 no tiene un carácter residual, ni excluye las conductas del Decreto 2153 de 1992, sino por el contrario, las incorpora.

En este orden de ideas, la prohibición general del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 comprende tanto las conductas o prácticas establecidas en el Decreto 2153 de 1992

⁸ Folio 8350 del Cuaderno Público No. 43 del Expediente.

⁹ Ver, entre otras, Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones No. 6839 de 2010 y 65477 de 2010.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

(que el Decreto asume como tendientes a limitar la libre competencia), como aquellas conductas que, no obstante no están descritas en el Decreto 2153 de 1992, tienden a limitar la libre competencia. Así, cuando se establece que una conducta tiende a limitar la libre competencia, por lo menos se estaría violando la prohibición general, lo que no impide que la conducta también se encuadre dentro de los actos, abusos o acuerdos prohibidos por el Decreto 2153 de 1992.

En resumen, cuando una conducta se encuadra dentro de las prácticas restrictivas de la competencia previstas en los artículos 47, 48 y 50 del Decreto 2153 de 1992, también se encuadraría en lo dispuesto por la prohibición general, teniendo en cuenta que esta abarca todas los procedimientos, prácticas o sistemas que limiten la competencia, sin excluir los expresamente descritos por la Ley. Sin embargo, lo anterior no significa que una violación a la prohibición general también implique automáticamente la violación de una de las prácticas consideradas como anticompetitivas por el Decreto 2153 de 1992, toda vez que una práctica puede tender a limitar la libre competencia pero estar enlistada en las conductas anticompetitivas del Decreto 2153 de 1992"¹⁰. (Resaltado y subrayado fuera del texto original).

Así las cosas, el Despacho advierte que el mismo análisis debe ser aplicado al presente caso, en el sentido que de la lectura del cargo formulado en la Resolución de Apertura de Investigación se desprende necesariamente dicho análisis.

En efecto, y como se observa a continuación, la Delegatura no deja espacio a duda alguna en la Resolución de Apertura de Investigación respecto a la calidad de la imputación por la prohibición general del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, en el sentido de su expresa concordancia con la imputación del numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992:

"Así las cosas, habiendo argumentado suficientemente la presunta conducta anticompetitiva prohibida en el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, en virtud de la cual se habría obstruido la participación de RECAUDO BOGOTÁ en el mercado de servicio de recaudo por concepto del transporte público de pasajeros del SISTEMA TRANSMILENIO para las FASES I y II en los puntos de compra y recarga de la tarjeta MIFARE ubicados en el Distrito Capital, se advierte que dicha conducta también resultaría ilegal en los términos de la prohibición general del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, sin que de ello pueda derivarse que se trataría de la comisión de dos infracciones, sino que con una misma conducta se violarían dos disposiciones, que en caso de probarse en el transcurso de la investigación, sería objeto de una sola sanción"¹¹. (Subrayado fuera del texto original).

En virtud de lo anterior, en el artículo primero de la parte resolutive de la Resolución de Apertura de Investigación se resolvió formular cargos contra ANGELCOM "por la presunta contravención de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y en el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992".

En consecuencia, al archivarse la investigación en favor de ANGELCOM necesariamente debe entenderse que dicho archivo comprendió tanto el archivo respecto de la imputación por abuso de posición de dominio del numeral el 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, como de la prohibición general del artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

Así las cosas, a partir de la imputación formulada en la Resolución de Apertura de Investigación, y guardando estrictamente el principio de congruencia, en la Resolución de Archivo el Despacho efectivamente realizó un estudio adecuado de la conducta de ANGELCOM en relación con el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, y resolvió archivar la investigación respecto de la misma.

Por lo tanto, se reitera que, contrario a lo manifestado por RECAUDO BOGOTÁ, no era viable que la Superintendencia de Industria y Comercio realizara un estudio independiente de los hechos investigados a la luz de la prohibición general, por cuanto, como se explicó, la imputación por la infracción al artículo 1 de la Ley 155 de 1959 no se hizo de manera independiente sino en

¹⁰ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 91235 de 2015 y Resolución 2076 de 2019.

¹¹ Folio 4635 del Cuaderno Público No. 26 del Expediente.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

concordancia con la imputación por abuso de posición dominante contenida en el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

Por lo tanto, el Despacho considera que al haberse resuelto en la Resolución de Archivo el cierre de *"la presente actuación administrativa en favor de todas las personas jurídicas y naturales investigadas por las razones expuestas en la parte considerativa de esta Resolución"* (subrayado fuera de texto), es claro que también decidió sobre la conducta de **ANGELCOM** en relación con el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

En conclusión, frente a la supuesta ausencia de estudio y decisión de las conductas de **ANGELCOM** a la luz del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, el Despacho considera improcedente la pretensión de **RECAUDO BOGOTÁ**.

5.2. Consideraciones del Despacho frente al análisis de las conductas de SAR bajo el artículo 1 de la Ley 155 de 1959

Para **RECAUDO BOGOTÁ**, el Despacho tampoco realizó un análisis adecuado de la conducta de **SAR** a la luz del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general). Con relación a lo anterior, el recurrente indicó que el comportamiento del investigado sí tenía la potencialidad de afectar la libre competencia en el mercado, y que a dicha conclusión podía llegarse sin necesidad de determinar si **ANGELCOM** tenía posición de dominio en el mercado o si abusó de esta en caso de tenerla.

El Despacho reitera al recurrente que, dado que la imputación fáctica a **SAR** estaba completamente atada a la imputación que se hizo a **ANGELCOM**, al archivarse la investigación a **ANGELCOM** necesariamente debió archivarse la investigación a **SAR**. La suerte de lo accesorio sigue la de lo principal.

En efecto, por un lado, se reitera lo señalado en la Resolución de Archivo respecto a que la imputación fáctica a **SAR** *"estaba en intrínseca relación con los hechos atribuidos a ANGELCOM, al haber contribuido a dificultar la participación de RECAUDO BOGOTÁ en el mercado relevante definido"*, por *"no haber entregado la información requerida"*¹².

Por otro lado, el Despacho, acogiendo la recomendación del Informe Motivado, archivó la investigación por considerar que existió un error en la definición del mercado, por lo que no podía determinarse la posición de dominio de **ANGELCOM**. Asimismo, el Despacho consideró que aun independientemente del mercado que se adopte, **ANGELCOM** *"no podía determinar ninguna de las condiciones del mercado por estar regulado de manera detallada en los contratos firmados por las concesionarias, por lo que no podía tener posición dominante"*¹³.

Así las cosas, también se reitera lo señalado por el Despacho en la Resolución de Archivo en el sentido que *"no se puede perder de vista que las conductas de SAR y KEB también estaban ligadas a la supuesta frustración de participación de RECAUDO BOGOTÁ en el mercado relevante definido en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, por lo que su conducta –como -fue imputada – tampoco existió"*¹⁴.

En otras palabras, la imputación de **SAR** bajo la prohibición general establecida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 se realizó estrictamente en el marco de la investigación específica a **ANGELCOM** por abuso de posición de dominio, de conformidad con el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, y en concordancia con la prohibición general conforme al artículo 1 de la Ley 155 de 1959. En consecuencia, al archivarse la investigación a **ANGELCOM** por abuso de posición de dominio necesariamente debía archivarse la investigación a **SAR** por no infringir la prohibición general consagrada en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

Por lo tanto, frente a la supuesta ausencia de estudio y decisión de las conductas de **SAR**, el Despacho considera improcedente la pretensión de **RECAUDO BOGOTÁ**.

¹² Folio 8350 del Cuaderno Público No. 43 del Expediente.

¹³ Folio 8350 del Cuaderno Público No. 43 del Expediente.

¹⁴ Folio 8350 del Cuaderno Público No. 43 del Expediente.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

De otro lado, respecto del argumento según el cual, de acuerdo con la definición del mercado relevante planteada por el Despacho en la Resolución de Archivo, SAR presentó una conducta tendiente a limitar la libre competencia, este Despacho se permite precisar que: (i) dicha definición de mercado no fue la precisada por la Delegatura en la Resolución de Apertura de Investigación, con lo cual, a efectos de mantener la congruencia de la imputación realizada, no es posible determinar responsabilidad alguna de los investigados con base en tal definición; y (ii) si en gracia de discusión el Despacho pretendiera realizar alguna aseveración sobre la responsabilidad de SAR, se reitera que la conducta imputada a este agente de mercado es accesoria a la responsabilidad de ANGELCOM, con lo cual, dado que no existe conducta reprochable alguna para este último agente de mercado, tampoco existe por parte de SAR. Así las cosas el argumento presentado por el recurrente resulta improcedente.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la Resolución No. 69267 del 18 de septiembre de 2018.

ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a ANGELCOM S.A.S., identificada con NIT 860062719 - 2; RECAUDO BOGOTÁ S.A.S., identificada con NIT 900453688 - 5; KEB TECHNOLOGY CO. LTD. - SAR SISTEMAS, ASESORÍAS Y REDES S.A.S., identificada con NIT. 860512079 - 9; JORGE ENRIQUE CORTÁZAR GARCÍA, identificado con C.C. 17.163.935; FRANCISCO DE PAULA SÁENZ FLÓREZ, identificado con C.C. 17.163.927; JAIRO ANTONIO VELÁZQUEZ MEJÍA, identificado con C.C. 19.104.629; JORGE IGNACIO LÓPEZ CARDOZO, identificado con C.C. 19.251.336; JORGE EDUARDO CABRERA VARGAS, identificado con C.C. 19.251.138; CARLOS JOSÉ ÁNGEL ORTEGA, identificado con Pasaporte de Estados Unidos No. 548.454.400; JAIR HUMBERTO ORTIZ VALLEJO, identificado con C.C. 10.132.675, MARTHA CECILIA BAHAMÓN DE RESTREPO, identificada con C.C. 34.041.416 y RICARDO ÁNGEL OSPINA, identificado con C.C. 17.141.938, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los 23 ABR 2019

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO


ANDRÉS BARRETO GONZÁLEZ

Elaboró: J. Gómez
Revisó: A. Pérez/A. García
Aprobó: A. Barreto

NOTIFICAR:

ANGELCOM S.A.S.
NIT. 860062719 - 2
JORGE ENRIQUE CORTÁZAR GARCÍA
C.C. 17.163.935
FRANCISCO DE PAULA SÁENZ FLÓREZ
C.C. 17.163.927
Apoderado
Doctor:
GUILLERMO SOSSA GONZÁLEZ

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

C.C. 80.420.247
T.P. 86.452 del C. S. de la J.
Carrera 8 #69 - 48
Bogotá D.C.
Email: info@lizarazuasociados.com

KEB TECHNOLOGY CO. LTD.
SAR SISTEMAS, ASESORÍAS Y REDES S.A.S.

NIT. 860512079 - 9

JAIRO ANTONIO VELÁZQUEZ MEJÍA

C.C. 19.104.629

JORGE IGNACIO LÓPEZ CARDOZO

C.C. 19.251.336

JORGE EDUARDO CABRERA VARGAS

C.C. 19.251.138

CARLOS JOSÉ ÁNGEL ORTEGA

Pasaporte de Estados Unidos No. 548.454.400

Apoderado

Doctor:

JAIRO RUBIO ESCOBAR

C.C. 79.108.890 de Bogotá

T.P. 35.306 del C. S. de la J.

Calle 94 #13 - 34, Oficina 102

Bogotá D.C.

Email: jrubio@rubioescobar.com

JAIR HUMBERTO ORTIZ VALLEJO

C.C. 10.132.675

MARTHA CECILIA BAHAMÓN DE RESTREPO

C.C. 34.041.416

RICARDO ÁNGEL OSPINA

C.C. 17.141.938

Apoderado

Doctor:

CAMILO GÓMEZ RIVEROS

C.C. 80.422.310

T.P. 80.944 del C. S. de la J.

Calle 120 A # 7 -40

Bogotá D.C.

Email: cgomez@camilogomez.com.co

RECAUDO BOGOTÁ S.A.S.

NIT. 900453688 - 5

Apoderado

Doctor:

MAURICIO VELANDIA CASTRO

C.C. 79.506.193 de Bogotá

T.P. 84.143 del C. S. de la J.

Carrera 11 A # 94 A - 23, oficina 304

Bogotá D.C.

Email: mauriciovelandia@mauriciovelandia.com

Señores
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA
SALA CIVIL
E.S.D.

RECURSO: APELACION SENTENCIA
RADICACION: EXP. N° 11001-3103-012-2018-00724-01
PROCEDENCIA: JUZGADO 12 CIVIL DEL CIRCUITO
DEMANDANTE: LILALA S.A.S.
DEMANDADO: SALMAN SALEM HALABI
PROCESO: VERBAL

MAGISTRADA PONENTE:
Dra. ADRIANA SAAVEDRA LOZADA

HERNAN MORALES PINZON, apoderado judicial del apelante, con todo respeto acudo ante Usted para presentar, dentro del término del traslado, la sustentación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Juzgado 12 Civil del Circuito de Bogotá, de fecha 11 de junio de 2020, concedido en efecto suspensivo (art. 323 CGP), en los siguientes términos:

FUNDAMENTOS LEGALES

Artículo 95 Constitución Política
Artículos 823, 824, 826, 834, 836, 855, 861, 868 del Código Civil
Artículos 1502, 1508, 1546 Código Civil
Ley 44 de 1990
Artículo 263 Estatuto Tributario
Sentencia C-876 de 2002 M.P. Álvaro Tafur Galvis
Sentencia SC-19730-2017 CSJ

DE LA DEMANDA

La sociedad LILALA S.A.S., por intermedio del suscrito apoderado judicial, presentó demanda VERBAL en contra del señor SALMAN SALEM HALABI, para que se declara la EXTINCIÓN DEL USUFRUCTO POR SENTENCIA JUDICIAL constituido sobre los inmuebles identificados con matrículas inmobiliarias Nos. 50C-01354413 y 50C-206579, de conformidad con el inciso segundo del artículo 868 del Código Civil.

La demanda se fundamenta en los siguientes elementos fácticos y jurídicos:

1. Que la señora Lilia Espinosa de Rosales (q.e.p.d.) fue propietaria de los inmuebles identificados con las matrículas inmobiliarias Nos.

50C-01354413 y 50C-206579, sobre los cuales constituyó usufructo vitalicio a favor del demandado SALMAN SALEM HALABI, mediante las escrituras públicas Nos. 2701 y 2702 del 30 de septiembre de 2005 de la notaría 26 de Bogotá, aclarada la primera mediante la escritura No. 2981 del 26 de octubre de 2005 de la misma notaría.

2. Que dicho señor SALMAN SALEM HALABI manifestó en esas escrituras que su estado civil era soltero, sin embargo que de acuerdo a documental aportada con la demanda se desprende que su estado civil es casado.
3. Que el usufructuario entró en goce de su derecho desde su constitución sin haber prestado caución suficiente de conservación y restitución y sin inventario solemne como lo exige el art. 834 del Código Civil.
4. Que la constituyente no dejó constancia de exonerar al usufructuario de caución.
5. Que si bien de acuerdo con el art. 823 del Código Civil el usufructuario tiene la facultad de gozar temporalmente de los bienes dados en usufructo, sin alterar su esencia, convirtió uno de los inmuebles en residencias estudiantiles y el otro lo dio en administración a una inmobiliaria.
6. Que por lo anterior se han causado daños y deterioros considerables a la cosa fructuaria y que el usufructuario no ha permitido al nudo propietario acceder a los inmuebles para determinar las obras o refacciones necesarias para la conservación de los mismos; incluso no permitió el ingreso de un perito para determinar el estado de uno de los inmuebles para determinar su estado y valor comercial.
7. Que el usufructuario no ha cumplido con sus obligaciones legales como es el pago del impuesto predial de dichos bienes, obligación que emerge del art. 855 del Código Civil.
8. Que la sociedad demandante LILALA S.A.S. como nuda propietaria ha tenido que cancelar los impuestos prediales de los años 2012 a 2018, por la suma de \$25.766.000, mismos que son de cargo del demandado, ya que los anteriores desde la constitución del usufructo fueron pagados por la constituyente.
9. Que el no pago de esos impuestos confiere el derecho a las entidades estatales de embargar y rematar los predios generadores de los mismos, lo que produciría graves perjuicios a los nudos propietarios.

10. Que el demandado SALMAN SALEM HALABI, desde el 16 de junio de 2012, fecha de fallecimiento de la constituyente, ha venido ejerciendo actos perturbadores a la dueña del inmueble aledaño, el cual goza de una servidumbre de paso, impidiendo el ingreso a dicha propiedad, lo que constituye un ejercicio arbitrario del usufructo.
11. Que los bienes materia de esta demanda fueron aportados por la señora Lilia Espinosa (q.e.p.d.) a la sociedad LILALA S.A.S., mediante la escritura pública No. 1518 del 2 de junio de 2011 de la Notaría 21 de Bogotá, debidamente registrada en las matrículas inmobiliarias Nos. 50C-01354413 y 50C-206579.

DE LA CONTESTACION DE LA DEMANDA

A través de apoderada judicial, el señor SALMAN SALEM HALABI contestó la demanda, aceptando unos hechos, negando otros y desestimando algunos; así mismo el convocado se opuso a las pretensiones sin que hubiera propuesto ningún medio exceptivo.

Frente a la exigencia establecida en el canon 834 del Código Civil, relacionada con la caución e inventario, manifiesta la parte demandada que la constituyente del usufructo consideró que no era necesario prestar caución y menos aún elaborar inventario. No obstante, de no haberlo considerado necesario, podía quien constituye el usufructo exonerar de la caución al usufructuario, cosa que no hizo.

Frente a la previsión establecida en el canon 823 ibidem, relacionada con el derecho que tiene el usufructuario de gozar de una cosa con cargo de conservar su forma y sustancia, acepta la apoderada del demandado lo expresado en el hecho octavo de la demanda, en cuanto a la alteración de la esencia de los bienes dados en usufructo, manifestando que el usufructuario está y ha estado ejerciendo su derecho de acuerdo a la ley. Según lo establecido en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, *no hay derechos legalmente exigibles donde hay deberes incumplidos*.

Frente a la previsión contemplada en el canon 855 ibidem, sobre cargas periódicas, en el cual se establece que corresponde al usufructuario el pago de los impuestos periódicos fiscales y municipales, reconoce la parte demandada que el nudo propietario ha pagado los impuestos, en vista de lo cual no volvió a preocuparse, ya que los recibos de cobro no llegaban al inmueble y manifiesta que el demandado responderá por los valores reales y legales que el Despacho considere deba hacerlo. Sobre el particular, establece la norma en mención que si por no hacer el usufructuario estos pagos los hiciere el [nudo] propietario, deberá el primero indemnizar de todo perjuicio al segundo.

Frente al ejercicio arbitrario del usufructo, por los actos perturbadores de la propiedad a los dueños y/o tenedores del inmueble aledaño a uno de los bienes constituidos en usufructo, los documentos aportados por el demandado con la contestación de la demanda dan fe que dichos dueños y/o tenedores han tenido que recurrir a instancias judiciales y policivas, a fin de que el señor SALMAN SALEM HALABI se abstenga de efectuar acción alguna de hecho que impida el libre ingreso al inmueble en cuestión.

DE LA SENTENCIA DEL JUZGADO 12 CIVIL DEL CIRCUITO

El A-quo, mediante fallo del 11 de junio de 2020, NEGÓ las pretensiones de la demanda y CONDENÓ a la parte actora en costas procesales, para cuyo efecto fijó como agencias en derecho la exorbitante suma de \$22.000.000. En síntesis, argumentó que:

a) No se observa que el contrato de constitución de usufructo contenido en las escrituras públicas Nos. 2701 y 2702 del 30 de septiembre de 2005 de la notaría 26 de Bogotá, aclarada la primera mediante la escritura No. 2981 del 26 de octubre de 2005 de la misma notaría, sobre los inmuebles identificados con los folios inmobiliarios Nos. 50C-1354413 y 50C-206579, este viciado de nulidad absoluta, pues del mismo no se desprende que tenga objeto o causa ilícitos, tampoco que se haya omitido algún requisito o formalidad.

b) De acuerdo con el artículo 836 del Código Civil, no se encuentra previsto que la terminación del usufructo opere por la falta de prestación de caución o la realización del inventario. Que dicho artículo incluso contempla la posibilidad de que el usufructuario pueda en todo tiempo, reclamar la administración, prestando la caución. Igual ocurre con la falta de inventario, pues no se encuentra que la extinción del usufructo pueda predicarse de su ausencia.

c) No tener la cosa es la única secuela dispuesta por el legislador ante estos eventos, y por obvias razones, carecerá también de su administración como lo confirma el artículo 835 de la misma codificación, en cuyo caso corresponderá al propietario, con cargo de dar el valor líquido de los frutos al usufructuario.

d) Frente al no pago de los impuestos prediales de los inmuebles durante las vigencias señaladas por el demandante, lo que fue aceptado por el demandado, teniendo en cuenta que éste último no prestó caución ni confeccionó el inventario, lo que en voces de los artículos 834 y 835 hace que carezca de la administración, la obligación de pagar los impuestos corresponde al administrador y no al usufructuario.

e) Para la extinción del derecho de usufructo por sentencia judicial, en la demanda no se alegaron ni se probaron las causales establecidas

en el artículo 868 Idem, esto es: que el usufructuario faltó a sus obligaciones en materia grave, o que el usufructuario causó daños o deterioros considerables a la cosa fructuaria.

DEL RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión, el suscrito apoderado judicial de la parte actora interpuso recurso de apelación ante el H. Tribunal de Bogotá – Sala Civil, manifestando reparos a la sentencia, recurso que fue concedido en el efecto suspensivo y admitido por esa Sala mediante auto del treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020), por lo cual mediante el presente escrito se hace la debida sustentación.

DEL MATERIAL PROBATORIO

- Documentales obrantes en el expediente.
- Interrogatorio a las partes.
- Testimonios de cargo de la parte actora a los señores Sebastián Rosales Buendía y Aida Victoria Hoyos Rosales.
- Se negó la Inspección Judicial solicitada por el demandante, por considerarla el Despacho innecesaria en virtud a las otras pruebas existentes en el proceso.
- Se negó interrogatorio a personas distintas a las partes solicitado por el extremo pasivo.
- Es de anotar que con la contestación de la demanda no se presentaron los documentos solicitados por la parte demandante en el escrito introductor, o la manifestación de que no los tiene, de conformidad con lo establecido en el inciso final del artículo 96 del CGP.

DEL ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Antes de presentar los reparos a la decisión del Juzgado 12 Civil del Circuito, estima el suscrito apoderado de la parte actora que estamos en presencia de una nulidad de pleno derecho por pérdida automática de competencia, pues transcurrió más de un año desde la fecha de notificación del demandado y la fecha de la sentencia.

Lo anterior por cuanto que:

La sentencia recurrida fue proferida extemporáneamente, teniendo en cuenta que en la audiencia celebrada el día 30 de septiembre de 2019 [en la cual se agotó la etapa de conciliación, se practicó interrogatorio a los extremos de la litis, se recepcionaron los testimonios, se presentaron los alegatos de conclusión], se indicó que la sentencia se proferiría por escrito, sin que en ningún caso se pudiera desconocer el plazo de duración del proceso previsto en el artículo 121 del Código General del Proceso.

El canon mencionado establece que no podrá transcurrir un lapso superior a un (1) año para dictar sentencia de primera o única instancia, contado a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda a la parte demandada. En el presente caso, el demandado quedó notificado el **21 de marzo de 2019**, como consta en auto del 10 de mayo de 2019 (fl. 134), y se dictó sentencia el **11 de junio de 2020**.

Si bien, desde el 16 de marzo de 2020 no corrieron términos, éstos se reanudaron desde el 27 de abril de 2020 para este proceso específico, según constancia secretarial.

Desarrollo argumentativo:

Ahora bien, en cuanto a los reparos concretos a la sentencia impugnada, tenemos que:

1. La sociedad LILALA S.A.S. instauró el presente juicio con el propósito de obtener, en esencia: i) la extinción del derecho de usufructo sobre los inmuebles identificados con matrículas inmobiliarias Nos. 50C-01354413 y 50C-206579; ii) subsidiariamente, la nulidad de los instrumentos públicos mediante los cuales se constituyó el usufructo; y iii) la condena al demandado al pago de la suma de \$25.766.000 por concepto de impuesto predial de dichos inmuebles por los años gravables 2012 a 2018.
2. En la legislación colombiana existen diversas limitaciones al dominio, tales como el uso y habitación, servidumbre, hipoteca, usufructo, entre otras.

El usufructo ha sido definido por diversos autores desde la antigüedad, siendo una de las más importantes la del jurista Romano Paulo, quien especificaba que *“El usufructo es el derecho de usar y disfrutar cosas ajenas dejando a salvo la sustancia de las cosas.”* [citado en el documento: Aspectos Legales del Usufructo, por Melisa Mendoza M., Línea Contable, Medellín, marzo de 2016]

El Código Civil Colombiano en su artículo 823 lo define como *“un derecho real que consiste en la facultad de gozar de una cosa con cargo de conservar su forma y sustancia, y de restituir a su dueño, si la cosa no es fungible; o con cargo de volver igual cantidad y calidad del mismo género, o de pagar su valor si la cosa es fungible.”*

De otro lado, el artículo 824 declara que *“El usufructo supone necesariamente dos derechos coexistentes: el del nudo propietario, y el del usufructuario. Tiene, por consiguiente, una duración limitada, al cabo de la cual pasa al nudo propietario y se consolida con la propiedad.”*

Una vez es entregado un bien en usufructo, se produce una desmembración del derecho de propiedad (dominio y disfrute), por lo tanto, surgen dos derechos reales: el del nudo propietario y el del usufructuario. El Nudo propietario es aquel que posee el dominio jurídico de un bien; y de otro lado, el usufructuario es aquel que tiene el uso y disfrute de un bien, sin ánimo posesorio ni poder de disposición.

Las facultades de uso y goce, implican para el usufructuario una serie de obligaciones y responsabilidades establecidas en la ley sustantiva, a saber: **i)** Hacer un inventario o una caución de los bienes recibidos; **ii)** Conservar y restituir la cosa; **iii)** Pago de pensiones, cargos, cánones y gravámenes de la cosa; **iv)** Responsabilidad por indemnizaciones.

3. En cuanto a los requisitos para constituir el usufructo, señala el artículo 826 de la norma sustancial que si éste ha de recaer sobre inmuebles por acto entre vivos, deberá otorgarse por instrumento público inscrito. Pero, además, para la entrega, establece el artículo 834 ibidem que *“el usufructuario no podrá tener la cosa fructuaria sin haber prestado caución suficiente de conservación y restitución, y sin previo inventario solemne a su costa, como el de los curadores de bienes”*.

Por su parte, el artículo 1546 de la legislación civil establece la condición resolutoria contractual en los siguientes términos:

“En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios.”

En tal sentido, es decir, en ejercicio de la condición resolutoria derivada de la entrega, debe entenderse la pretensión principal de la presente litis [la extinción del usufructo] y las derivadas de ésta, pues no se trata solamente de **“no tener la cosa”**, como única secuela dispuesta por el legislador ante estos eventos [la falta de inventario y no haber prestado caución] como lo manifiesta el Despacho, sino la resolución del contrato [como pretensión subsidiaria], es decir, las escrituras de constitución del usufructo, pues en este caso particular el demandado tiene el uso y disfrute de los bienes inmuebles.

4. Ahora bien, señala el *a quo* que el usufructuario carece, por obvias razones, de la administración del usufructo y agrega que: *“lo anterior no significa que el constituyente se vea desprovisto de acción ante el señalado incumplimiento, la que en todo caso no es la de extinción del usufructo como en este caso lo pretende la*

demandante, sino la que dispone el artículo 836 del C.C., en la que se busca que se ordene la prestación de la caución dentro de un “plazo equitativo” que para este efecto señale el juez.”

Sin embargo, en la parte resolutive de la sentencia no se hace ningún pronunciamiento sobre el particular. De acuerdo con la hermenéutica del artículo 836 *Ibid*, la adjudicación de la administración del usufructo requiere de declaración judicial, a instancias del [nudo] propietario, a fin de que el juez ordene la prestación de la caución dentro de un plazo equitativo.

En el caso *sub judice* no se pretende la declaración judicial para la adjudicación de la administración del usufructo, pues desde su constitución el demandado ha tenido de manera espúrea el uso y disfrute de los bienes inmuebles. Por tal razón, lo que se pretende es que se declare la cesación absoluta del usufructo sobre los referidos inmuebles, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 868 del Código Civil. Téngase en cuenta que en la etapa conciliatoria (art. 372 CGP) la parte demandante propuso pagar al fructuario una pensión mensual hasta la terminación del usufructo, que no fue aceptada por el demandado pues su pretensión es quedarse con la propiedad de los inmuebles.

5. En cuanto a la **extinción** del usufructo por sentencia judicial, dispone el artículo 868 *Idem*, que el juez, a instancias del propietario, lo declarará extinguido: **i)** por haber faltado el usufructuario a sus obligaciones en materia grave, o **ii)** por haber causado daños o deterioros considerables a la cosa fructuaria.

Manifiesta el juzgado que no obstante, en la demanda ninguna de esas causales se alegó y mucho menos se probaron, lo cual no es cierto, pues a reglón seguido hace referencia a los hechos octavo a décimo de la demanda (fl. 55), coligiendo que los “daños y deterioros” atribuidos a los inmuebles por parte del demandado son hipotéticos, pues el extremo actor ni siquiera ha podido comprobar física ni procesalmente su existencia, lo cual carece de fundamento pues se omitió analizar el material probatorio presentado por el testigo Sebastián Rosales Buendía y lo manifestado en el escrito introductor que no fue desvirtuado por el demandado.

Tanto en la contestación de la demanda como en el interrogatorio de parte, el demandado aceptó la alteración de la esencia de los bienes dados en usufructo, manifestando que el usufructuario está y ha estado simplemente ejerciendo su derecho de acuerdo a la ley. Según lo establecido en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ***no hay derechos legalmente exigibles donde hay deberes incumplidos.***

De otra parte, téngase en cuenta que en el auto del 03 de julio de 2019, que abrió a pruebas, *“se NIEGA la inspección judicial solicitada a folio 59, ya que conforme el inciso 2° del art. 236 del C.G.P., ésta solamente procede “...cuando sea imposible verificar los hechos por medio de videograbación, fotografías u otros documentos, o mediante dictamen pericial, o por cualquier otro medio de prueba...”*, no siendo este el caso; además de ser innecesaria en virtud a las otras pruebas existentes en el proceso.

La inspección judicial a los inmuebles objeto de la presente demanda, se solicitó para la verificación de los hechos materia del proceso, teniendo en cuenta que el demandado no permitió el acceso al inmueble del perito evaluador contratado por la sociedad demandante y que tenía por objeto dictaminar sobre el estado de los inmuebles y las modificaciones efectuadas por el usufructuario. No obstante, el *A quo* la consideró innecesaria y en la sentencia argumenta que no se probaron los hechos.

De igual forma, se solicitó la exhibición de documentos por parte del demandado, para que con la contestación de la demanda se presentaran copia de los contratos de arrendamiento suscritos con los arrendadores de los bienes inmuebles dados en usufructo; y en el auto admisorio de la demanda (fl. 73) se informó a la parte demandada que debía aportar los documentos que estén en su poder y que fueran solicitados por la parte demandante; sin que dicha solicitud fuera atendida por el demandado.

Así las cosas, la omisión de la práctica de dichas pruebas, constituye causal de nulidad, de conformidad con lo previsto en el numeral 5. del artículo 133 del Código General del Proceso.

6. Frente al incumplimiento de las obligaciones en materia grave por parte del usufructuario, establece el artículo 855 *Ibidem*, que *“corresponde al usufructuario el pago de los impuestos periódicos fiscales y municipales, que la graven durante el usufructo, en cualquier tiempo que se hayan establecido.”*

Manifiesta el señor juez de primera instancia que en cuanto al no pago de los impuestos prediales de los inmuebles, durante las vigencias señaladas por el demandante, lo que fue aceptado por el demandado, *“se tendrá que precisar que, en estas condiciones la obligación de pagar los impuestos corresponde al administrador y no al usufructuario... de ahí que no pueda predicársele el aludido incumplimiento.”*

Insiste erradamente el señor Juez de la causa, que el demandado carece de la administración del usufructo, por no haberse realizado inventario ni haber prestado caución, lo cual de aceptarse dicha tesis, conllevaría necesariamente a aceptar la nulidad de las

escrituras mediante las cuales se constituyó el usufructo, pues la esencia del mismo es el derecho de usar y disfrutar los bienes fructuarios. Y no se entendería cómo se puede ejercer tal derecho sobre los bienes sin tener la administración de los mismos, pues los únicos derechos que le corresponden al nudo propietario son los de disposición (art. 832 C.C.), obtener los frutos pendientes en el momento de la restitución (art. 840 C.C.) y el derecho a las indemnizaciones (art. 861 C.C.).

El demandado no solo aceptó que incumplió con la obligación de pagar los impuestos, sino que en la contestación de la demanda, al pronunciarse sobre las pretensiones, manifiesta que responderá por los valores reales y legales, lo que también ratificó en el interrogatorio de parte.

El concepto de *Administrador del usufructo* -por lo demás- nada tiene que ver con la obligación del pago del Impuesto Predial y sobre quien recae esta obligación. El Fallador de primera instancia lo toma como concepto fundamental para determinar el sujeto pasivo del impuesto predial, dejando de lado lo claramente dicho por la normatividad que dentro del hecho generador y sujeto pasivo de este impuesto, se encuentra el usufructuario de acuerdo al artículo 823 del Código Civil, no se habla absolutamente nada de que deba ser el administrador del usufructo.

De conformidad con los artículos 13 y 14 de la ley 44 de 1990, el hecho generador del impuesto predial unificado está en cabeza de quien detente el título de propietario o poseedor de dicho bien, quienes a su vez tienen la obligación según corresponda de declarar y pagar el impuesto. Más adelante, y de forma específica la misma ley estipula que la obligación del contribuyente nace por la propiedad nuda o plena, el usufructo y la posesión de un bien inmueble dentro del respectivo municipio.

Sobre el particular la Corte Constitucional en sentencia C-876 de 2002 M.P Álvaro Tafur Galvis precisó:

“El sujeto pasivo del impuesto predial es indeterminado (propietario pleno, poseedor, usufructuario, nudo propietario etc, quien pague el impuesto no puede alegar pago de lo no debido), mientras que el contribuyente del impuesto de patrimonio es determinado, porque aquel que figure inscrito como titular de derechos reales sobre el inmueble, en el folio de matrícula inmobiliaria correspondiente, debe incluir el valor del bien en su patrimonio fiscal”.

El juez fallador se limitó y desconoció la definición de propietario estipulada en la ley, más específicamente en el artículo 263 del Estatuto Tributario, definición completamente necesaria e

imprescindible si se va a fallar con un tema relacionado con impuesto. En el Estatuto se estipula que el poseedor se entiende como aquel que tiene “aprovechamiento económico, potencial o real, de cualquier bien en beneficio del contribuyente. Se presume que quien aparezca como propietario o usufructuario de un bien lo aprovecha económicamente en su propio beneficio.

Los hechos en que el nudo propietario puede fundar su demanda no es necesario que hayan sido causados con dolo, ni mala fe de parte del usufructuario, en la falta de cumplimiento de sus obligaciones y en los daños causados sobre la cosa fructuaria. El usufructuario es responsable de sus acciones y de sus omisiones, de sus faltas de cuidado y de los excesos que en su goce se puedan cometer.

El no pago de impuestos es un incumplimiento grave de una obligación constitucional, estipulada en el numeral 9 del artículo 95 de la Constitución Nacional. Más allá de un deber ciudadano, puede terminar con repercusiones en el ámbito penal, y en una afectación directa para el propietario al perder el bien ante un cobro coactivo por parte de la Administración Distrital de Impuestos.

En consecuencia, la condena al pago de los impuestos generados por los inmuebles o cosa fructuaria, resulta claramente procedente en virtud de lo dispuesto en el artículo 855 Ibid, ante el evidente incumplimiento de dicho pago por parte del demandado.

7. En cuanto a la pretensión subsidiaria de nulidad absoluta de los actos mediante los cuales se constituyó el usufructo, es decir, las escrituras públicas números 2701 y 2702 del 30 de septiembre de 2005 de la Notaría 26 de Bogotá, aclarada la primera mediante la escritura número 2981 del 26 de octubre de 2005 de la misma notaría, sobre los inmuebles identificados con folio de matrícula números 50C-01354413 y 50C-206579, manifiesta el juzgador de instancia que no se observan vicios, pues de los mismos no se desprende que tengan objeto o causa ilícitos, tampoco que se haya omitido algún requisito o formalidad y menos que se haya celebrado por personas absolutamente incapaces.

De entrada, debe advertirse un vicio en el consentimiento. El artículo 1502 del Código Civil señala los requisitos para que una persona pueda obligarse, y es necesario para que la persona consienta en dicho acto, declaración u obligación, y que ese consentimiento no adolezca de vicio. Luego el artículo 1508 del Código Civil señala respecto a los vicios del consentimiento: «*Los vicios de que puede adolecer el consentimiento, son error, fuerza y dolo.*»

La sala civil de la Corte suprema de justicia en sentencia SC19730-2017 señala que:

«El acto jurídico tiene eficacia y trascendencia legal en cuanto existen los elementos intrínsecos que lo condicionan, como son la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa lícita, y en cuanto, cuando es el caso, se hayan llenado como lo determina la ley.»

Es evidente que si el consentimiento está viciado por alguna de sus clases o modalidades, el negocio jurídico será ineficaz.

En el presente caso, hay un error en la persona sobre la cual recae el derecho real de usufructo [el aquí demandado], al manifestar en los instrumentos públicos de constitución del usufructo que su estado civil era soltero cuando en realidad era casado, no porque no exista norma que distinga que la constitución del usufructo deba efectuarse a favor de determinadas personas atendiendo a su estado civil, sino porque la constituyente, la señora Lilia Espinosa de Rosales (q.e.p.d.), de haber conocido el verdadero estado civil del señor SALMAN SALEM HALABI, seguramente no le habría otorgado el derecho de usufructo.

8. Finalmente, manifiesta el juzgado que no hará pronunciamiento respecto de las excepciones propuestas por el extremo demandado. Y es que ninguna excepción [ni previa, ni de mérito] propuso la parte pasiva con su contestación de la demanda que pretendiera atacar el proceso o cercenar el derecho de la sociedad demandante, teniéndose por probados los hechos en los que se fundan las pretensiones de la demanda.

Agencias en derecho:

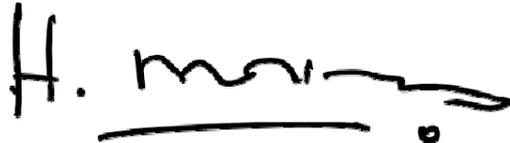
De igual forma, en caso de no acoger los reparos formulados a la providencia recurrida, solicito ordenar al juzgado aclarar la tasación de las agencias en derecho fijadas en el numeral Tercero de la mencionada providencia, establecidas en la suma de \$22.000.000, por no estar ajustadas al Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, del Consejo Superior de la Judicatura, según el cual la tarifa se establece teniendo en cuenta las pretensiones de índole pecuniario formuladas en la demanda, acorde con lo previsto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

SOLICITUD

En virtud de lo expuesto, muy respetuosamente solicito al H. Tribunal de Bogotá – Sala Civil, determinar si encuentra procedentes los vicios con entidad de anular la sentencia recurrida o, en su defecto, **REVOCAR** la sentencia proferida por el Juzgado 12 Civil de Bogotá,

de fecha 11 de junio de 2020, y en su lugar **ACCEDER** a las pretensiones de la demanda, acorde con lo previsto en el artículo 328 del Código General del Proceso, de conformidad con los reparos esbozados ante la primera instancia y la presente sustentación del recurso de apelación, habida cuenta que concurren los elementos axiológicos de la extinción del usufructo invocada.

De la Honorable Magistrada, con todo respeto,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'H. morales', with a horizontal line underneath.

HERNAN MORALES PINZÓN

C.C. 19.117.036 de Bogotá

T.P. 200.669 del C. S. de la J.

Tel. 3114568270

Correo electrónico: morhernan@gmail.com

Doctora:

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ.

Honorable Magistrada Sala Civil

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

E.

S.

D.

REF. Sustentación Recurso de Apelación Sentencia de 1º Instancia.
PROCESO. Resolución de Contrato No. 2016 - 00248 - 03.
DEMANDANTE. YENNY KATERINE CAMARGO BECERRA.
DEMANDADOS. CLAUDIA GUAUQUE Y OTRO.

JOSE FERNANDO CORREDOR NIÑO, abogado en ejercicio, identificado con cédula de ciudadanía No. 74.380.394 de Duitama (Boyacá), y portador de la Tarjeta Profesional No. 197.939 del C.S. de la J., en mi calidad de apoderado de la parte demandante señora **YENNY KATERINE CAMARGO BECERRA**, por medio del presente escrito y estando dentro del término legal, me permito **SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACION**, interpuesto en contra de la sentencia proferida por escrito el día 27 de septiembre de 2019 y notificada por estado el 30 del mismo mes y año, en los siguientes términos:

De conformidad con lo expuesto al momento de impetrar el recurso de la alzada, me permito desarrollar y sustentar de manera fáctica y probatoria, los reparos que se denominaron (**ERROR DE HECHO**, pero que sin duda alguna y como podrá colegirse por su Señoría, no solo constituyen estos sino también **ERRORES DE DERECHO**), contra el fallo referido; para lo cual solicito de Manera muy respetuosa Honorables Magistrados, sean analizados de manera minuciosa y aplicando las reglas de la experiencia y la sana crítica, todos los medios probatorios solicitados, presentados y practicados en primera instancia; así como, todo lo sucedido en cada una de las actuaciones y diligencias adelantadas en las diferentes etapas de la presente acción.

A efectos de argumentar fáctica y jurídicamente, las razones por las cuales considero, la Señora juez de Primera Instancia erró al momento de proferir el fallo objeto de la presente alzada, presentaré los argumentos expuestos por la Juzgadora de instancia y expondré las razones de disenso de las mismas.

1. Declarar jurisdiccionalmente resuelto el CONTRATO PROMESA DE COMPRAVENTA, celebrado el 19 de noviembre de 2009, por YENNY KATERINE CAMARGO BECERRA como Promitente Compradora y los señores CLAUDIA PATRICIA GUAUQUE BECERRA y SIMÓN ARBEY RODRÍGUEZ VELÁSQUEZ, como Promitentes vendedores del apartamento 1207 y el garaje N° 11, los cuales forman parte del conjunto residencial Balcones de San Esteban

Las razones expuestas por La juez de Primera Instancia, para denegar esta pretensión se contaren a lo siguiente:

Luego de determinar que el CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA, objeto del presente asunto, cumple con los requisitos establecidos en el art. 89 de la ley 153 de 1887 y que en todo contrato va implícitamente la condición resolutoria (art. 1546 del C.C.) y sus consecuencias, refiere:"(...) De hecho la discusión gira en torno al

*cumplimiento de las obligaciones que emanan del contrato por parte de la actora, aspecto que constituye uno de los presupuestos de la acción en referencia, situación que, al ser superada, abriría el camino para ocuparnos sobre el incumplimiento de los demandados”; y luego de realizar la cita de los apartes pertinentes de dos jurisprudencias en cuanto a la legitimación para demandar la resolución o el cumplimiento del contrato, procede a manifestar que dicho elemento de la acción no se colma en el presente caso, como quiera que la demandante no cumplió para el día 23 de diciembre de 2009, con el pago de la suma de \$24.000.000= de conformidad con lo pactado en la cláusula segunda del contrato donde se plasmó “en la cuenta que **LOS PROMITENTES COMPRADORES DETERMINEN**”, y que según la literalidad del contrato, era la compradora quien tenía la carga de informar la cuenta bancaria en la que debía realizarse dicha consignación, además que en el mismo documento, en su cláusula cuarta se indicaba un número de cuenta de la entidad financiera BBVA (N° 00130583270200129937) del cual es titular el señor RODRIGUEZ VELAZQUEZ, teniendo así que la promitente compradora no entregó la suma en los términos acordados, dando así al hecho que el incumplimiento fuera de la aquí demandante. (negrillas y sub rayas propias).*

Honorable Magistrada, múltiples y de carácter tanto fáctico como jurídico, son las circunstancias que expondré y con las cuales su Señoría, luego de realizar un examen en conjunto de las mismas, aplicando las reglas de la experiencia, la lógica y la sana crítica la llevaran al convencimiento sobre el yerro en que incurrió la falladora de primera instancia y consecuencia de ello impondrá la revocatoria de la decisión objeto de alzada; y estas son las siguientes:

I. No podemos dejar de lado el contexto en que se desarrolló el presente negocio Jurídico, pues como se ha sostenido a lo largo de proceso e incluso fue objeto de mención por el suscrito apoderado, este negocio goza de la especial característica que fue celebrado entre miembros de una misma familia, pues el señor SIMON ARBEY RODRIGUEZ VELAZQUEZ para esa época era el exesposo de la señora CLAUDIA PATRICIA GUAUQUE BECERRA (Demandados), quien a su vez es prima de mi poderdante la señora YENNY KATERINE CAMARGO BECERRA (demandante), por lo que no es extraño que los familiares más cercanos de las partes tuvieran conocimiento de los pormenores de la negociación adelantada, más aún y como lo mencione que era una relación cercana, si tenemos en cuenta que la madre de mi poderdante es la madrina de la demandada Sra. CALUDIA PATRICIA GUAUQUE. Situación que reitero resulta de vital importancia, para que, al momento de valorar las pruebas practicadas al interior del presente diligenciamiento, se pueda establecer con una mayor certeza por parte de su Señoría, las personas que pudieron tener conocimiento de los términos y pormenores de la negociación adelantada por las partes.

El punto central de disenso y que delimita el marco del incumplimiento contractual, lo constituye la cláusula segunda, nótese Honorables Magistrados, que el análisis del cumplimiento contractual por el cual hoy se solicita la resolución, se contrae a **determinar el orden en que debían cumplirse las obligaciones establecidas** en la cláusula segunda, para el caso concreto, lo pertinente al pago de la suma de \$24.000.000 que tenía que hacerse el 23 de diciembre de 2009, ya que el presunto incumplimiento a esta obligación, fue el fundamento para que la Juez de primera instancia determinara que la parte incumplida era la demandante, lo cual no se acompasa a la realidad de lo probado al interior del proceso, pues tal conclusión solo se basó, según su dicho, en lo pactado en dicha cláusula, es decir, “en la cuenta que los PROMITENTES

COMPRADORES DETERMINEN", siendo la aquí demandante, y según la literalidad del precitado documento tenía la carga de informar la cuenta Bancaria en la que debía realizar dicha consignación, cosa que no aconteció y pretende trasladar la carga a los vendedores aquí demandados (...)" (sic).

Para poder corroborar el error que hoy se endilga respecto de la providencia de primera instancia, existe suficiente caudal probatorio recaudado al interior del plenario, el cual no fue tenido en cuenta al momento de tomar la decisión que hoy se recurre y que relaciono a continuación:

a) Las manifestaciones realizadas en los hechos de la demanda, las cuales se consideran hechas bajo la gravedad del juramento; de igual forma, nótese como en la contestación de la demanda y en la demanda de reconvencción que presentara el apoderado del señor RODRIGUEZ VELAZQUEZ, así como, en la contestación presentada por el apoderado judicial de la CLAUDIA PATRICIA GUAUQUE, en ningún momento manifiesta que el incumplimiento predicado de la promitente compradora, se deba como se dijo por la falladora de 1 instancia, que mi representada no indico la cuenta en que esta debia consigna los \$24.000.000, pues por la parte demandada siempre se manifestó hasta la sentencia proferida por el señor Juez 2 Civil del Circuito de Bogotá, que el incumplimiento de la demandante se dio por no haber consignado dicha suma en la cuenta que los demandados le habían informado y que esa cuenta era la misma que se menciona en la cláusula cuarta del contrato.

Esta tesis que venía siendo sostenida al unísono por la parte pasiva de esta acción, sufrió un cambio sustancial, luego que el funcionario de conocimiento para ese momento¹, advirtiera la situación que sirvió de fundamento en la providencia recurrida para determinar el presunto incumplimiento de mi prohijada la cual como se dijo en esa oportunidad obedecio a un error en la digitación del contrato, razonamiento que es el que se acompasa a la realidad; y no como ahora y de forma conveniente se pretende adoptarse tal postura por al apoderado judicial del señor RODRIGUEZ VELASQUEZ, como advertimos en precedencia hasta ese momento del fallo nulitado, las razones que ellos predicaban para tener como contratante incumplida a mi cliente eran distintas. Manifestaciones que también se entienden realizadas bajo la gravedad del juramento.

b) Otra situación que no fue valorada por la Juez Falladora en 1 Instancia, es el haber pasado por alto lo acontecido al interior del proceso antes de que fuese decretada la nulidad de lo actuado por el señor Juez 2 Civil del Circuito de Bogotá, es decir lo manifestado por los demandados en los interrogatorios de parte llevados a cabo el 04/09/2018, así como lo declarado por la testigo BLANCA CECILIA BECERRA BECERRA, el día 02/05/2017, medios probatorios que de conformidad con el art. 138 del CGP, conservan su validez y tendrán eficacia respecto de quienes tuvieron la oportunidad de controvertirlos, como ocurrió en el presente caso.

c) En este punto resulta pertinente aclarar su Señoría, y para dilucidar el problema jurídico del este asunto, que el contenido y sentido original del numeral II de la clausula segunda, no es el que convenientemente hoy ha adoptado como tesis el apoderado del señor SIMON RODRIGUEZ el cual fue acogido en su integridad por la señora Juez 3

¹ Juez Segundo Civil del Circuito de Bogotá.

Civil del circuito de Bogotá, pues del material probatorio obrante en el expediente, se puede colegir sin lugar a equivocación alguna, que la consignación de los \$24.000.000 al que estamos haciendo referencia, efectivamente debía realizarse por la demandante, **pero no en la cuenta que ella misma determinara como erróneamente fue afirmado en primera instancia, sino en la cuenta que sería proporcionada por los acá demandados.**

Para corroborar lo anterior, pertinente resulta citar lo manifestado por el señor SIMON ARBEY RODRIGUEZ, quien en interrogatorio de parte rendido ante el Juez 2 Civil del Circuito de Bogotá el día 04/09/2018, minuto 48:26, quien en dicha oportunidad al ser interrogado concretamente sobre si había aportado a mi representada el número de la cuenta para cumplir con dicha obligación, manifestó *"SI suministre el número de cuenta, si uno le da una mirada al contrato de compraventa, dicho pago era para pagar la hipoteca ella tenía los elementos para cumplir (...)";* en idéntico sentido, la otra demandada, señora CLAUDIA PATRICIA GUAUQUE BECERRA, en las mismas circunstancias refirió a minuto 34:29: *"Sr. Juez SI le di el número, ella sabia que el mismo número de la cuenta a la que venia haciendo las consignaciones al BBVA.*

De igual forma, ratifica lo expuesto por el suscrito, respecto del sentido original del numeral II de la Clausula Segunda, lo manifestado por el togado que representa a RODRIGUEZ VELASQUEZ, en sus alegatos de conclusión que presento en primera oportunidad ante el Juez 2 Civil del Circuito de Bogotá, el día 04/09/2018, en los cuales en ningún momento atribuyo el incumplimiento al que hemos venido haciendo referencia en tantas ocasiones, a que debía mi poderdante consignar dicha suma dinero a la cuenta que ella misma determinara, por el contrario ratifica el dicho de su representado, aduciendo que las clausulas del contrato no deben interpretarse de manera aislada que por el contrario debía interpretarse que con ese dinero, los \$24.000.000, eran para cancelar el gravamen hipotecario, entonces debía consignarse en la cuenta de ahorros establecida en la clausula cuarta del contrato y a nombre de su asistido, contradiciendo lo dicho por su mandante pues manifestó al Sr. Juez que él SI había suministrado el número de cuenta correspondiente.

Así mismo, aporta más elementos de juicio a nuestro dicho Honorable Magistrada, lo manifestado por la señora GUAUQUE BECERRA, al momento de presentar sus alegatos conclusivos, pues en dicho estadio procesal refirió: **"A la cuenta que yo como vendedora le informe personalmente, que el número de la cuenta estaba en el contrato"** (récord 1:29: 06, diligencia del 04/09/2018); adicional a esto también expreso que de su parte se hicieron requerimientos personales y telefónicos para el cumplimiento de dicho pago, requerimientos de los cuales no existe prueba alguna y que solo quedan en el campo de los supuestos. (negrillas y subrayas propias).

Confesando por los demandados de esta manera que la carga de suministrar el número de la cuenta y el entender y conocimiento de las partes de la cláusula segunda del contrato promesa de compraventa no era otra que de los **promitentes vendedores** y no como erróneamente lo esbozo y lo interpretó el Aquo al determinar que se debía entender que la compradora tenía la carga de suministrar los datos de la cuenta para depositar la suma de \$24.000.000, justificando su decisión en la literalidad del contrato, situación que a todas luces se desborda de la lógica y el buen entendimiento, pues nótese que incluso las mismas partes dentro del negocio jurídico, conocían el espíritu de la clausula y así fue su voluntad, dado que se deja entrever en los interrogatorios, los cuales no fueron objeto de ningún estudio por parte de la juzgadora. En conclusión un

error mecanográfico en la redacción del contrato no es óbice para darle una interpretación equivocada y contradictoria como lo hace la funcionaria de primera instancia, pues es inaudito que la compradora sea quien va a suministrar el número de la cuenta donde los vendedores van a manejar sus recursos económicos procedentes de la venta del apartamento. Y sumado a ello se debe sub entender que en efecto hubo un error en cuanto a lo escrito en el contrato, pues se trata de los promitentes vendedores ese es el sentido de una sana lógica, pues obsérvese que se esbozó pluralidad de personas PROMITENTES, SIENDO DOS LOS VENDEDORES Y TAN SOLO UNA LA COMPRADORA, e igualmente se debe tener en cuenta la confesión que hicieron los demandados así como precedentemente se hizo mención y las demás pruebas recaudadas.

Ahora bien dentro del debate probatorio, también se encuentra el testimonio rendido por BLANCA CECILIA BECERRA BECERRA, de fecha 2 de mayo de 2017, el cual, no obstante fue tachado de sospechoso por parte de los demandados atendiendo a la vinculo materno existente entre la declarante y mi cliente y del cual no se dijo nada por la Juez de 1 instancia, antes de restarle credibilidad respecto del convencimiento que podría transmitir al funcionario Juzgador, en el minuto del audio 36.03 lo que ratifica la testigo es que efectivamente esta negociación se desarrollo en un entorno familiar y de confianza, tan es así su señoría que como ya se había expuesto, la declarante no solo ostenta vinculo de consanguinidad con la demandante, sino que también se predica dicho vinculo con una de las personas que conforma la parte pasiva, concretamente con CLAUDIA PATRICIA GUAUQUE BECERRA, de quien además de ser su Tía es su madrina, situación que debe brindar en el Funcionario Judicial, certeza del conocimiento que la testigo tiene sobre los detalles y pormenores de la negociación, repito en virtud de ese vínculo familiar.

La testigo fue clara su señoría, responsiva, veraz e imparcial en su dicho, y concretamente sobre el punto medular de discusión refirió, que en diciembre de ese mismo año (no recuerda el día exacto) YENNY llamo a Claudia para que le informara el número de cuenta, en que banco y el nombre de la persona a quien debía hacerse la consignación, y ella le manifestó que iba a hablar con SIMON ya que para esa época se estaban separando, que debía comunicarse con él para poder darle esos datos, nosotros estábamos enterados y pendientes de ese negocio, ella nos hizo saber con posterioridad luego de hablar con SIMON, que no era su deseo continuar con el contrato y por eso surgieron ciertos impases entre ellos, pues no es descabellado que las personas que les consta de la celebracion de un negocio jurídico como el que nos ocupa el día de hoy, no es otro que al interior del nucleo familiar, máxime que eran conocidas las partes y familia.

De este testimonio, emerge una situación adicional que nunca fue objeto de mención por la parte demandada, pero si por el suscrito, y que brinda un indicio adicional sobre el espíritu original que se pretendía dar a la clausula en discusión, y este no es otro su Señoría, que el proceso de Separación o Divorcio por el cual estaban atravesando los demandados, situación que nunca fue negada por los demandados y al estar estos adelantando dichos trámites y no tener aún certeza de a quien le iba a corresponder dicha suma de dinero, decidieron de común acuerdo con la compradora que esa cláusula quedara en tal sentido, es decir, que ellos como vendedores, posteriormente informarían el número de cuenta y demás datos necesarios para que la acá demandante realizara la consignación; situación que no aconteció y de la cual no

existe prueba que demuestre que en realidad los promitentes vendedores cumplieron con dicha obligación de suministrar el número de cuenta en donde se debía realizar la consignación del dinero referido en el numeral II de la cláusula segunda. Material probatorio más que suficiente para arribar a la conclusión que el sentido correcto y voluntad de las partes que es el hoy manifestado por este apoderado demandante y no el acogido en primera instancia, el cual fue aceptado de manera errónea.

Por lo que su señoría en conclusión de acuerdo al orden de cumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes dentro del contrato bajo estudio, no era posible que mi prohijada cumpliera con la consignación del dinero, pues para ello los compradores debían cumplir ANTES con su obligación del suministro de la información pertinente para ello.

Por otro lado, necesario resulta hacer referencia a la otra tesis que sostienen los demandados, la cual configuraba su dicho inicial, es decir, que ellos cumplieron con la carga de aportar el número de cuenta en el cual debía hacerse la consignación y que de no ser de recibo, igual ese cumplimiento se dio, ya que en la cláusula cuarta del contrato se había señalado una cuenta, nótese que el actuar de la parte pasiva no es otro que confundir al operador judicial y alterar la realidad del negocio jurídico, pues tratan de excusar su incumplimiento a toda costa. Su señoría si realmente ese hubiera sido el querer de las partes, así se hubiera estipulado, tanto así que, la cláusula CUARTA es muy clara en establecer que esa cuenta era para un solo fin, y era para que mi representada pagara la cuota hipotecaria hasta que se cancelaran los \$24.000.000 (esto es que solo la señorita YENNY CAMARGO debía sufragar la cuota del mes de diciembre de 2009 únicamente), porque se había convenido que en ese mes se haría la consignación, tan es así que debido a que los demandados NO suministraron en diciembre los datos de la cuenta para consignar el dinero en comento, mi poderdante siguió con esa obligación, tal como puede ser corroborado por su despacho en consignación de la entidad financiera BBVA en el mes de Enero del año 2010, pues sería ilógico que si hubiese sido el querer de mi representada no cumplir con su obligación o sustraerse de pagar los \$24.000.000, ¿con que objeto seguía cumpliendo sus obligaciones contractuales como ésta y pago de servicios públicos y administración del apartamento?.

Colofón de lo anterior Honorables Magistrados, diáfano resulta que el querer de las partes al redactar dicha cláusula, no era otro distinto al acá expuesto por el suscrito, valga la pena resaltar, que era carga de los demandados aportar el número de cuenta en la cual debía hacerse la pluricitada consignación y que esta carga no se cumplió por la parte demandada, lo que los constituye en los contratantes incumplidos y nos legitimaria para presentar la presente acción; situación que quedo demostrada de forma fáctica, jurídica y probatoria; pues se hizo un análisis detallado y referencia de los hechos que constan y se desprenden del caudal probatorio recaudado y obrante al interior del presente diligenciamiento, el cual valga la pena resaltar, conserva plena validez y debe producir efectos jurídicos respecto de las situaciones probadas; y no el que se pretende hacer ver por la parte demandada que sea del caso reiterar no cuenta con sustento probatorio alguno.

2.- Ordenar a los demandados, restituir el valor probado en el proceso por concepto de mejoras realizadas por la demandante en el inmueble en cuestión.

La falladora de primera instancia, luego de hacer un recuento de varias de las documentales aportadas para tal fin, concluye que los recibos y facturas aportados no son de recibo para configurar elementos probatorios que obedezcan al arreglo del inmueble objeto de la promesa de compraventa y que con la diligencia de inspección que se había solicitado para tal fin tampoco se podrían demostrar las mismas, razón por la cual esta pretensión no tiene vocación de prosperidad.

Honorable Magistrada, le solicito muy respetuosamente revocar la decisión en cuanto a este punto se refiere y dar aplicación a lo ordenado por su despacho en proveído de fecha 4 de septiembre del año en curso, en el cual REQUIRIO a la parte DEMANDADA, para que prestara la colaboración a efecto de llevar a cabo la práctica de la prueba pericial decretada por su despacho, al respecto usted señaló que el desobedecimiento acarrearía lo previsto en el Art. 233 del Código General del Proceso, que a su tenor regula **“LOS DEBERES DE COLABORACIÓN DE LAS PARTES:**

Las partes tienen el deber de colaborar con el perito, de facilitarle los datos, las cosas y el acceso a los lugares necesarios para el desempeño de su cargo; si alguno no lo hiciere se hará constar así en el dictamen y el juez apreciará tal conducta como indicio en su contra.

Si alguna de las partes impide la práctica del dictamen, se presumirán ciertos los hechos susceptibles de confesión que la otra parte pretenda demostrar con el dictamen y se le impondrá multa de cinco (5) a diez (10) salarios mínimos mensuales.

A su turno en el auto en cita, también se hace alusión a lo consagrado en el Art. 78 de la misma codificación que se estatuyen los DEBERES Y RESPONSABILIDADES DE LAS PARTES Y SUS APODERADOS, los cuales para el caso bajo estudio se concretan en los numerales:

3. Abstenerse de obstaculizar el desarrollo de las audiencias y diligencias.
8. Prestar al juez su colaboración para la práctica de pruebas y diligencias.

Nótese Honorable Magistrada que usted en su sabia decisión, señaló que en el evento de no cumplir la parte DEMANDADA, con prestar la colaboración para poder llevar a cabo la experticia se debería dar aplicación a la normatividad transcrita, orden que fue evidentemente INCUMPLIDA por la parte pasiva de la presente acción, tal como puede ser corroborado por su despacho, pues una vez notificado el auto del 4 de septiembre hogano, procedí el 08 del mismo mes y año, a enviar comunicación vía correo electrónico a abogadodavidleon@gmail.com, solicitándole me informara la fecha en que realizare la notificación a los actuales residentes del inmueble ubicado en la calle 163 # 62 - 95, interior 1 Apto 1207, Conjunto Residencial Balcones de San Esteban, de la ciudad de Bogotá D.C., sobre la práctica de la diligencia pericial decretada a efectos de materializar la evacuación de la misma, de la cual se obtuvo respuesta el día 14 del mismo mes y año, donde el togado manifestó no poder brindar la colaboración deprecada que había sido ordenada por su Despacho, señalando desconocer la identidad de los actuales residentes, propietarios o moradores del apartamento en que se llevaría a cabo la pericia ordenada, reusándose de esta forma a cumplir con la orden impartida por su Honorable despacho, sin justificación alguna, no solo la providencia aludida sino también la orden dada en el auto de fecha 10/06/2020, numeral segundo, por lo que no era facultativo el cumplir una orden proferida por un Juez de la República

y mucho menos escudarse en que no conoce los nombres de los ocupantes para no acatarla, la cual era de obligatorio cumplimiento y acatamiento y que en el caso de no hacerlo conlleva a las sanciones legales a que se hicieron referencia en las decisiones adoptadas por su despacho, máxime cuando su negativa no se basó en la manifestación de alguna vulneración o amenaza de un derecho propio o de un tercero de conformidad a lo establecido en el parágrafo de misma normatividad.

Corolario a lo precedido, obsérvese su señoría que, la parte demandada siempre ha tenido un actuar tendiente a la obstrucción y renuencia con la práctica de la diligencia, no solo la pericial que fue decretada por su despacho sino la inspección judicial que se había decretado en primera instancia, pues dentro del plenario se evidencia sin irnos tan lejos que en las últimas 3 fechas, dos de ellas fueron aplazadas por los demandados, y en la última aún cuando la parte demandante envió el oficio No. 1000 emanado del Juzgado 3 Civil del Circuito de Bogotá, de fecha 12 de junio de 2019 a los moradores para evitar vulneración a terceros de buena fe, se opusieron a su práctica y allanamiento, argumentando el no cumplimiento de unas cargas o requisitos inexistentes legalmente para la procedencia del allanamiento, cargas procesales que no existen para la práctica de esta clase de diligencias, tales como la elaboración y envío de derechos de petición, por el hecho que no había nadie en el apartamento y porque no se había dirigido el escrito con un nombre determinado, aún cuando procedí a enviar por correo certificado comunicando la fecha y hora de la diligencia con antelación a la práctica como fue ordenado por el A Quo, circunstancia que a todas luces no es dable alegar, pues el Art. 112 del C.G.P., prevé que procede el allanamiento tan solo con el auto que decreto la diligencia, oposiciones de los togados que elevan sin respaldo jurídico, lo que conlleva a dilaciones injustificadas del proceso y lo más grave es que así fue aceptado de forma errónea por la Juez a-quo.

Contrario resulta el actuar de la parte demandante en donde se ha asumido una actitud activa en aras de materializar la pericia ordenada, tal y como puede observarse en los pedimentos allegados a su despacho entre ellos, el memorial fechado 24/07/2020, en el que incluso se ofreció el suscrito a la elaboración y posterior envío de la comunicación a los actuales moradores del inmueble a efectos de no vulnerar derechos de terceros de buena fe; petición que fuera reiterada el día 4/08/2020, en donde adicionalmente se puso de presente, la exigencia efectuada por LONJA DE PROPIEDAD RAIZ PERITAZGOS Y AVALÚOS D.C., sociedad con la cual se llegó a un acuerdo para materializar la pericia, señalando que para ello requería la comunicación enviada por correo certificado a los moradores donde se indicara la hora y fecha en la cual se realizaría la visita, a efecto de no vulnerar derechos fundamentales de los residentes, y evitar demandas futuras por éstos.

Por todo ello, su señoría es que ruego a usted tener como ciertos los hechos susceptibles de confesión como la materialidad de las mejoras efectuadas por mi poderdante la señorita YENNY KATERINE CAMARGO BECERRA, al inmueble objeto del contrato que aquí se discute, ya que este era el fin de la prueba pericial decretada por su despacho, tal como lo advirtió con sujeción a la normas procedimentales civiles; arreglos locativos que también tienen como soportes sendas de facturas del establecimiento **HOME CENTER NORTE** entre otras, tales como:

Factura de fecha diciembre 4 del 2009 Por concepto de estuka 2 25k Por un valor de **\$24.500,**

Factura de fecha noviembre 24 del 2009 por concepto de pegacor Corona bla por valor de **\$28.000**

Factura de fecha diciembre 3 del 2009 por concepto estuka 2 25k Por un valor de **\$24.500**.

Factura de fecha noviembre 25 del 2009 por concepto de pared Ampezzo Blan Por valor de \$41.800 y Pared Regaliz Blan por valor de \$37800. Total Factura **\$ 79.600**.

Factura de fecha noviembre 30 del 2009 por concepto de Pared Regaliz Blan por valor de \$37800, Pared Regaliz Blan por valor de \$37800, Concolor 1 a 3 Blanc \$3.900, Concolor 1 a 3 Blanc \$3.900. Total Factura **\$ 83.400**.

Factura de fecha diciembre 4 del 2009, por concepto de estuka 2 25k Por un valor de **\$24.500**.

Factura de fecha noviembre 20 del 2009 por concepto de Intervinil Bco Por un valor de **\$139.900**.

Factura de fecha noviembre 20 del 2009 por concepto de combo Montecarlo por valor de **\$437.900**.

Factura de fecha diciembre 4 del 2009 por concepto de Pared Regaliz Blan por valor de \$37800, Pegacor Corona bla por valor de \$12300, cable 2X10 1 M Blan Valor de \$27200, Canaleta 20X12 mm 2 Por valor de \$3500, Canaleta 20X12 mm 2 Por valor de \$3500. Total factura **\$84.300**.

Factura de fecha noviembre 20 del 2009 Por concepto de barra toalla Aspen Por valor de \$19900, toallero argolla A por valor de \$17900, rancho Aspen polis por valor de \$9900, cepillera Aspen po por valor de \$14.900, portapapel Aspen por valor de \$16900, jabonera Aspen Pol por valor de \$12900. Total Factura **\$92.400**.

Factura de fecha noviembre 21 del 2009 por concepto de 1 gl ext pla por valor de \$16900, baños y cocinas ko por valor de \$79500, pintura antihongo por valor de \$72.900, Pintura antihongo por valor de \$72900, tener corriente por valor de \$21900, baños y cocinas ko por valor de \$79500, cinta de enmascarar por valor de \$6500, intervinil BCO 5G valor de \$139900, intervinil BCO 5G valor de \$139900, Piso Venecia Blanc por valor de \$67014, pegante pl 285 BOT por valor de \$7900, con color 1-3 Blanc por valor de \$3900, listelo pared bris por valor de \$49000, pared Ampezzo Blan Por valor de \$41800, Esquinero 2.5 X 2. 5C Por valor de \$58.900, win aluminio blanc Por valor de \$4700, estuka 2 25k Por un valor de \$49.000. Total Factura **\$1.096.414**.

Así como también recibos de caja menor entre algunos, de fecha diciembre 3 del 2009 pagado Andrés Arévalo por concepto de arreglo apartamento Balcones de San Esteban por valor de **\$240.000**, Recibo de caja menor de fecha diciembre 4 del 2009 pagado a Fabio a Gutiérrez por concepto de fabricación de gabinete de cocina por valor de **\$200.000**; Recibo de caja menor de fecha diciembre 4 del 2009 pagado a Gratiniano Arévalo por concepto de enchape de cocina y baños instalación de ducha por valor de

\$100.000; Recibo de caja menor de fecha noviembre 28 del 2009 pagado a Gratiniano Arévalo por concepto de enchape baño y cocina, por valor de **\$150.000**; Recibo de caja menor de fecha noviembre 21 del 2009 pagado Andrés Arévalo por concepto de abono de arreglo apartamento 1207 Balcones de San Esteban, por valor de **\$60.000**; Contrato de fecha noviembre 21 del 2009, por valor de **\$600.000** firmado por Andrés Arévalo, quién se comprometió a realizar pintura rellenos de Tejas pintura de Tejas pintura de baños instalar pintar y en la Carlos esquineros y Guarda escobas instalar el techo del baño rellenar los huecos que se encuentran dentro del apartamento balcones San Esteban Torre 1 apartamento 1207 ubicado en la avenida Boyacá con calle 163, trabajo que se entregó el 2 de diciembre del 2009, referente a esta última documental que NO hay duda alguna que erra la juzgadora de primera instancia al señalar que el documento de arreglos locativos suscrito por ANDRES AREVALO, no se aportó recibo de pago, se avizora a todas luces que el Aquo incurrió en una Indebida apreciación de la prueba, pues nótese que es suficiente el contrato celebrado entre mi representada y el antes mencionado, donde se evidencia que este último se obligó a hacer unos arreglos al apartamento prometido en venta fijándose un precio por los mismos, no obstante el A quo no lo tuvo en cuenta de manera caprichosa sin ningún fundamento o sustento legal.

Lo mismo ocurrió con los demás recibos y facturas aportadas en el plenario que respalda las mejoras y arreglos al inmueble objeto del contrato de promesa de compraventa, tan solo los enunció de manera general pero no hizo una verdadera valoración probatoria, los cuales nunca fueron tachados de falsos por el extremo pasivo, cabe la pena advertir que éste material probatorio tiene como fechas de creación Noviembre de 2009 a enero de 2010, lapso en que mi prohijada tuvo la posesión del apartamento objeto del contrato de promesa de compraventa, antes de ser arrebatada de manera irregular e ilegal por parte de los demandados con el cambio de cerraduras por parte de éstos en el mes de febrero de 2010 (tal como se avizora en el oficio elevado por mi prohijada a la administracion del conjunto obrante dentro del plenario), sumado a ello, los establecimientos donde se adquirieron los materiales para efectuar las mejoras sus direcciones coinciden en un perímetro muy cercano a la ubicación del inmueble prometido en venta.

Señoría, si los elementos descritos en las facturas referidas, no son elementos que se utilicen en la remodelación, adecuación o mejoras de un inmueble, entonces no se que podrian ser, pues nótese que dicho documental se refiere a estuco, pegacore, pared regaliz, pintura internivil entre otros tantos materiales de similares características, que son y ello no requiere ser un experto para poder concluirlo de esa forma, elementos o materiales que se utilizan en la construcción, bien sea para remodelar bienes inmuebles o para la construcción de los mismos.; entonces no resulta lógica y ajustada a la realidad las conclusiones a las cuales arriba la Juez de instancia.

Aunado a ello, vale la pena resaltar la actitud asumida por la parte demandada, respecto de NO prestar su colaboración para poder evacuar las diligencias de inspección judicial inicialmente y la practica de la prueba pericial decretada en segunda instancia, pese a existir mandato expreso de autoridad judicial; motivo más que suficiente para tener dicho actuar como **indicio grave en su contra** respecto de este hecho -Las Mejoras- el cual es susceptible de confesión, razón por la cual solicito así sea decretado por su despacho y se apliquen las sanciones correspondientes, es decir **tener por ciertas la**

mejoras realizadas al inmueble a que refiere el contrato objeto del presente proceso y aplicar las sanciones pecuniarias a que haya lugar, por sustraerse sin justa causa a las ordenes impartidas por su despacho.

Finalmente, peticiono muy respetuosamente se condene a la parte incumplida al pago de la multa de cinco (5) a diez (10) salarios mínimos mensuales, tal como lo prevé el Código General del Proceso, por desobedecer y obstruir la práctica de la prueba pericial deprecada.

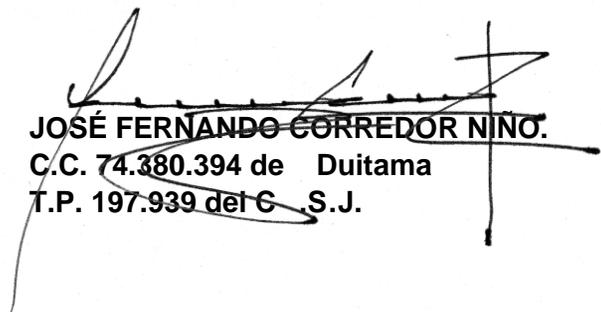
Para concluir, quiero también sea analizada y tenida en cuenta al momento de proferir el correspondiente fallo de instancia, la actitud de los demandados desde el momento en que le arrebataron la posesión de los inmuebles prometidos en venta a mi cliente, pues esto se dio de forma irregular e ilegal, con la falsa convicción que con el envío de un oficio notificando a la promitente compradora -hasta este momento cumplida-, la “TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO”, esta era procedente, lo cual no es viable de acuerdo a lo normado en el art. 1602 del C.C.C.²; situación ampliamente conocida por los demandados o por lo menos por la señora CLAUDIA PATRICIA GUAUQUE BECERRA, quien es profesional del derecho y de quien debe predicarse conocimiento de la referida norma sustancial, pero quien pese a ser conocedora de tal situación, decidió actuar contrario a derecho, lo que denota mala fe por parte de las personas que conforman la parte pasiva de la presenta acción, más aún si tenemos en cuenta que estos, pese a ya haber prometido los bienes en venta a mi poderdante y conocidos los inconvenientes contractuales presentados, proceden a celebrar sobre los mismos inmuebles contratos de compraventa con terceras personas los cuales efectivamente se materializaron como puede constatarse en los respectivos folios de matrícula inmobiliaria. Situación de la cual tuvo conocimiento la señora Juez de Primera Instancia y no mereció pronunciamiento alguno de su parte, no obstante haber sido puesta de presente por la parte demandante.

Con base en los anteriores argumentos, solicito respetuosamente de su Señoría, se sirva revocar en su integridad la sentencia de primera instancia calendada 27 de septiembre de 2019 mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda principal presentada por mi poderdante YENNY KATERINE CAMARGO BECERRA y en su lugar declarar la prosperidad todas y cada una de las pretensiones allí planteadas realizando las condenas a que haya lugar; consecuencia de tal declaración se deberá por parte de su despacho declarar la NO prosperidad de las excepciones propuestas en las contestaciones de la demanda principal realizadas por CLAUDIA PATRICIA GUAUQUE BECERRA y SIMON ARBEY RODRIGUEZ VELASQUEZ por intermedio de sus apoderados judiciales, de la misma forma la no prosperidad de las pretensiones solicitadas en la demanda de reconvenición impetrada por el señor SIMON ARBEY RODRIGUEZ VELASQUEZ, así mismo decretar la prosperidad de las excepciones interpuestas por la parte demandante frente a la demanda de reconvenición.

² **ARTICULO 1602. <LOS CONTRATOS SON LEY PARA LAS PARTES>**. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, **y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.**

Igualmente, existe error en la condenación al pago de la cláusula penal toda vez que tan solo el demandado SIMÓN RODRIGUEZ, fue quien presentó demanda de reconvención solicitando dicho reconocimiento y en el fallo se está condenando al pago en su totalidad más no en el porcentaje que le correspondería que concierne al 50% de éste.

Atentamente,



JOSÉ FERNANDO CORREDOR NIÑO.
C.C. 74.380.394 de Duitama
T.P. 197.939 del C. S.J.