

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Bogotá D.C. Veintiséis (26) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Exp.: 11001 22 03 000 2018 02790 00

Por cuanto no se objetó la liquidación de costas, se le imparte aprobación.

Notifíquese

Liana A. Lizarazo
LIANA AÍDA LIZARAZO VACA
Magistrada

Firmado Por:

**LIANA AIDA LIZARAZO VACA
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 008 CIVIL DE BOGOTÁ D.C.**

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

Código de verificación: **08bbe40ad2413a829a516ebf0c35b2afeb4d3f52971bfd96b50bd8de2fd79156**

Documento generado en 26/04/2021 03:28:06 PM

República de Colombia
Rama Judicial



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL DE DECISIÓN

MAGISTRADA PONENTE: LIANA AIDA LIZARAZO VACA
CLASE DE PROCESO: VERBAL
DEMANDANTE: CIRO ANTONIO RODRIGUEZ VESGA
DEMANDADO: AGRUPACIÓN DE VIVIENDA VILLA
CALASANZ I ETAPA PH
RADICADO: 11001310302320190017501
DECISIÓN: **CONFIRMA**
FECHA: Veintiséis (26) de abril de dos mil
veintiuno (2021)

I.OBJETO

La Magistratura procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra el auto proferido en audiencia de 12 de agosto de 2020, mediante el cual, el Juzgado 23 Civil del Circuito de Bogotá, abrió a pruebas y denegó las testimoniales y la inspección judicial por éste solicitadas.

II. ANTECEDENTES

En el trámite del proceso verbal promovido por Ciro Antonio Rodríguez Vesga contra la Agrupación de Vivienda Villa Calasanz I Etapa PH, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado 23 Civil del Circuito de Bogotá, el que admitió la demanda por auto de 04 de abril de 2019, la cual se notificó en legal forma; enterado el extremo pasivo,

se opuso a las pretensiones del libelo genitor, proponiendo los medios exceptivos que consideró pertinentes.

En el trámite de la audiencia de que trata el artículo 372 del C.G.P, en la etapa del decreto de pruebas el *a quo* resolvió negar la prueba testimonial y la inspección judicial solicitadas por la parte demandante, la primera, tras considerar que los hechos que el extremo actor pretende demostrar con las declaraciones son aspectos que ya están debidamente acreditados en el proceso con la prueba documental y la confesión rendida por la representante legal de la demandada.

Y no accedió a la inspección judicial por inconducente, en razón a que se solicitó un dictamen pericial posterior y adicional a ello, dicha prueba es irrelevante para lo que se pretende demostrar, pues el proceso no tiene como finalidad decidir sobre estados de cuentas¹.

Inconforme con tal determinación, el demandante formuló recurso de apelación, argumentando que ya se había negado la prueba del dictamen pericial, quedando sin ningún elemento probatorio para demostrar el desorden contable de la administración, que es el generador de los perjuicios reclamados².

El *a quo*, de conformidad con lo previsto en el numeral 3 de artículo 321 concedió el recurso de apelación para que fuera resuelta la pugna por esta magistratura.

III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

¹ Audiencia del 08 de agosto de 2020. Min. 02:30

² Audiencia del 08 de agosto de 2020. Min. 02:37:35

El recurso de apelación, tal y como está concebido en la ley, tiene por objeto que el superior jerárquico examine la decisión tomada en primera instancia, con el fin de revocar o reformar dicha decisión, si es el caso, únicamente cimentado en aquellos reparos formulados por el recurrente apelante.

Descendiendo al caso objeto de estudio encuentra el despacho que en la demanda declarativa verbal promovida por Ciro Antonio Rodríguez Vesga contra la Agrupación de Vivienda Villa Calasanz I Etapa PH, que milita a folios 56 a 71 del documento digital arrimado, en el acápite de pruebas se observa que el demandante solicitó como tales: **i)** Los testimonios de Gloria Patricia Rueda Noriega, Angela Patricia Rodríguez Rueda, Jawner Erson Bolaños Lara, Luis Jiménez Cobayan y José Agustín Rueda Noriega y **ii)** La práctica de una inspección judicial en las oficinas de la administración de la Agrupación de Vivienda Villa Calasanz I Etapa P.H.

En relación con la prueba testimonial informó el extremo actor que pretendía que declararan sobre lo que les constara respecto de los siguientes hechos: *“1. Si saben o les consta que CIRO ANTONIO RODRIGUEZ VESGA es el propietario del apartamento 135 de la Torre III, ubicado en la calle 96 No. 46- 58, Agrupación de Vivienda Villa Calasanz I Etapa, P.H., en la ciudad de Bogota DC., desde hace mas de treinta (30) años. 2. Si saben o les consta que la Agrupacion de Vivienda Villa Calasanz I Etapa P.H., lo tiene embargado desde hace más de diez (10) años? 3. Si saben o les consta de- múltiples reclamaciones que CIRO ANTONIO RODRIGUEZ VESGA, le ha hecho a las distintas administraciones respecto de su estado de cuenta por concepto de cuotas ordinarias y/o extra - ordinarias de Administración. 4. Si saben o les consta que ninguno de mis reclamos en mencion han sido atendidos por las distintas administraciones. propietario del apartamento 135 de la Torre III, ubicado en la calle 96 No. 46-58, Agrupacion de Vivienda Villa Calasanz I Etapa, P.H.,5. Si saben o les consta que en lo ultimos veinte (20) años la Agrupacion de Vivienda Villa Calasanz I Etapa P.H., le ha venido entregando al señor CIRO*

ANTONIO RODRIGUEZ VESGA, indiscriminados y sin soporte contable y/o financiero ninguno y 6. Me reserve el derecho de ampliar el presente cuestionario en la fecha y hora de la audiencia correspondiente”.

La negativa a decretar ese medio de prueba se ajustó a derecho, afirmación que surge de la confrontación de los hechos a probar que indicó el actor y el objeto de este. En efecto, en lo que atañe a los aspectos señalados en los numerales 1° y 2° la prueba testimonial aparece manifiestamente inconducente. Sabido es que el ordenamiento jurídico, en algunos eventos, establece la prueba que debe emplearse para acreditar determinados hechos, caso en el cual únicamente dicha probanza es la adecuada para la demostración de ese supuesto fáctico. En concordancia, la doctrina reconoce que es *“ineficaz la prueba inconducente por no constituir un medio apto para efectos de demostrar ciertos hechos respecto de los que la ley exige unos precisos medios de prueba”*³.

Uno de esos eventos lo constituye la acreditación de la propiedad de bienes inmuebles, pues, la ley determina el medio probatorio idóneo que debe utilizarse con esa finalidad -escritura pública y certificado de tradición y, si bien en pronunciamientos jurisprudenciales recientes se ha flexibilizado la carga probatoria aceptando que el certificado de tradición y libertad constituye prueba suficiente de la calidad de dueño⁴ cuando se trata de demostrar la calidad de propietario de bienes raíces en procesos judiciales en los que el objeto del litigio no versa sobre la propiedad del inmueble, como en el presente, continúa siendo lo cierto que, en todo caso, dicha prueba no puede ser suplida por la testimonial, de donde ésta resulta inconducente. Situación similar ocurre con el embargo, pues tratándose de una medida cautelar que, en el caso de bienes inmuebles, se

³ Hernán Fabio López Blanco. Código General del Proceso (Bogotá, Dupré, 2019), p. 114

⁴ Corte Constitucional. Sentencia SU-454 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

perfecciona con su registro, la única prueba plausible es aquella que dé cuenta de que efectivamente se realizó la anotación o inscripción correspondiente. Luego, resulta patente que la prueba testimonial impetrada para demostrar la calidad de propietario del demandante y el embargo que pesaba sobre el inmueble de su titularidad, es inconducente, calificación que autoriza su rechazo a la luz de lo previsto en el artículo 168 del Código General del Proceso.

Por ese mismo camino transita lo referente a las circunstancias contenidas en los numerales 4, 5 y 6, aunque por inútil, ya que esos interrogantes quedaron ventilados en las declaraciones vertidas por la representante legal de la Agrupación de vivienda y por el demandante en audiencia del 8 de agosto de 2020, lo que conlleva a concluir que la prueba deprecada por el actor, para el momento de su decreto, era superflua. Ello, porque se ubica en uno de los supuestos que la doctrina ha reconocido como de inutilidad de la prueba, lo que tiene lugar "*[c]uando el hecho está plenamente demostrado en el proceso y se pretende con otras pruebas demostrarlo. Por ejemplo, el hecho es susceptible de confesión, está confesado y se piden otras pruebas para demostrarlo*"⁵.

En consecuencia, encontrándose aceptadas por el representante legal de la propiedad horizontal demandada las reclamaciones efectuadas por el demandante a la administración, la falta de una respuesta a algunos de dichos reclamos, así como la entrega de estados de cuentas con errores, no cabe duda de que se trataba de hechos demostrados, para lo que resultaba excesivo recaudar mayores elementos de convencimiento.

⁵ Jairo Parra Quijano. *Manual de derecho probatorio*, Ed. 16 (Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, 2007), p. 111.

Por último, debe decirse que el “*derecho*” que se reservó el demandante a ampliar el cuestionario, formalmente no tiene cabida por cuanto el requisito que impuso el legislador de “*enunciar concretamente los hechos materia de esa prueba*” supone que es respecto de dichas materias que se va a pronunciar el tercero citado al proceso y, por ende, es a partir del objeto de la prueba, señalado en la solicitud, que el juez realiza el examen sobre su conducencia, pertinencia y utilidad, lo que deja sin asidero el reclamo presentado por el apelante a ese respecto.

Zanjado el reparo frente a la prueba testimonial, entra el despacho a resolver sobre la procedencia del decreto de la inspección judicial solicitada por el demandante, para lo cual habrá que traerse a colación lo pretendido a través de dicho medio y que fue enunciado en el libelo genitor, así: “*Sírvase señor Juez ordenar la práctica de una inspección judicial en las oficinas de la administración de la Agrupación de Vivienda Villa Calasanz I Etapa P.H., ubicadas en calle 96 No. 46-58, a fin de que en los términos del artículo 238 del C.G.P., proceda a efectuar un examen minucioso de los libros de contabilidad y en particular del estado de la cuenta que reposen en esa oficina relacionados con la memoria histórica del apartamento 135 de la Torre III de la Agrupación de Vivienda Villa Calasanz P.H., de propiedad de CIRO ANTONIO RODRIGUEZ VESGA, ubicado en la mentada dirección a fin de establecer la situación cuantitativa real y actual de la deuda que pueda pesar en cabeza del señor RODRIGUEZ VESGA*”.

Vista la petición probatoria se observa que estuvo bien negada la inspección judicial, porque al pretender la revisión de documentos en poder de la parte demandada necesariamente requería impetrar su exhibición, como lo prevé el artículo 239 del Código General del Proceso, sin que así lo hiciera, de donde su formulación no se efectuó con las exigencias que la ley impone, razón suficiente para que no procediera su decreto. Además, el fin señalado no corresponde, en

estricto sentido, a este medio probatorio - que el juez examine los libros de contabilidad de la propiedad horizontal y el estado de cuenta de la unidad privada del demandante para determinar la situación cuantitativa real y actual de la deuda -, pues excede el objeto de este medio de prueba, el cual radica exclusivamente en la observación, apreciación sensorial personal que el juez debe realizar, que no en un análisis que demanda de conocimientos especializados –ciencias contables— para lo cual el legislador estableció como prueba el dictamen pericial, de donde no era la inspección judicial el medio de prueba idóneo para lograr la valoración pretendida, circunstancia que justifica en suficiencia la negativa de decreto de dicho medio probatorio, como por demás así lo establece el artículo 236 del Código General del Proceso.

Se detiene el Despacho en puntualizar que si bien cuando el juez niega la inspección puede reemplazarla con el decreto de un dictamen pericial, concediendo el término para su presentación, en este evento tal sustitución no procedía porque el apelante solicitó, durante el término de traslado de las excepciones de mérito, que se decretara como prueba un dictamen pericial, designando un perito contador público para que rindiera su experticia “*respecto de las cuotas de administración ordinarias y/o extraordinarias que pudiera adeudar*” el demandante. En el cuestionario formulado pidió que el perito se pronunciara sobre: i) el valor exacto de cada una de las cuotas de administración causadas entre junio de 2011 y junio de 2019; ii) el valor de las cuotas extraordinarias; iii) el valor de los intereses de mora; iv) a qué corresponde el concepto de “*otros*”; y, v) precisar si los valores corresponden a registro contables que por ley debe llevar la administración de la copropiedad, peritaje para el que se concedió el término de 15 días para allegarlo.

En atención a la normatividad que regula ese medio de prueba solamente es legalmente posible un dictamen pericial sobre un mismo hecho – Inc. 2 art. 226 C.G.P. -, y como se evidencia, en lo fundamental, el objeto de la inspección judicial y el de la pericia era el mismo, demostrar el verdadero estado de las obligaciones a cargo del demandante, luego con el dictamen que se decretó se satisfizo el derecho a probar del extremo activo. Empero, no se cumplió con la carga de la prueba y dentro del lapso concedido no se trajo al proceso la experticia dispuesta. Esta cuestión resulta relevante, puesto que fue la falencia en la actividad probatoria del accionante la que dio lugar a que no se pudiera valer del dictamen pericial para la demostración de los hechos, sin que la negativa de la inspección judicial pueda utilizarse para reabrir la oportunidad probatoria, en atención al principio de la perentoriedad de los términos. Luego, el argumento del apelante – como se negó el dictamen quedó sin sustento la negativa a la práctica de la inspección judicial – no se acomoda ni a la realidad procesal ni a la ley.

Así las cosas, dado que el accionante subsumió en la petición de la experticia el objeto de la inspección judicial, era de su cargo traer al proceso dicho dictamen, en los términos que se dispuso mediante auto de 23 de septiembre de 2019, carga que no satisfizo. Su inacción no constituye, ni puede servir, para revivir el debate sobre la negativa a la inspección judicial, decisión que, por demás, no es recurrible, según lo consagra el inciso final del artículo 236 del Código General del Proceso.

En virtud de las consideraciones expuestas se hace imperioso confirmar la decisión adoptada por el Juez de instancia, por encontrarse la misma ajustada a derecho.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C. – Sala Civil,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el proveído apelado de fecha y origen preanotados, de conformidad con las motivaciones que anteceden.

SEGUNDO: En firme al presente providencia, ingresen las diligencias al Despacho para dar trámite a la apelación de la sentencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



Liana Aida Lizarazo Vaca
Magistrada

Firmado Por:

LIANA AIDA LIZARAZO VACA
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 008 CIVIL DE BOGOTÁ D.C.

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

Código de verificación: **e1137bced27f162da1f13afa252dd578df1f4c7ec6c8927e6e7711b7728cb8a2**

Documento generado en 26/04/2021 12:34:48 PM

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

*Bogotá D.C., veintiséis (26) de abril de dos mil
veintiuno (2021).*

*Ref: VERBAL de ISABEL CRISTINA QUINTERO
PISCIOTTI contra PISCICOLA CORALES S.A.S., JAVIER QUINTERO
PISCIOTTI y DANIEL QUINTERO SUÁREZ. Exp. 2019-00295-01.*

**MAGISTRADO PONENTE: JORGE EDUARDO
FERREIRA VARGAS.**

*Discutido y aprobado en Sala de Decisión
celebrada el día 24 de marzo de 2021.*

*Decide la Corporación el recurso de apelación
interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en
audiencia pública celebrada el 12 de marzo de 2020, por la Delegatura para
asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades, por la cual
se negaron las pretensiones de la demanda.*

I. ANTECEDENTES

*1.- La demandante, el día 6 de agosto de 2019
(derivado 2019-01-297896-000), convocó a Javier Quintero Piscioti, Daniel
Quintero Suárez y Piscicola Corales S.A.S., para que por el trámite de un
proceso verbal se declare que: **i)** entre los accionistas de la sociedad no
existe animus societatis; **ii)** como consecuencia se disponga la disolución de
la sociedad por configurarse la causal segunda de los artículos 34 y 218 de
la Ley 1258 de 2008 y del Código de Comercio, respectivamente, en la
medida que la imposibilidad de ejecutar las obligaciones de la asamblea
(celebración de reuniones, aprobación de estados financieros, presentación
de planes de negocios, etc) impide igualmente el desarrollo de las
actividades previstas en el objeto social; **iii)** se ordene la liquidación de la
sociedad; y, **iv)** “se realice la designación de un liquidador inscrito en la
lista de auxiliares de la Superintendencia de Sociedades y, de manera
subsidiaria, se ordene al administrador de Piscicola Corales S.A.S. cumplir
con el trámite de liquidación de ese ente societario, permitiendo el ejercicio
del derecho de inspección a Isabel Cristina Quintero Piscioti”.*

2.- Las súplicas se edifican en los siguientes hechos que en seguida se compendian (pag. 1 a 5 *ibídem*):

2.1.- Sostuvo que mediante documento privado del 13 de abril de 2012 se constituyó la sociedad Piscicola Corales S.A.S. con un capital autorizado de \$10'000.000.00, dividido en 1.000 acciones, el cual se encuentra suscrito y pagado, en tanto que, la participación accionaria en dicha sociedad para Isabel Cristina Quintero Piscioti y Javier Quintero Piscioti (hermano), es en proporción de un 50% para cada uno.

2.2.- Adiciona que la convocante fungió como representante legal principal desde el momento de su constitución y hasta el 28 de diciembre de 2015, cuando fue removida de dicho cargo a través de decisión adoptada en reunión por derecho propio celebrada presuntamente por Javier Quintero Piscioti el día 1° de abril de esa misma anualidad.

2.3.- Agrega que desde el nombramiento de Daniel Quintero Suárez como administrador de dicha persona jurídica, no se han celebrado las reuniones ordinarias a las que por ley esa obligado a convocar y tampoco se ha permitido el derecho de inspección a la demandante, razón por la cual no se tiene conocimiento del estado financiero de la misma.

2.4.- Indica que durante los años 2017, 2018 y 2019 otorgó varios poderes especiales para realizar reuniones por derecho propio ante la falta de convocatoria por parte de los encargados de manejo de la sociedad, sin embargo, las mismas no se han podido a cabo por causas no imputable a ella, mientras que la última renovación de la matrícula mercantil se realizó el 31 de marzo de 2017 a pesar el término de duración de la convocada se encuentra prevista hasta el día 13 de abril de 2022.

3.- El demandado Javier Quintero Piscioti se notificó personalmente (derivado 2019-01-344804-000), quien dentro de la oportunidad prevista para tal fin contestó el libelo genitor, sin oponerse a la prosperidad de las tres pretensiones principales, sin embargo, indicó no estar de acuerdo con el nombramiento del liquidador de la lista de auxiliares de la Superintendencia de Sociedades, pues en su sentir dicha labor debe ejercerla él o el representante legal de la convocada.

3.1. Igualmente, se tiene que la persona jurídica Piscicola Corales S.A.S. y Daniel Quintero Suarez, se notificaron en la forma prevista en los artículos 291 y 292 del C.G del P., quienes dentro de la oportunidad procesal prevista para tal propósito guardaron silencio (derivado 2020-01-063517-000).

4.- En la audiencia de que trata el artículo 372 del C.G.P. se declaró fracasada la etapa de la conciliación como quiera que los convocados no asistieron a la convocatoria, se prescindió de interrogar a la demandada, se fijó el litigio, decretaron las pruebas solicitadas que se contraen a las documentales, seguidamente, se escucharon los alegatos de

conclusión y se dictó sentencia negándose las pretensiones de la demanda, decisión que no compartió la parte actora por lo que interpuso la alzada que ahora se analiza (derivados 2020-01-105318-00 y 2019-01-297896-00).

II. EL FALLO APELADO

5.- La Juez a quo inicia su fallo encontrando cumplidos los presupuestos procesales necesarios para la regular formación de la relación jurídico procesal, posteriormente adujo que la falta de ánimo societario no constituye per se una causal de disolución, pues incluso este despacho ha sido reiterativo en que la falta de dicho aspecto tampoco da lugar a la imposibilidad de desarrollar el objeto social, que sí es la causal prevista en el numeral 2° del artículo 34 de la Ley 1258 de 2008, sin desconocer que las posibles desavenencias entre los asociados podrían eventualmente dar lugar a un bloqueo del máximo órgano social que a la postre conlleven a la imposibilidad de desarrollar el objeto social.

Agregó que, es frecuente que se presenten diferencias entre accionistas de una sociedad, por cuyo efecto se dificulte la toma de decisiones durante las reuniones de la asamblea, empero, ello no significa que los administradores se vean abocados a la cesación de actividades de la compañía, por cuanto el desarrollo de la empresa social podría continuar mientras los accionistas superan sus discrepancias.

Señaló que, no se demostró con el rigor que se requiere un bloqueo del máximo órgano social, en tanto que no existe ningún elemento de convicción que permita colegir de forma inexorable que la asamblea general de accionistas no se haya podido reunir y adoptar decisiones en razón a lo precitado, verificable en el sentido de que uno de los asociados de la compañía vota que sí y otro no y, en esa medida no se puede tomar una decisión determinante para la compañía.

Y es que no se arrimó el libro de actas de la asamblea general que pruebe la circunstancia que viene de mencionarse, sumado a que las razones esbozadas en la demanda necesariamente deben ventilarse por la acción idónea ya que ello necesariamente tiene que ver con el incumplimiento de los deberes de los administradores, sin que ello conlleve a determinar que la sociedad está inmersa dentro de una de las causales de disolución.

Adicionó que, en todo caso la actora se encuentra facultada para convocar a la reunión por derecho propio en la puerta del domicilio de la persona jurídica convocada, de ahí que tampoco podría concluirse el bloqueo a partir del hecho de que no se hubiera podido celebrar ningún tipo de reuniones. Finalizó argumentando que aunque el demandado no se hizo presente a la audiencia y tampoco contestaron la demanda, eso podría dar lugar a que este despacho aplique las presunciones como

sanciones procesales a que hace referencia el Código General del Proceso, empero, en todo caso ellas no determinan si acaeció o no la causal de disolución.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

6.- Inconforme con esa determinación la parte convocante presentó recurso de apelación, oportunidad en la que presentó sus reparos, los cuales se contraen a: (i) que si bien la “falta de affectio societatis” no es causal de disolución y liquidación de la sociedad, este hecho sí genera una imposibilidad del desarrollo del objeto social, puesto que ni siquiera se pueden reunir para la toma de decisiones de ahí que la parálisis si se presenta en este caso en particular.

(ii) Equivoca su decisión la Juez a quo ya que a pesar de reconocer que existe un conflicto, puesto que, ni siquiera se conocen los balances de la sociedad, ya que el representante legal no cumple con sus deberes, sumado a la circunstancia que para hacer una reunión por derecho propio en todo caso tiene que haber quorum, y es que pasó inadvertido que a la convocante se le ha impedido ejercer el derecho de inspección, la parálisis es tan evidente que ella sola no puede aprobar los estados financieros ni hacer ni tomar decisiones pues en todo caso se requiere la pluralidad de socios.

6.1.- Así mismo, por auto adiado 3 de marzo de la anualidad que avanza se ordenó correr el traslado previsto en el inciso 3° del artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, a la parte apelante con el propósito que sustente su alzada.

6.2.- A través de escrito enviados por correo electrónico a la Secretaría de este Tribunal la inconforme -demandante- presentó escrito dando cumplimiento a lo ordenado en el auto que antecede, en tanto que su contraparte guardó silencio.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

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

3.- Desde esta perspectiva, el problema jurídico a dilucidar se contrae a: (i) determinar si dentro de este asunto se encuentra presente la causal invocada y por la cual se configure la disolución de la sociedad, o si por el contrario, la misma no aparece demostrada y (ii) si equivocó su decisión la juez a quo ya que es evidente la falta de ánimo societario, el bloqueo y la imposibilidad de desarrollar el objeto social para la cual fue creada la persona jurídica convocada. A tales aspectos se circunscribe el reparo de la parte demandante apelante.

4.- Las sociedades de lucro legalmente constituidas requieren la ejecución de una serie de actos encaminados a un fin común, en tanto que del comportamiento de sus socios deben aflorar con claridad los elementos constitutivos de la affectio societatis, es decir, la intención de asociarse para la realización mancomunada de la labor lucrativa, para partir de ahí desarrollar el objeto social para la cual fue creada.

4.1.- Desde esta perspectiva, se tiene que las causales para la disolución de la sociedad se encuentran previstas en la legislación comercial en el artículo 218 del Código de Comercio, que literaliza: “1) Por vencimiento del término previsto para su duración en el contrato, si no fuere prorrogado válidamente antes de su expiración; 2) **Por la imposibilidad de desarrollar la empresa social, por la terminación de la misma o por la extinción de la cosa o cosas cuya explotación constituye su objeto;** 3) Por reducción del número de asociados a menos del requerido en la ley para su formación o funcionamiento, o por aumento que exceda del límite máximo fijado en la misma ley...” previsión también contemplada en el artículo 34¹ de la Ley 1258 de 2008 en términos similares, norma especial que regula el tipo de sociedades que crearon los aquí contendientes.

4.2.- En este contexto, cumple precisar que la doctrina ha considerado que la falta de ánimo societario se encuentra inmersa implícitamente dentro de la causal 2ª de disolución que se acaba de citar, en tal sentido, expresó que:

¹ Artículo 34 de la Ley 1258 de 2008, La sociedad por acciones simplificada se disolverá:

1o. Por vencimiento del término previsto en los estatutos, si lo hubiere, a menos que fuere prorrogado mediante documento inscrito en el Registro mercantil antes de su expiración.

2o. Por imposibilidad de desarrollar las actividades previstas en su objeto social.

3o. Por la iniciación del trámite de liquidación judicial.

4o. Por las causales previstas en los estatutos.

5o. Por voluntad de los accionistas adoptada en la asamblea o por decisión del accionista único.

6o. Por orden de autoridad competente, y

7o. <Numeral derogado por el párrafo 2 del artículo 4 -Causal de disolución por no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha- de la Ley 2069 de 2020>

“Ahora bien, la presunta exigencia de que el ánimo asociativo se mantenga durante toda la vida de la sociedad, crea dificultades de interpretación de relevancia insoslayable. Aceptar la necesidad de que el animus permanezca indefinidamente, daría lugar a problemas prácticos que atentaría contra el principio contemporáneo de conservación de la empresa. Ello obedece a que, si llegare a faltar en cualquier tiempo, el vínculo del asociado se afectaría, con consecuencias inciertas respecto de su continuidad en el contrato social. Es de la mayor relevancia determinar si la pérdida sobreviniente de ese elemento –que ocurre con frecuencia en la práctica por desavenencias entre los asociados–, tendría suficiente entidad como para hacer inexistente el vínculo contractual del respectivo asociado. No parece lógica esta conclusión, a la que podría llegarse con fundamento en lo previsto en el artículo 898 de Código de Comercio, según el cual, la falta de un elemento esencial acarrea la inexistencia del contrato (o la del vínculo respectivo en los contratos plurilaterales). Más aún, si la tesis se lleva a fatales extremos, podría aun aducirse que no existe affectio societatis cuando se presenta un bloqueo sobreviniente en los órganos sociales, por obra de alguno o algunos de los asociados. Se sabe que esta situación no puede generar la falta de un elemento esencial del contrato ni causar su inexistencia. Si la situación se prolonga en el tiempo, podría acarrear la “imposibilidad de desarrollar la empresa social”. En este caso, la solución, muy distinta, sería la declaratoria de disolución de la sociedad por el acaecimiento de una causal legal (C. de Co., art. 218 ord. 2º)”².

4.3.- Entonces, atendiendo a que dentro de la causal segunda del artículo³ al que se acaba de hacer mención, se encuentra inmersa la falta de affectio societatis, aspecto que justamente conlleva la imposibilidad de desarrollar el objeto social y el cual es invocado la parte convocante al solicitar la disolución de la sociedad, emprende el Tribunal el estudio de los elementos de convicción arrojados al plenario con el propósito de determinar si en verdad está plenamente acreditada dicha situación.

En efecto, nótese que existe prueba de confesión en punto que la sociedad esta integrada por dos socios a saber: Isabel Cristina Quintero Piscioti y Javier Quintero Piscioti, en tanto que cada uno cuenta

² REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho Societario. Tomo I, tercera edición, Editorial Temis S.A.. Bogotá, 2016, pag. 142.

³ Artículo 218 del Código de Comercio, La sociedad comercial se disolverá:

- 1) Por vencimiento del término previsto para su duración en el contrato, si no fuere prorrogado válidamente antes de su expiración;
- 2) Por la imposibilidad de desarrollar la empresa social, por la terminación de la misma o por la extinción de la cosa o cosas cuya explotación constituye su objeto;
- 3) Por reducción del número de asociados a menos del requerido en la ley para su formación o funcionamiento, o por aumento que exceda del límite máximo fijado en la misma ley;
- 4) Por la declaración de quiebra de la sociedad;
- 5) Por las causales que expresa y claramente se estipulen en el contrato;
- 6) Por decisión de los asociados, adoptada conforme a las leyes y al contrato social;
- 7) Por decisión de autoridad competente en los casos expresamente previstos en las leyes, y
- 8) Por las demás causales establecidas en las leyes, en relación con todas o algunas de las formas de sociedad que regula este Código.

con una participación del 50%, en razón a que así fue expuesto en el hecho 2.3. de la demanda, el cual fue admitido por cierto en la contestación de la demanda, por tal razón aun cuando no se haya aportado certificación expedida por el representante legal de la sociedad Piscicola Corales S.A.S. en punto de los accionistas inscritos en el libro de ese mismo nombre, la verdad es que dicho aspecto es pacífico en la controversia.

Así mismo, también obra una auditoria contable, tributaria y financiera practicada por Jeny Natalia Arias y Doly Yaneth Torres Arias, en el cual se concluye que las operaciones contables de la persona jurídica en comento se registraron en el sistema SIGO hasta el año 2015, los cuales cumplieron las normas contenidas en los artículos 48 y siguientes del Código de Comercio y en el Decreto 2649 de 1995, en tanto que, con posterioridad a dicha anualidad no existen constancia de haberse elaborado estados financieros, ya que no se han presentado a la asamblea de accionistas (pag. 65 a 70 pdf, derivado 2019-01-297896-000), documento que valga la pena referirlo no fue tachado de redargüido de falso.

Igualmente, también existe prueba de confesión que desde hace más de cuatro años entre los socios existen marcadas diferencias en lo que respecta a la persona jurídica en comento, al punto que ni siquiera se convoca a las reuniones del máximo órgano social.

5.- Desde esta perspectiva, surge incuestionable que la pluricitada sociedad no cuenta con movimientos financieros desde el año 2016, en la actualidad no ejecutada su objeto social y el ánimo de asociación desapareció con posterioridad al año 2015, aspectos que están exentas de prueba si en cuenta se tiene que se trata de afirmaciones y negaciones indefinidas -inciso final art. 167⁴ del C.G.P.-, las cuales no fueron objeto de controversia por parte del extremo demandado, a tal punto que a pesar que contestó la demanda admitiendo como ciertos la mayoría de los hechos no se opuso a la pretensión inicial y tampoco presentó ningún medio exceptivo, en tanto que, en lo único que no estuvo de acuerdo es que se designara liquidador de la lista de auxiliares de la Superintendencia de Sociedades, en cambio, solicitó que se nombrara al representante legal de dicha persona jurídica o en su defecto a él -Javier Quintero Piscioti-.

⁴ Artículo 167 del C.G.P. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código.

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.

5.1.- Pero como si lo anterior no fuese suficiente, nótese que los demandados no comparecieron a la diligencia prevista en el art. 372 del C.G.P⁵., lo que significa que su conducta procesal denota un desinterés absoluto en las resultas del proceso, lo que indefectiblemente también conlleva a una confesión ficta o presunta de todos los hechos de la demanda susceptibles de dicha prueba, y que no pueden ser otros que los enunciados en líneas que preceden, ello por así disponerlo el artículo 191⁶ del Código General del Proceso.

6.- En este contexto, es evidente que la sociedad Piscicola Corales S.A.S. representada legalmente por Daniel Quintero Suárez, persona natural –no socio- quedó imposibilitada para desarrollar su objeto social, aspecto que como se anunció desde un inicio conllevan a la disolución de la persona jurídica ante la falta de intereses de continuar en asociación.

6.1.- Frente a este tópico, surge evidente que equivocó su decisión la Juez a quo, pues si el objeto social no se está desarrollando como efectivamente lo anunció la parte demandante en la audiencia de que trata el artículo 372 del C.G.P., ya que indicó que la finca donde se desarrollaba el cultivo de peces está abandonada y desde el año 2016 no se presentan estados financieros, en tanto que, entre los accionistas existen diferencias que conllevaron a la desaparición del ánimo de asociarse, no se reúnen para la toma de decisiones porque los administradores no convocan a las mismas, por tanto resulta inocuo prolongar su existencia hasta el año 2023, que fue el término de duración inicialmente pactado.

Y no se diga que perfectamente puede realizarse las reuniones por derecho propio establecidas en nuestra legislación, ya que tal circunstancia sería viable en la medida que el objeto social se estuviera desarrollando o que existiera el *affectio societatis*, empero a riesgo de ser reiterativos, las mismas no concurren en esta ocasión.

7.- En conclusión, se tiene que los reparos expuestos por la parte convocante se encuentra llamados a prosperar, razón por la cual habrá de revocarse la sentencia de primer grado y, en su lugar,

⁵ Numeral 4º art. 372 del C.G.P., Consecuencias de la inasistencia. La inasistencia injustificada del demandante hará presumir ciertos los hechos en que se fundan las excepciones propuestas por el demandado siempre que sean susceptibles de confesión; la del demandado hará presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión en que se funde la demanda.

⁶ Artículo 191 *ibidem*, a confesión requiere:

1. Que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado.

2. Que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria.

3. Que recaiga sobre hechos respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba.

4. Que sea expresa, consciente y libre.

. Que verse sobre hechos personales del confesante o de los que tenga o deba tener conocimiento.

6. Que se encuentre debidamente probada, si fuere extrajudicial o judicial trasladada.

La simple declaración de parte se valorará por el juez de acuerdo con las reglas generales de apreciación de las pruebas.

se accederá a las pretensiones principales de la demanda, con la consecuente condena en costas de ambas instancias a la parte demandada conforme a lo establecido en el numeral 4° del artículo 365 del C.G.P.

V. DECISION

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

RESUELVE:

1.- REVOCAR la sentencia dictada en audiencia pública celebrada el 12 de marzo de 2020, por la Delegatura para asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades, por las razones expuestas en la parte considerativa. En consecuencia:

1.1.- DECLARAR disuelta y en estado de liquidación la sociedad Piscicola Corales S.A.S.

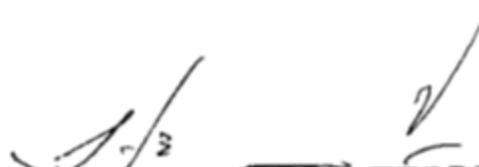
1.2.- ORDENAR la inscripción de esta sentencia en el registro mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá, de la persona jurídica demandada.

1.3.- DISPONER la liquidación de la sociedad Piscicola Corales S.A.S., para lo cual el juez de primer grado deberá atender lo dispuesto en el artículo 529 del Código General del Proceso.

2.- CONDENAR en costas a la parte demandada, en ambas instancias. Tásense.

2.1.- De conformidad con lo previsto en el numeral 3° del artículo 366 del Código General del Proceso, en concordancia con el artículo 5° del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016, en la liquidación de costas causadas en segunda instancia, inclúyase como Agencias en Derecho la suma correspondiente a un (1) salario mínimo mensual legal vigente. Para la elaboración de la misma síganse las reglas previstas en dicha norma.

NOTIFÍQUESE



JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO

Adriana Ayala Pulgarin.

ADRIANA AYALA PULGARÍN

Magistrada



MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA
Magistrada

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

*Bogotá D.C., veintiséis (26) de abril de dos mil
veintiuno (2021).*

*Ref: PROCESO VERBAL de PROTECCIÓN AL
CONSUMIDOR FINANCIERO de COLMALLAS S.A. contra BANCOLOMBIA
S.A. Exp. 003-2019-02796-01.*

**MAGISTRADO PONENTE: JORGE EDUARDO
FERREIRA VARGAS.**

*Discutido y aprobado en Sala de Decisión de 7 de
abril de 2020.*

*Decide el Tribunal el recurso de apelación
interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en audiencia
pública celebrada el dieciséis (16) de diciembre del año dos mil veinte (2020),
en Delegatura para asuntos con Funciones Jurisdiccionales de la
Superintendencia Financiera de Colombia.*

I. ANTECEDENTES

*1.- La sociedad COLMALLAS S.A., actuando por
conducto de apoderado judicial, instauró demanda verbal de protección al
consumidor financiero contra el BANCOLOMBIA S.A. pretendiendo (i) que se
declare que entre las partes existe un contrato de cuenta corriente No.
2057038420, (ii) que se declare que la demandada incumplió dicho negocio
jurídico al pagar de forma indebida el cheque No. 00238476, por valor de
\$176'530.770.00, (iii) que consecuentemente se condene a la entidad
financiera demandada a restituir el monto reseñado, (iv) que se reconozcan
intereses de mora desde el 25 de febrero de 2019 a la tasa máxima legal
permitida. (pag. 2, derivado 2019123816-000-000, exp. digital).*

*2.- Las pretensiones se apoyan, en resumen, en los
hechos que seguidamente se citan (fls. 2 a 5 ibídem):*

*2.1.- La sociedad COLMALLAS S.A. es titular de la
cuenta corriente bancaria No. 2057038420 de BANCOLOMBIA S.A., en tanto
que la convocante el día 21 de febrero de 2019 giró un cheque del talonario
asignado a favor de la persona jurídica Grapas y Puntillas El Caballo S.A. por
valor de \$176.530.770.00, el cual contenía dos restricciones para el pago:*

únicamente al primer beneficiario, el primero con sello de tinta y, el segundo impreso en computador con relieve.

2.2.- Que el título valor fue presentado para su solución el 25 de febrero de 2019, en la oficina de Corabastos, para ese entonces ya contenía un levantamiento de la restricción reseñada, impuesto de forma fraudulenta ya que ni las firmas allí plasmadas ni el sello estampado corresponden a los utilizados por la demandante en sus operaciones bancarias.

2.3.- Situación que no fue advertida por el funcionario de la entidad financiera, pues no adelantó ninguna acción adicional para verificar la validez de dicha orden, ya que no confirmó con el girador la forma de pago del mismo, sumado a que de una breve revisión del procedimiento era posible establecer que Colmallas S.A. nunca ha levantado la condición de ser pagado únicamente al primer beneficiario, aspecto que en todo caso debió prender las alarmas de la entidad financiera, en cambio, fue abonado su importe en la cuenta No. 54064571501 a nombre de la Fundación Morsaba.

2.4.- Refiere que la demandante presentó requerimiento exponiendo la situación a la que se hizo alusión en precedencia, en respuesta del día 19 de marzo de 2019, se adujo que de la investigación realizada por el Banco se pudo establecer que el cheque fue entregado por el cuentacorrientista directamente o a través de sus dependientes a un tercero suplantador de la empresa beneficiaria, en tanto que al momento de efectuarse el pago no se evidenció ninguna contraorden impartida que impidiera su pago.

2.5.- Adiciona que petitionó la restitución del cheque original el cual fue puesto a disposición de la actora el 29 de marzo de esa misma anualidad, sobre el cual se dispuso la práctica de una prueba grafológica en la cual se concluyó que las firmas insertadas en la parte posterior del instrumento cambiario no son uniprocedentes con las registradas en la entidad financiera para tal propósito, pues fueron impuestas a través de un proceso imitativo burdo, mediante transferencia de imágenes, las cuales dadas las características morfológicas es posible afirmar que tal falsedad es notoria y detectable dentro de un proceso normal de visación, para el que los funcionarios de Banco son capacitados, ya que adelantan esa labor de forma permanente.

2.6.- Agrega que el 30 de julio de 2019 fue efectuada la reclamación directa en cumplimiento del numeral 5° del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011, la cual fue rechazada argumentando que la defraudación es culpa de la convocante, omitiendo que de forma verbal se puso en conocimiento la situación presentada a los funcionarios de la sucursal donde se tiene la cuenta corriente.

3.- La persona jurídica demandada BANCOLOMBIA S.A., en réplica al libelo, se opuso a las pretensiones y planteó las excepciones que tituló: “INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD DE BANCOLOMBIA CONFORME A LO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 733 DEL

CÓDIGO DE COMERCIO. APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SOBRE LA RESPONSABILIDAD EN EL PAGO DE CHEQUES ADULTERADOS”, “EL DEMANDANTE PERDIÓ LA CUSTODIA DEL CHEQUE OBJETO DE LA DEMANDA Y NO DIO AVISO OPORTUNO AL BANCO: DEBIÓ DARLO ANTES DEL PAGO”, “EL DEMANDANTE INCUMPLIÓ EL CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE”, “BANCOLOMBIA PAGO CORRECTAMENTE EL CHEQUE” “AUSENCIA DE RELACIÓN DE CAUSALIDAD”, “HECHO DE UN TERCERO” y la genérica (pág. 1 a 7, derivado 009, ibídem).

4.- Mediante proveído de 16 de junio de 2020 (derivado 28 ejusdem) se citó a la audiencia que trata el art. 372 del C. G. del P., en la cual se declaró fracasada la etapa de conciliación, se interrogó a las partes, fijó el litigio y abrió a pruebas el presente asunto (derivado 35 ib.), en actos procesales posteriores -16 de diciembre de 2020, se cerró la etapa probatorio, se escucharon los alegatos de los contendientes y se dictó sentencia, en la cual se declaró probadas las excepciones denominadas “EL DEMANDANTE PERDIÓ LA CUSTODIA DEL CHEQUE OBJETO DE LA DEMANDA Y NO DIO AVISO OPORTUNO AL BANCO DEBIÓ DARLO ANTES DEL PAGO”, “EL DEMANDANTE INCUMPLIÓ EL CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE” y “BANCOLOMBIA PAGO CORRECTAMENTE EL CHEQUE” y, en consecuencia, negó las pretensiones de la demanda y condena en costas al actor (fls derivado 49 ej.). Decisión que no compartió el extremo convocante por lo que interpuso la alzada que ahora se revisa.

II. EL FALLO DEL A-QUO

5.- El funcionario de primer grado revestido de facultades jurisdiccionales inicia su fallo con la obligatoria síntesis de la demanda, su contestación y trámite procesal para seguidamente ocuparse del problema jurídico, citando el marco legal y contractual para desatar la litis, así mismo, memoró los hechos probados en la litis.

Agregó que el aviso por la pérdida de cheque cuyo beneficiario era la sociedad GRAPAS Y PUNTILLAS EL CABALLO S.A., entregado a un tercero se dio con posterioridad a que se produjera el pago que ocurrió el 25 de febrero de 2019, previo el proceso de canje, de ahí que la noticia que dio la sociedad COLMALLAS S.A. el día 27 siguiente, acerca de la pérdida o extravío del título valor no fue oportuna, ya que de acuerdo con lo establecido en el artículo 733 del Código de Comercio, dicha notificación debió inexorablemente producirse antes de realizarse la solución del caratular en cuestión.

En este contexto, teniendo en cuenta que es oportuno aquello que ocurre en tiempo, es decir, que se da en el momento adecuado con relación a un fin o propósito determinado, está claro que el enteramiento -para el no pago- no se produjo de forma oportuna.

Continúo afirmando que, bajo ese entendido las excepciones denominadas “EL DEMANDANTE PERDIÓ LA CUSTODIA DEL CHEQUE OBJETO DE LA DEMANDA Y NO DIO AVISO OPORTUNO AL BANCO, DEBIO DARLO ANTES DEL PAGO”, “EL DEMANDANTE INCUMPLIÓ EL CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE” deben prosperar, sin embargo, las mismas no tienen la virtualidad de enervar las pretensiones del libelo introductor atendiendo a que dicho régimen de responsabilidad requiere que se acredite la notoriedad, por lo que se hace necesario adentrarse en el análisis de ese elemento.

Adicionó que la carga de la prueba frente a este tópico -la notoriedad de la adulteración- recae en el actor a quien le corresponde demostrar el fundamento fáctico de las normas cuya aplicación invoca, de conformidad con el artículo 167 del C.G.P., en este contexto para acreditar el supuesto analizado la persona jurídica en comento arrió un dictamen pericial en el cual se concluyó que se trataba de una imitación burda, falsedad notoria, detectable dentro de un proceso normal de visación, empero, la misma se da a partir precisamente de su experiencia como perito en grafología forense, tal como el mismo lo señala pues en su trabajo se indica que “a primera vista al tomar las firmas del levantamiento del sello restrictivo se observan aparentes semejanzas formales frente a las giradoras vistas en la cara anterior del título, sin embargo, al examinar detenidamente el recorrido gráfico sin el auxilio instrumental óptico se perciben diferencias especialmente asociadas a la calidad del trazado, presencia de depósitos de tinta y trazos por fuera de la línea lo cual se observa de manera directa y es consistente con firmas manipuladas obtenidas a través de un proceso imitativo como ya se traía a colación.”.

Por lo anterior, coligió que la falsificación no es notoria y no es posible detectarlo a simple vista, tal como se consignó en la experticia allegada por la parte demandada.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

6.- La censura de la sociedad convocada se edifica en tres reparos frente al fallo de primera instancia: (i) errada interpretación e indebida aplicación de la norma en la que se sustentó la sentencia, pues el problema jurídico se abordó a partir de lo descrito en el artículo 733 del Código de Comercio, a pesar que la disputa no se refirió nunca al extravío por pérdida de uno o más formularios (cheques) por parte del titular de la cuenta corriente o dueño de la chequera, sino a un evento de alteración o falsedad de un título valor ya puesto en circulación, por ende, no resulta acertado que en este caso puede entenderse como una responsabilidad del cuentacorrentista, pues no fue por su negligencia que dicho cartular llegó a manos de los delincuentes que lo adulteraron, de ahí que las normas que regulan este asunto corresponde a los cánones 732 y 1391 del Estatuto Comercial, como ya lo ha señalado en múltiples oportunidades la jurisprudencia.

(ii) *Indebida valoración de las pruebas arrimadas al proceso, puesto que se desestimaron las conclusiones del dictamen presentado por la convocante, en cambio, el fallo se centró en apreciaciones subjetivas y tangenciales desconociendo la conclusión de fondo del experto, en la que, se afirmó que un funcionario con la experiencia media adquirida por la repetición de su labor podría haber detectado la falsedad inserta en el título (alteración de las firmas e inclusión de sellos) a simple vista.*

(iii) *En punto de la presunta falta de aviso u objeción de pago oportuna, presentada por el girador al banco, olvidó la primera instancia que precisamente la esencia del delito cometido es la de realizar esta actuación de manera subrepticia por parte de los delincuentes que lo perpetraron, y es que es evidente que de enterarse el girador que habían falsificado un cheque de su propiedad, claramente habría informado al Banco girado para que este se rehusé al pago, evento en el cual por supuesto no se presentaría el debate objeto de la controversia, en tal sentido, recuerda que la jurisprudencia en múltiples oportunidades ha manifestado que la obligación de la entidad crediticia «se nutre en la teoría de la responsabilidad profesional, pues es por imposición legal que la entidad girada debe correr con las contingencias que surgen del desempeño de sus tareas, y concretamente con la del pago de cheques alterados o falsificados» (derivado 50, exp. digital).*

6.1.- *Así mismo, por auto adiado 25 de febrero de la anualidad que avanza se ordenó correr el traslado previsto en el inciso 3° del artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, a la parte apelante con el propósito que sustente su alzada.*

6.2.- *A través de escrito enviado por correo electrónico a la Secretaría de este Tribunal la sociedad inconforme - demandante- presentó escrito dando cumplimiento a lo ordenado en el auto que antecede, en tanto que su contraparte en tiempo emitió pronunciamiento.*

IV. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

2.- *Con miras a desatar la apelación formulada por el extremo convocado, debe decirse que este recurso se endereza a que el Superior revise la actuación del Juzgador de primera instancia, pero inmerso siempre dentro del criterio dispositivo, por lo que es al apelante a quien le*

corresponde determinar el ámbito dentro del cual ha de moverse el ad-quem al momento de tomar la decisión.

3.- En este contexto, el problema jurídico a resolver se contrae a determinar: (i) si a este asunto en particular se aplica la responsabilidad prevista en el artículo 733 del Código de Comercio o si por el contrario la misma debe analizarse a partir de lo establecido en los cánones 732 y 1391 de esa misma normativa, (ii) están demostrados los presupuestos necesarios para que salga adelante la responsabilidad contractual de Bancolombia S.A. con ocasión de adulteración de cheque presentado para el pago el 25 de febrero de 2019 y, finalmente, (iii) si se incurrió en una indebida valoración probatoria por parte del Juez de primer grado que condujo a la negativa de las pretensiones de la demanda. A ello se limita la apelación de la parte demandante.

Protección al Consumidor Financiero

4.- Al respecto se tiene que la Constitución Colombiana, específicamente en su artículo 78 estableció la expresa protección de los derechos del consumidor, como un derecho colectivo, según el cual será la ley la encargada de regular el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización tarea desarrollada principalmente por el Decreto 3466 de 1982 y actualmente por la Ley 1480 de 2011, aplicable siempre que no vulnere el contenido esencial del derecho del consumidor, conformado por aspectos sustanciales, procesales y participativos frente a la administración pública y a los órganos reguladores.

Con la expedición de la Ley 1328 de 2009, a voces del literal d) de su artículo 2º, el consumidor financiero se definió como: “todo cliente, usuario, o cliente potencial de las entidades vigiladas”, cuya protección “se inspira en el deber de fortalecer sus derechos frente a los productores y distribuidores, dada la desigualdad y la asimetría en que se desenvuelve la persona que acude al mercado, de cualquier bien o servicio, para satisfacer sus necesidades”¹, sin embargo, ésta no fue la primera norma que previó la protección al consumidor financiero, pues desde la promulgación de la Ley 45 de 1990, se estableció como uno de los principios orientadores: “tutelar los derechos de los tomadores de los asegurados y crear condiciones apropiadas para el desarrollo del mercado asegurador”.²

4.1.- Establecido lo anterior, pertinente es mencionar que la cuestión litigiosa gira en torno a una responsabilidad contractual que se le enrostra a la parte demandada, al haber incumplido el contrato de cuenta corriente y efectuar el pago de un cheque en el cual de forma fraudulenta e irregular se levantaron los sellos que contenían la restricción de pagarse únicamente al primer beneficiario.

¹ (Corte Constitucional, C-909 de 2012)

² Artículo 29 de la ley 45 de 1990.

Del contrato de cuenta corriente

5.- Los bancos como instituciones intermediarias de crédito, cumplen una función social, de un lado mediante la captación de dineros del público, en forma masiva y profesional y, de otro lado, situando esos recursos en poder de quienes los requieren para el cumplimiento de actividades económicas o la satisfacción de necesidades inmediatas, servicios estos remunerados, en ambos casos, mediante el pago de intereses a quien deposita tales dineros en la institución bancaria o, mediante el cobro de los mismos a quienes los utilizan por adquirirlos en virtud de un crédito.

Se puede definir el cheque como una orden de pago dada por un cliente o cuentacorrentista al banquero o girado que se ha obligado a prestarle el servicio de caja; es esencialmente un medio de pago de obligaciones, a diferencia de la letra de cambio y otros títulos valores que son instrumentos de crédito; cuando se libra un cheque, el beneficiario presupone que el girador cuenta con los fondos suficientes y disponibles en el banco para hacerlo efectivo, pues así lo da a entender el legislador al enseñar que “El librador debe tener provisión de fondos disponibles en el banco girado y haber recibido de este autorización para librar cheques a su cargo...” (Artículo 714, del Código de Comercio).

6.- La responsabilidad civil de los establecimientos bancarios, por el pago que hagan de cheques falsos o adulterados se gobierna principalmente por los artículos 732, 733 y 1391 del Código de Comercio, los cuales prevén que según las circunstancias particulares en que ocurrió el hecho, el tratamiento jurídico no será idéntico.

La primera de las disposiciones citada, regula dentro de la creación y forma del cheque que: **“Todo banco será responsable a un depositante por el pago que aquel haga de un cheque falso o cuya cantidad se haya aumentado, salvo que dicho depositante no notifique al banco, dentro de los tres meses después de que se le devuelva el cheque, que el título era falso o que la cantidad de él se había aumentado. Si la falsedad o alteración se debiere a culpa del librador, el banco quedará exonerado de responsabilidad”**.

Este texto concuerda con el grado de responsabilidad y la exención que en idénticos términos señala el art. 1391 de esa misma codificación, por la responsabilidad que asume el banco frente al cuentacorrentista por igual hecho **“...el pago que haga de un cheque falso o cuya cantidad se haya alterado...”**, la que difiere únicamente en el plazo en que ha de informarse al librado, ya que ésta – responsabilidad – cesará si el titular de la cuenta corriente no le hubiere noticiado sobre la falsedad o adulteración del cheque **“...dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que se le envió la información sobre tal pago”**, en tanto que en la primera el término es de: **“...tres meses después de que se le devuelva el cheque”**.

Y, a su turno, el artículo 733 de la misma codificación prevé el evento cuando el depositante o cuentacorrentista no da aviso oportuno al banco de la pérdida o extravío de cheques, caso en el cual para que la

objeción por el pago que hiciera el librado sea admisible, es necesario que la “alteración o falsificación fueren notorias”.

Al punto, de vieja data expresó la H. Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil que: “...el riesgo se manifiesta, pues, como una aspiración de la evolución del derecho moderno... La categoría pertinente aquí se funda por una parte en razones de política del derecho, en virtud de la consideración de que los riesgos normales de un oficio sean de cargo del que lo ejerza cuando ello convenga socialmente. Para las operaciones pasivas de los bancos, o sea las encaminadas a reunir fondos disponibles, estimó prudente el legislador ampliar la responsabilidad a cargo de ellos por encima del límite regular, en lo referente a pagos de cheques falsos o cuyas cantidades hayan sido aumentadas. La actividad de esas empresas, en lo pertinente, no debe realizarse a riesgo ajeno. Por consiguiente, en la realidad es necesario que haga parte de los gastos del negocio bancario la responsabilidad por riesgo a que se refiere la ley” (G. J. t. XLVII, No. 1940, Pág. 68. Sent. Jul. 15/38).

*Posteriormente, ese alto Tribunal, en sentencia de 9 de septiembre de 1999, refiriéndose al llamado principio de responsabilidad empresarial, dijo: “...como contrapartida de la actividad empresarial que es desarrollada por la institución bancaria en su propio interés y bajo su control, operación cuyo ejercicio acarrea, indudablemente, diversos riesgos, entre ellos, el de pagar cheques cuya falsificación no sea imputable al librador, el ordenamiento le atribuye, en inobjetable aplicación del principio **ubi emolumentum, ibi incomoda**, la obligación de soportar tal contingencia, imposición que, de todas formas, encuentra justificación igualmente válida en otros argumentos tales como que la falsedad se dirige y consume contra el banco, pues, a la postre, el pago del cheque se produce con su propio dinero y no con el del cuentacorrentista, dada la particular naturaleza del depósito bancario...” y, más adelante precisó: “...por disposición del artículo 1391 del Código de Comercio, la responsabilidad del banco, derivada del pago de un cheque falso, cesa cuando ‘**el cuentacorrentista haya dado lugar a ello por su culpa o la de sus dependientes, factores o representantes**’, es decir, que la entidad bancaria queda exonerada de la responsabilidad empresarial de la que se ha hablado, originada en el pago de los instrumentos espurios, **cuando el librador, o las personas por las que él responde, hubieren incurrido en culpa que hubiese ‘dado lugar a ello’.** Pero, como es diáfano en la aludida regla, debe existir un vínculo de causalidad entre la culpa del librador y la adulteración del título valor, es decir, que hay lugar a la exoneración del banco en cuanto este demuestre la existencia de una culpa del girador ligada a la falsificación del cheque de modo que pueda colegirse que esta última debe su existencia a aquella otra. Por consiguiente, precisando lo que desprevenidamente se dijera en oportunidad anterior (G. J. No. 1943, Pág. 73 y transcrito en sentencia nov. 29/76), débese destacar acá y con singular énfasis, que **no cualquier inobservancia atribuible al librador da lugar a la liberación de responsabilidad del banco acusado de pagar cheques espurios, pues para que tal exoneración se produzca es menester que la culpa de aquél se encuentre entroncada con la falsificación de los mismos, de modo que sea posible inferir que esta última debe su existencia a aquella otra”** (G. J. t. CCLXI, No. 2500, Pág. 258) (Negrilla por la Sala).*

De lo antes discurrido, se establece que, en principio, el banco librado es responsable por el pago del cheque falso, y sólo se exime de esa responsabilidad si demuestra idóneamente que: i) ello obedeció a culpa del librador, o de quienes lo representan o de aquellos que de él dependen; o, ii)

cuando el librador no notifica oportunamente al librado sobre la falsificación o adulteración del instrumento pagado; cuál será esa ‘oportunidad’ si se presenta una real situación de antinomia entre los arts. 732 y 1391 del Código de Comercio, respecto del plazo de caducidad, pues la primera señala 3 meses y la segunda 6?. La H. Corte se inclinó por el segundo término, al concluir en la misma sentencia antes citada: “a) que el término dentro del cual el cuentacorrentista debe dar aviso al banco sobre la falsedad del título pagado es de seis (6) meses, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1391 del C.C.; b) que dicho término empieza a correr a partir del envío de la información suministrada por el banco al cuentacorrentista sobre el pago del cheque falso, la que bien puede darse al mismo tiempo con la devolución del título y el envío del extracto de la cuenta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 728 ibídem; o de alguna de las dos formas, según sea lo que ocurra primero, c) que si no se da dicho aviso oportunamente, cesa la responsabilidad del banco por el pago del cheque falso”.

De allí que, para que el Banco se exonere de toda responsabilidad bancaria o empresarial por el pago de cheques falsificados o **adulterados** es ineluctable, siguiendo la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, **traer una cualquiera de las siguientes pruebas**: i) que el cuentacorrentista o depositante no notificó al librado dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que se le remitió la información del pago, esto es, del envío del extracto bancario, o ii) **acreditar que la cancelación del título valor obedeció a culpa del librador, sus dependientes o representantes** o, iii) cuando a pesar de no dar aviso en tiempo, de la pérdida del cheque o chequera, se demuestra que la alteración o falsificación es protuberante o palmaria, que a simple vista se aprecie.

Acerca de este aspecto – culpa del cuenta corrientista – la H. Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, sostuvo que:

“... sin importar cuál haya sido la conducta del cuentacorrentista en el cuidado del talonario, él será el llamado a soportar las secuelas de su pérdida, de suerte que el banco sólo asumirá el resultado del pago del cheque apócrifo previamente perdido por el cuentacorrentista si este lo enteró tempestivamente del hecho de la pérdida, o si la falsedad es cuestión notoria”.

“Es notorio lo manifiesto, palmario, patente o, como lo ha dicho la Corte, ‘la evidencia clara de una cosa’, es decir, cuando ‘...ella supone un resalto a la simple vista de lo que se considera notorio, sin que para detectarlo se requiera de un análisis minucioso, una comparación de detalles minúsculos que sólo logran advertirse con ayudas técnicas o conocimientos. De allí que cuando lo que ha de calificarse como notorio, requiere para establecerlo de tales procedimientos, deja de serlo’ (Sent. Jul. 31/2001, exp. 5831, no publicada oficialmente). De suyo, entonces, para que la falsedad plasmada en el cheque previamente sustraído al cuentahabiente pueda catalogarse como notoria, requiere que aparezca de bulto a quien la aprecia, o que del examen normal del instrumento pueda colegirse su ocurrencia, sin tornarse necesario para establecerla observaciones detalladas o técnicas. Ante la presencia de adulteración semejante el banco responderá por el pago que haya hecho del título valor, independientemente de cualquier otra consideración, en especial, de si su cliente le dio o no aviso oportuno del extravío del formulario respectivo” (Sent., 8 de septiembre de 2003. exp. 6909, Mag. Pon. Dr. César

Julio Valencia Copete. *Jurisprudencia y Doctrina. Legis. Tomo XXXII, No. 383*).

7.- Respecto de la culpa el legislador reguló tres clases, a saber: a) La grave que en materia civil equivale al dolo “que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios”; b) la leve “es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios; y, c) levisima “es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes” (artículo 63 del Código Civil).

La doctrina define la culpa en los siguientes términos: “Hay culpa cuando el agente no previó los efectos nocivos de su acto, habiendo podido preverlos o cuando a pesar de haberlos previsto, confió imprudentemente en poderlos evitar”, lo cual indica que la culpa se presenta, únicamente, en esos dos eventos y los explica así: El primero “Cuando el autor no prevé el daño que pueda causarse con un acto suyo, pero hubiera podido preverlo, dado su desarrollo mental y conocimiento de los hechos. Aquí se trata de una negligencia o culpa inconsciente. Esto es, cuando alguien sin conocer los desperfectos de una máquina la utiliza es responsable de culpa inconsciente, puesto que una persona prudente debe examinarla primero y continuamente los instrumentos que emplea en una determinada actividad”; y el segundo “Cuando el autor conoce los daños que pueden ocasionarse con un acto suyo pero confió imprudentemente en evitarlos. Esta es la llamada culpa consciente y es desde luego la más grave. Así cuando alguien conociendo los defectos de una máquina, antes de proceder a su reparación la emplea en una actividad en la esperanza de no perjudicar a otro, es responsable de culpa o negligencia consciente en razón del daño causado” (C.S.J. sent. 2 junio de 1958; G.J., t. LXXXVIII, pag. 138).

Siguiendo ese concepto, el cual impregna a la culpa de un factor psicológico, la jurisprudencia, se ha preguntado sobre ¿Qué criterio o pauta debe seguirse para saber si una persona ha incurrido en culpa, es decir, si ha obrado de manera negligente?, respondiéndose que ese elemento no lo acoge y se ha inclinado por el factor objetivo o abstracto, o sea, que aprecia la culpa teniendo en cuenta el modo de obrar de un hombre prudente y diligente considerado el arquetipo, es decir que: “..la capacidad de prever no se relaciona con los conocimientos individuales de cada persona, sino con los conocimientos que son exigidos en el estado actual de la civilización para desempeñar determinados oficios o profesiones”; esto indica que la culpa debe analizarse no en sentido general sino, por el contrario, en el caso específico teniendo de presente las precauciones que la cultura de nuestro tiempo requiere en cada una de las actividades que se desarrollan para el progreso social, pues es sabido que en algunos roles, oficios o profesiones se necesita de mayor prudencia, diligencia o pericia que en otros, por exigir menos destreza, habilidad o cuidado y representar un menor peligro o riesgo.

Entre la diversa gama de servicios que presta la actividad bancaria se encuentra el de cuenta corriente, el cual presupone que entre un cliente y un banco median continuadas relaciones de crédito y se convierta éste en una especie de delegado de aquél en los muchos encargos que

le confía; celebrado ese contrato el banco hace entrega al cliente de una serie de formularios impresos de cheques o comúnmente llamados chequeras, con lo que el cuentahabiente adquiere la obligación de custodiarlos, puesto que la función principal del cartular es servir como documento de pago y, por ello, es en esencia, un sucedáneo de la moneda, o sea, que cada formulario es por decirlo, con más exactitud, dinero efectivo; ésta circunstancia hace que el librado o banco le exija al cuentacorrentista en la guarda de los formularios y chequera una prudencia máxima de tal grado que el cuidado sea el que una persona diligente y prudente emplea en sus negocios más importantes; es que esa protección debe ser de ese talante porque cualquier descuido del cuentacorrentista le puede representar merma en su patrimonio económico, es decir, que cualquier desatención de parte suya pone en peligro su propio capital, dado que el girado sólo puede cancelar el cheque siempre y cuando haya provisión suficiente de fondos, los que son de propiedad del cliente.

Así entonces, como el contrato de cuenta corriente es ley para las partes y, por ende, de obligatorio cumplimiento en todo aquello que no ha sido regulado por el legislador, siempre y cuando no contravenga la normatividad que lo rige, era deber de la persona jurídica actora de cara a los formularios de los cheques tener el cuidado exigido por el girado, es decir, una vigilancia **extrema** o lo que el común de la gente llama “mucho cuidado”, pues se reitera, así lo convinieron, contrario sensu, el no atender esa disposición contractual la ubicaría en la clase de culpa que la ley denomina **levísima**.

De ahí, que la culpa que debe probar el banco para eximirse de responsabilidad en este evento de adulteración frente a la cuentacorrentista en el pago del cheque, no es de cualquier talante sino la levísima, se itera.

Sobre este tema ha sostenido el órgano de cierre de la especialidad civil que:

“Según esos principios, el librado debe sufrir el daño cuando paga un cheque cuya firma es falsa, porque el librado sólo está autorizado para pagar los cheques emitidos por el librador. Es inherente al tráfico bancario de cheques el peligro de que se presenten cheques falsificados, y el perjuicio de tener que pagarlos se compensa con el lucro que obtiene el banco del conjunto de operaciones que realiza... Mas la hipótesis de falta de culpa es puramente teórica. Lo corriente es que haya culpa por alguno de los dos lados. En algunos casos es claro que no deben imputarse al banco las consecuencias del pago, sino al librador como culpable indirecto de ese pago, cuando la falsificación se comete por una persona de la cual deba responder conforme a las reglas del derecho civil (Joaquín Garríges, *Contratos Bancarios*, 2ª edición. De. Aguirre. Madrid, 1975, págs. 521 y ss.)... Pero, así mismo, no deben perderse de vista otros postulados acogidos sin reparo para atemperar el rigor de esta doctrina, habida cuenta que en cuanto ella hace pesar sobre el banco, en su calidad de librado, el riesgo de ‘falsificación’ a base de imputarle responsabilidad objetiva, lo cierto es que esta responsabilidad puede moderarse, e incluso quedar eliminada, si concurre culpa imputable al titular de la cuenta corriente, lo cual significa, como lo dejara sentado la Corte, que ‘...como la medida de la responsabilidad de un banco por el pago de un cheque falso no se detiene en la culpa sino que alcanza el riesgo creado, no le basta el lleno de las precauciones habituales, sino que es preciso probar algún género de culpa en el titular de la cuenta

para que el banco quede libre ...' (G.J. No.1943, pág.73). En síntesis, cuando la culpa se le atribuye al librador, se le cargará en su cuenta el importe del cheque pagado, mientras que si la responsabilidad ha de recaer sobre el librado de conformidad con los principios recién recapitulados, ese cargo resultará injustificado, y en consecuencia, en cada evento concreto la solución deberá adaptarse a los elementos de hecho concurrentes, de acuerdo con las pruebas producidas para acreditarlos..." (Sentencia de casación, octubre 24 de 1994. Expediente 4311. Magistrado Ponente Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schlos).

8.- Desde esta perspectiva, emprende el Tribunal el análisis en conjunto de los medios de convicción, atendiendo el principio de comunidad de la prueba, con el propósito de determinar si la responsabilidad en el pago del cheque adulterado recae por conducta atribuible a la demandante o, por el contrario, se sitúa en cabeza de la entidad convocada, pues en lo medular, en este aspecto gira la controversia objeto de estudio.

8.1.- En este contexto, revisado con detenimiento todo el caudal probatorio arrimado al expediente-documental, interrogatorios y testimonios-, sin ambages concluye la Sala que la sociedad aquí actora no tomó las precauciones necesarias a que se comprometió y a que hacen referencia las disposiciones alusivas al contrato de cuenta corriente bancaria, pues se convino que: "1. EL CLIENTE se obliga a mantener en poder de EL (sic) BANCO fondos suficientes para atender el pago total de los cheques contra EL BANCO y éste, de acuerdo con las disposiciones legales y las cláusulas contractuales, se obliga a pagar los cheques que hayan sido librados, a menos que exista justa causa para su devolución o que presente, a juicio de EL (sic) BANCO apariencias de falsificación o adulteración apreciables a simple vista. Se entienden por justas, además de las causales de devolución convenidas entre los Bancos y que se consideran incorporadas a este contrato, todas aquellas que impliquen una razonable previsión orientada a verificar las circunstancias en que el cheque fue librado o negociado..." (pag. 25, derivado 009, exp. digital), el cual no fue tachado ni redargüido de falso, sumado a que en la controversia cursó pacífico que entre las partes se documentó ese negocio jurídico.

8.2.- Así mismo, también obra dictamen pericial arrimado por la convocada, elaborado por el experto en Grafología Forense Carlos Néstor Rosas Beltrán, en el cual se concluyó que las firmas utilizadas para levantar el sello restrictivo impuestas en el reverso de cheque No. KM238476 son producto de una falsificación por método de imitación directa a través de medios fraudulentos del calco, la cual hace que los signos caligráficos de una firma sean coincidentes entre sí, lo que a la postre, conllevan a que guarden excesiva semejanza, en aspectos de morfología estructural y dimensional, lo que permite aseverar que las mismas fácilmente pasan el proceso de visación, superando los protocolos de revisión, ocurriendo situación similar con el sello estampado, puesto que hay gran similitud en aspectos de distribución topográfica -tamaño, espacios interliterales, interverbales e interlineales, morfología, entre otros-, de lo cual se puede afirmar que el sello fue elaborado bajo una matriz similar a la original; de ahí que también aprueba el proceso normal de revisión que regularmente efectúan las entidades bancarias.

8.3.- Igualmente, reposa documento de la auditoría interna realizada por Colmallas S.A. en el cual se describe el procedimiento de tesorería para realizar el pago a proveedores, en tanto que en lo que interesa a esta causa, se afirma que el cheque objeto de controversia fue retirado por Christian Manuel Rodríguez Ospina, identificado con cédula de ciudadanía No. 1'018.467.655 de Bogotá, quien exhibió autorización expedida por el beneficiario de la orden de pago, razón por la cual se procedió a entregar el cartular que posteriormente, fue adulterado en punto del levantamiento del sello restrictivo al que se ha venido haciendo alusión a lo largo de esta determinación, así mismo obran entrevistas realizadas al contador y la tesorera de la convocante, no obstante aquellas no representan ninguna utilidad para la responsabilidad aquí analizada.

8.4.- En el interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la actora, afirma que el cheque se giró para ser entregado el día viernes 23 de febrero de 2019, así ocurrió al reclamarlo el presunto mensajero de la sociedad Grapas y Puntillas, quien a su vez presentó autorización para ese propósito, en tanto que tuvo conocimiento el miércoles siguiente que dicho legajo no fue retirado por el primer beneficiario, ya que presuntamente el contador de Colmallas S.A. realizó una llamada a Grapas y Puntillas el Caballo S.A. en la data señalada en precedencia, informándoles que no pasaran por el instrumento porque había alguna inconsistencia en la expedición del mismo, que tuvieron el fin de semana para falsificar los sellos y las firmas.

8.5.- Así mismo, se arrimó al proceso el manual operativo para el proceso de visación, en el cual se determinó que: “En el evento en que al reverso del cheque aparezca el levantamiento del sello restrictivo, este cheque puede ser consignado en cualquier cuenta y por lo tanto no se devolverá, siempre y cuando cumpla con la cadena de endosos y que la firma que autoriza el levantamiento del sello cumpla con las condiciones de giro que están registradas en la tarjeta de firmas.” (derivado 47 ibídem),

Es decir, que para este caso concreto resultaba suficiente que las firmas plasmadas en el título valor coincidieran con las de la tarjeta que para tal propósito cuenta el Banco para que el pago resultara satisfactorio, como efectivamente aconteció en el caso examinado.

8.6.- Ahora bien, obra experticia rendida por Richard Poveda Daza, sin embargo, tal trabajo no será valorado en esta instancia en razón que el mismo no cumple con las exigencias contenidas en el artículo 226 del Código General del Proceso, ya que no se arrimó los documentos que acreditan **la idoneidad de la persona que lo elaboró**, sin que para cumplir tal requisito sean suficientes las manifestaciones efectuadas por el mismo el día que se realizó la contradicción de la pericia, sumado a lo antes anotado media también la circunstancia que tampoco se acopiaron las declaraciones en punto de si se encuentra inmerso o no en alguna de las causales contenidas en el artículo 50 de esa misma codificación, ni menos aún, si ha sido designado por las partes o sus apoderados en otras oportunidades para elaborar un trabajo de iguales o similares contornos al aquí aportado, de

ahí que la conclusiones a las que arribó no puedan ser tenidas en cuenta en esta ocasión.

Frente a este tópico, recientemente la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, expresó:

“Por último, terminada esta fase y escuchados los alegatos finales de las partes, cuando a ello haya lugar, el fallador apreciará el dictamen en su sentencia; labor que emprenderá de acuerdo con las reglas de la sana crítica y en la que evaluará la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia, así como las demás pruebas que obren en el proceso (art. 232).

Es este el momento, entonces, en el que se deberá examinar con rigor el trabajo pericial en todas sus dimensiones a efectos de asignarle fuerza demostrativa. Dicho de otra manera, es aquí que se escudriña la imparcialidad e idoneidad del experto, así como la fundamentación de la investigación y sus conclusiones. No antes.

De modo que el análisis acerca del cumplimiento o no de los requisitos enlistados en el citado precepto 226 corresponde a una actividad propia del momento en que se dirime la controversia, razón por la cual la ausencia de los mismos no da lugar al rechazo automático de dicho medio de convicción. Esto es, a que se impida su ingreso al proceso, puesto que los únicos motivos que llevan a esa determinación son los referidos en el artículo 168 ídem, huelga reiterar, respecto de «las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles». Y no existe disposición especial en materia de experticia que autorice excluir la prueba por esa razón.”³

9.- Entonces, tras cotejar todos los elementos de convicción aquí recaudados, los cuales forman un todo indivisible que, por lo mismo, hay que tomarlo en su integridad y no fragmentariamente, infiere la Corporación que la sociedad Colmallas S.A. no adoptó las precauciones necesarias a que se comprometió con el Banco al momento de recibir los formularios de cheques, sino por el contrario descuidó su deber de custodia del título valor objeto de adulteración; pues es evidente que el presunto mensajero que suplantó al empleado de Grapas y Puntillas El Caballo S.A., tenía pleno conocimiento que el cheque se encontraba listo para su cobro, el valor del mismo, los requisitos requeridos para hacerle su entrega, es decir, contaba con la información necesaria y suficiente para acometer la defraudación.

Así mismo, se tiene que a la convocante ninguna alarma o alerta le generó el hecho que fuera una persona diferente al mensajero habitual, el que en esa oportunidad fuera a recoger la correspondencia -cheque-, pues no se preocupó por confirmar dicha información con la persona jurídica Grapas y Puntillas El Caballo S.A., a lo que se suma la circunstancia que según el propio decir del convocante, la persona jurídica en comento, a la vez beneficiaria del cheque, afirma haber recibido una llamada del contador de Colmallas S.A. dándole a conocer que no pasaran por el título valor en razón a

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia STC2066 de 2021, adiada 3 de marzo de 2021, M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque. Exp. 05001-22-03-000-2020-00402-01.

que había una inconsistencia en el mismo, de lo cual se colige que la entidad convocante no obró con la diligencia de un buen hombre de negocios.

En este contexto, surge evidente que se trata de una adulteración del cheque que se contrae al levantamiento del sello restrictivo de ser pagado únicamente al primer beneficiario, de tal manera que indefectiblemente la norma aplicable no podía ser otra que el artículo 732 del Código de Comercio en concordancia con el 1391 de ese mismo estatuto y no como erradamente lo concluyó la primera instancia, de ahí que las previsiones contenidas en los cánones en cita son las que regentan este asunto.

Así las cosas, es claro que entidad bancaria demandada ante el claro panorama probatorio está eximida de toda responsabilidad, la que sí es atribuible a la empresa demandante al haber incurrido en negligencia y descuido en la entrega del título valor, pues al desnudo ha quedado que no implementó unas medidas mínimas de seguridad, confiables y tendientes a evitar, en lo posible, la defraudación de su patrimonio, como se evidencia de material probatorio objeto de análisis.

En efecto, se itera, debió al menos adoptar previamente unos protocolos de prevención, protección y seguridad para la entrega de ese título valor a esa persona natural que acompañó una autorización para el recibo del mismo, debió constatar su real procedencia y veracidad de su contenido, empero, de las pruebas antes analizadas observa la Sala la completa ausencia de previsión y vigilancia que la misma debió tener al dar el cartular a ese tercero, ya que si hubiere acogido de manera oportuna una conducta cautelosa, ejerciendo un control normal y, se repite, previo, sobre la custodia, manipulación y entrega del mismo a su proveedor muy seguramente habría evitado la defraudación o, por lo menos, detectado oportunamente la conducta delictiva fraguada y el desfalco se hubiera evitado. Empero, ya en poder del defraudador, éste contó con el tiempo suficiente para elaborar e implantar los sellos, imitar las firmas y consignar el documento cambiario y esperar su canje para hacerlo efectivo. Todo lo anotado propiciado y fruto de esa imprevisión, muestra patente e inequívoca de la carencia de control frente a este tópico, así como un total descuido y desorganización al interior de esa entidad.

10.- Ahora bien, en punto del dictamen pericial rendido por el perito grafólogo Carlos Néstor Rosas Beltrán, reseñado líneas anteriores y aducido al informativo por iniciativa de la parte demandada, encuentra la Sala que sus fundamentos son firmes, precisos y de excelente calidad dado que en el estudio se utilizaron métodos, elementos e instrumental adecuado para esa clase de pericia, por lo que acoge la conclusión primera, esto es, que la firma de la giradora es apócrifa elaborada mediante el sistema de imitación directa de calco, sin que la falsificación puede ser detectada a simple vista por cualquier persona sin mayores conocimientos de caligrafía o grafología, puesto que tiene rasgos característicos y semejanzas morfológicas, razón suficiente para colegir que el fraude no es visiblemente notorio como efectivamente lo concluyó el Juez de primer grado.

En tal sentido, factible resulta afirmar que tal fraude no era posible ser detectada por el visador, en razón al tipo de imitación que presentan las rubricas impuestas en el reverso las cuales tienen contornos muy similares, es decir, existe una semejanza morfológica aparente, ello permite evidenciar que a simple vista no es posible detectar la falsedad en cuestión y es que la parte actora no puede pretender radicar en cabeza de los visadores de los bancos la obligación de detectar la misma por encima del común de las personas, cuando carecen de conocimientos especializados en grafología, salvo cuando la imitación sea burda o que hiere al ojo, pero en el presente evento donde el remedo no es de esta entidad, sino que por el contrario, para tener certeza de ello se requirió la utilización de instrumental adecuado para ese estudio, apareja la conclusión que esos empleados hacen parte del conglomerado en general, como aquí ocurre, sin que tenga cabida la excepción de ser versado el visador en esa materia, no es el caso que nos ocupa, dado que no hay prueba en ese sentido. Acorde con lo que viene de anotarse, el banco frente al cobro del cheque ya referido y de conformidad al contrato de cuenta corriente estaba en la obligación de proceder a su solución.

11.- Finalmente, de cara a la supuesta falta de confirmación por parte del Banco demandado previo al pago del cartular, debe decirse que en el Reglamento de Deposito en Cuenta Corriente Bancaria Persona Jurídica nada se dijo al respecto, por ende, frente a este tópico no existía ninguna obligación por parte de la entidad Bancaria a fin de realizar ese procedimiento, en tal sentido, pertinente resulta recordar que a nadie le es dado el privilegio de que su mero dicho sea prueba suficiente de lo que afirme, tal como lo ha precisado la H. Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil:

“es verdad que, con arreglo al principio universal de que nadie puede hacerse su propia prueba, una decisión no puede fundarse exclusivamente en lo que una de las partes afirma a tono con sus aspiraciones. Sería desmedido que alguien pretendiese que lo que afirma en un proceso se tenga por verdad, así y todo sea muy acrisolada la solvencia moral que se tenga. De ahí que la Corte Suprema de Justicia haya dicho en un importante número de veces... que ‘es principio general de derecho probatorio y de profundo contenido lógico, que la parte no puede crearse a su favor su propia prueba. Quien afirma un hecho en un proceso tiene la carga procesal de demostrarlo con alguno de los medios que enumera el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil, con cualesquiera formas que sirvan para formar el convencimiento del Juez. Esa carga... que se expresa con el aforismo onus probandi incumbit actori no existiría, si al demandante le bastara afirmar el supuesto de hecho de las normas y con eso no más quedar convencido el Juez” (Sent. de 12 de febrero de 1980 Cas. civ. de 9 de noviembre de 1993. G.J. CCXXV, pag. 405.).

12.- En este contexto, es evidente que aun cuando es verdad que la responsabilidad aplicable a este asunto efectivamente era la prevista en el artículo 732 del Código de Comercio y no la estipulada en el canon 733 de esa misma codificación, la verdad es que dicho yerro carece de la entidad suficiente para revocar la sentencia, pues en todo caso, existe culpa exclusiva de la persona jurídica actora, sumado al hecho que la falsedad que presenta el cheque objeto de controversia no era notoria a simple vista.

13.- *En tal sentido, se confirmará la sentencia materia de apelación, con la consecuente condena en costas ante la improsperidad de la alzada de acuerdo a lo establecido en el numeral 1° del artículo 365 del C.G.P.*

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

1.- CONFIRMAR, por los argumentos dados en esta instancia, la sentencia dictada en audiencia pública celebrada el dieciséis (16) de diciembre del año dos mil veinte (2020), en la Delegatura para asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia.

2.- CONDENAR en costas de esta instancia a la parte demandante-recurrente. Tásense.

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

CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE


JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO

Adriana Ayala Pulgarín

ADRIANA AYALA PULGARÍN

Magistrada



MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA
Magistrada

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

Bogotá D. C., veintiséis de abril de dos mil veintiuno

11001 3103 041 2020 00368 01

El suscrito Magistrado decide lo pertinente frente a la apelación que la parte ejecutante formuló contra el auto de 3 de diciembre de 2020 (cuya alzada le correspondió por reparto a este despacho el 11 de marzo de 2021), mediante el cual el Juzgado 41 Civil del Circuito de Bogotá se abstuvo de librar el mandamiento de pago que reclamó Rhinox Colombia S.A.S, frente a la Unión Temporal Obras Guainía, Vértices Ingeniería S.A.S. y Globaldeck S.A.S.

1. Se reclamó con la demanda ejecutiva de la referencia (con base en un título ejecutivo complejo) que se apremie a la ejecutada a pagar a la demandante **(i)** \$87'160.990 “por concepto de capital derivado de los contratos de obra civil N° GUA -0412-19, 537/18 y factura cambiaria RH-272 del 23/12/19”; **(b)** **“los intereses moratorios causados sobre el capital, desde el 9/01/20, fecha en que se hizo exigible la obligación, hasta el día en el que se allanen a cumplir con el pago total y a la tasa máxima legal”** y **(c)** “a título **de sanción pecuniaria** en la cláusula diecisieteava del contrato de obra civil n° GUA-0412/19 a efectuar el pago sobre el 40% del valor total del contrato, es decir la suma de \$118'155.597 como consecuencia de los daños y perjuicios causados”.

De lo anterior emerge que –además del capital reclamado– la parte actora pretende (en forma simultánea) el cobro de intereses moratorios causados desde el 9 de enero de 2020, “a la tasa máxima legal vigente”, y la imposición de una “sanción por incumplimiento”, equivalente a \$47'262.238, esto es “el 40% del valor total del contrato (\$118'155.597) como consecuencia de los daños y perjuicios causados”.

Tal aspiración va en contravía con normas de orden público, como quiera que el artículo 65 de Ley 45 de 1990, prevé que, **“en las obligaciones**

mercantiles de carácter dinerario el deudor estará obligado a pagar intereses en caso de mora y a partir de ella”.

Cabe recordar que, en procura de evitar una excesiva onerosidad en la materia de la que habla, el legislador expidió normas como la contenida en el inciso 2° del mismo artículo 65 de la Ley 45 de 1990, que reza, “toda suma que se cobre al deudor **como sanción por el simple retardo o incumplimiento del plazo de una obligación dineraria se tendrá como interés de mora, cualquiera sea su denominación**”.

Lo dicho en precedencia lleva a concluir que en situaciones como la que hoy se examina, no es factible reclamar -sobre la base de una prestación **dineraria** insatisfecha, según lo plantea el ejecutante-, junto con el importe de la cláusula penal derivada del mismo incumplimiento, el pago de intereses moratorios “a la tasa máxima legal vigente”.

Ya al acreedor le incumbe decidir si opta por uno u otro concepto, pero sin exceder las pautas legales recién traídas a cuento.

2. En ese escenario, y por una situación coyuntural, al suscrito Magistrado no le es factible esclarecer la viabilidad del mandamiento de pago por la suma de capital de \$87'160.990 y sus accesorios (cláusula penal o intereses moratorios a la tasa máxima legal, causados desde el 9 de enero de 2020).

Y es que, calculados esos montos como lo manda el numeral 1° del artículo 26 del C. G. del P., el asunto, ni con mucho, alcanza la mayor cuantía (150 smlmv, para el año 2020, vale decir, **\$131'670.450**, esto por cuanto, para esa anualidad el salario mínimo mensual correspondía a \$877.803).

3. Entonces, por tratarse de un proceso contencioso de menor cuantía, el llamado a dilucidar sobre la procedencia de la ejecución de marras es el Juez Civil Municipal (art. 18 C. G. del P.).

Por lo mismo, se ordenará la devolución del expediente al Juzgado 35 Civil Municipal de Bogotá, autoridad a la que inicialmente ya le había sido repartida la demanda ejecutiva que Rhinox Colombia S.A.S, impetró.

DECISIÓN

Así las cosas, el suscrito Magistrado ORDENA la remisión del expediente al Juzgado 35 Civil Municipal de Bogotá (sede judicial a quien inicialmente se le repartió el expediente de la referencia) para que allí se resuelva sobre el mérito ejecutivo de la demanda incoada por Rhinox Colombia S.A.S, frente a la Unión Temporal Obras Guainía, Vértices Ingeniería S.A.S. y Globaldeck S.A.S.

Comuníquese esta decisión al Juzgado 41 Civil del Circuito de Bogotá.

Sin costas de esta instancia, por no aparecer justificadas.

Notifíquese y **cúmplase**

OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA
Magistrado

Firmado Por:

**OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA
MAGISTRADO
MAGISTRADO - TRIBUNAL 011 SUPERIOR SALA CIVIL DE LA CIUDAD
DE BOGOTA, D.C.-BOGOTÁ, D.C.**

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

Código de verificación:

**46a16dcfd3934326e1fdc26f5e5a25c6a0da6682b9fdbbe43761f5c5ad361
c2e**

Documento generado en 26/04/2021 07:59:45 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

Bogotá D.C., veintiséis (26) de abril de dos mil veintiuno (2021).

Proceso No. 110013103036201900234 01
Clase: EJECUTIVO SINGULAR
Demandante: SOCIEDAD LADINO ROMERO LTDA.
Demandada: FACTORING SERVIMOS S.A.S. y SANDRA CUÉLLAR AFANADOR

Cumplido lo ordenado en auto de 9 de marzo de 2021, se dispone, con fundamento en los artículos 322 (incisos 2° y 3° del numeral tercero), 323 (numeral segundo) y 327 (últimos dos incisos) del Código General del Proceso, ADMITIR, en el efecto devolutivo, el recurso de apelación interpuesto por Sandra Cuéllar Afanador contra la sentencia virtual que el 2 de septiembre de 2020 profirió el Juzgado 36 Civil del Circuito de Bogotá, mediante la cual, entre otras, declaró infundadas las excepciones de mérito propuestas por el extremo pasivo y, en consecuencia, ordenó seguir adelante la ejecución en los términos de la orden de apremio.

En oportunidad, secretaría controlará los traslados que por cinco (5) días regula el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, luego de lo cual el asunto ingresará al despacho para resolver lo pertinente.

So pena de los efectos procesales correspondientes, la **sustentación** de la alzada admitida versará, únicamente, sobre los reparos concretos presentados contra el fallo de primer grado, conforme lo regula el inciso final del artículo 327 del CGP. Las partes harán llegar sus respectivos escritos al correo electrónico de la secretaría: secscribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co.

NOTIFÍQUESE

Firmado Por:

**MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA
MAGISTRADO
MAGISTRADO - TRIBUNAL 005 SUPERIOR SALA CIVIL DE LA CIUDAD DE
BOGOTA, D.C.-SANTAFE DE BOGOTA D.C.,**

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

Código de verificación:

96e8c65132e6abf9763e1052579163cb75b8b8e3cf076b4c5d5c6a5582d52005

Documento generado en 26/04/2021 03:03:18 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

**República de Colombia
Rama Judicial**



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

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de abril de dos mil veintiuno (2021)

11001-31-03-046-2018-00001-02

Por encontrarse legalmente procedente, el Despacho dispone:

Admitir en el efecto **DEVOLUTIVO** el recurso de apelación interpuesto por la parte ejecutada en contra de la sentencia emitida el día 5 de noviembre de 2020, por el Juzgado Cuarenta y Siete Civil del Circuito de Bogotá, en el asunto de la referencia.

Una vez cobre ejecutoria la presente decisión, contrólense los términos con los que cuentan las partes para sustentar la alzada formulada, conforme lo consagra el artículo 14 del Decreto 806 de 2020.

NOTIFÍQUESE,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'JP Suárez Orozco', written in a cursive style.

**JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO
Magistrado.**

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, D.C.
SALA CIVIL

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de abril de dos mil veintiuno (2021)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR : **JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO**
RADICACIÓN : **11001 31 030 04 2019 00094 01**
PROCESO : **ORDINARIO**
DEMANDANTE : **AE CONSULTORES Y
EVALUADORES S.A.S.**
DEMANDADO : **COMPLEJO INTERNACIONAL DE
CIRUGÍA PLÁSTICA**
ASUNTO : **DESERTUD APELACIÓN**

En atención al informe secretarial adiado del 23 de abril del año en curso, comoquiera que el extremo impugnante no sustentó la alzada interpuesta contra la sentencia emitida el día 3 de diciembre de 2020, por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bogotá, en el asunto de la referencia, en los términos de que trata el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, y considerando lo resuelto en el fallo STC705-2021, proferido por la Corte Suprema de Justicia, se dispone:

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR DESIERTO el recurso de apelación elevado por la parte demandante, frente a la sentencia dictada el día 3 de diciembre de 2020, por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bogotá, al interior del proceso de la referencia.

SEGUNDO: En firme la presente providencia, ofíciase a la oficina judicial de origen informándole sobre la decisión aquí adoptada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO
Magistrado

República de Colombia
Rama Judicial



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Radicación: 110012203000-2021-00103-00
Demandante: Diana Mayeli Silva Castillo
Demandado: Belén Bonilla Lozano
Proceso: Arbitral
Trámite: Recurso de anulación – admite

Bogotá, D. C., veintidós (22) de abril de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con el artículo 42 de la ley 1563 de 2012, admítase el recurso extraordinario de anulación presentado por la convocada, contra el laudo arbitral de 26 de marzo de 2020, adicionado el 1 de octubre de 2020, proferido por el Tribunal de Arbitramento convocado por Diana Mayeli Silva Castillo contra Belén Bonilla Lozano.

Notifíquese.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'J. Isaza Davila', written over a light blue rectangular background.

JOSE ALFONSO ISAZA DAVILA

MAGISTRADO TRIBUNAL SUP. DE BOGOTÁ, SALA CIVIL

(FIRMA SEGÚN ARTS. 11 DEC. 491/2020, 6 AC. PCSJA20-11532 Y OTROS)

República de Colombia

Rama Judicial



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, D.C.

SALA CIVIL

MAGISTRADO PONENTE: JULIAN SOSA ROMERO

Bogotá, veintitrés (23) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Atendido el informe secretarial y de conformidad con lo dispuesto en el inc. 3° del art. 14 del D.806 de 2020 en concordancia con el art. 322 de la Ley 1564 de 2012, como el recurso de apelación no fue sustentado oportunamente, se declara desierto el formulado por la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de esta ciudad, el 5 de marzo de 2020.

Notifíquese,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'J. Sosa Romero', enclosed in a rectangular box.

JULIÁN SOSA ROMERO
Magistrado

(04201600580 02)

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN CIVIL

Bogotá D.C., veintiséis (26) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Providencia: Apelación Sentencia
Proceso: Verbal
Demandante: Néstor Fabian Cerquera y otros
Demandado: Allianz Seguros de Vida S.A.
Radicación: 110013103 043 2019 00047 01

Magistrada Sustanciadora: **ADRIANA AYALA PULGARÍN**

[Discutido y aprobado en Salas de 7 y 14 de abril de 2021 Actas No. 13 y 14]

OBJETO DE LA DECISIÓN

La Sala Segunda Civil de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 4 de febrero de 2020 por el Juzgado Cuarenta y Tres Civil del Circuito de esta ciudad.

ANTECEDENTES

1. Néstor Fabián Cerquera Monje, Mercedes Monje Trujillo, Jhorman Leandro Cerquera Monje, Camilo Andrés Monje Trujillo, Juan Diego Castro Monje y Martha Cecilia Monje Trujillo quien actúa en nombre propio y en representación de Carlos Mauricio Vargas Monje, actuando por conducto de apoderado judicial, promovieron demanda contra Allianz Seguros de Vida S.A. para que se declare civil y contractualmente responsable por el incumplimiento en el pago de la prestación asegurada bajo el amparo de vida, otorgado mediante el contrato suscrito entre el señor

Jesús Luciano Pérez Cabrera, en calidad de tomador y Allianz Seguros de Vida S.A., en calidad de asegurador, teniendo como asegurado al señor Jesús Luciano Pérez.

2. Consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada a pagar a favor de los demandantes la suma de \$240'000.000,00 por concepto de la prestación asegurada bajo el amparo de vida; el valor alcanzado a la fecha respectiva correspondiente al monto que sobre la participación de utilidades les corresponda, en los términos pactados dentro del contrato de seguro; los intereses moratorios liquidados en la forma indicada por el artículo 1080 del Código de Comercio; y las costas del proceso.

3. Como sustento de lo así pedido, se invocaron los siguientes hechos:

i. Que el 10 de abril de 1997 el señor Jesús Luciano Pérez Cabrera [como asegurado] y la demandada [como aseguradora] suscribieron el contrato de seguro instrumentado en la póliza No 1703000530 [Vida Individual Hoy y Mañana], con el propósito de amparar, entre otros riesgos, el de vida y establecieron como valor asegurado inicial la suma \$50'000.000.00, con un incremento anual para el valor asegurado de un 20%; y que el pago de la prima del seguro se pactó en cinco (5) estipendios anuales, los cuales fueron realizados por el tomador en su totalidad.

ii. Aseveraron que el tomador y asegurado, de manera libre y a título gratuito, nombró como beneficiarios del seguro a las siguientes personas, en sus respectivos porcentajes: (i) Mercedes Monje Trujillo en un 50%; (ii) Jhorman Leandro Cerquera Monje en un 15%; (iii) Néstor Fabián Cerquera Monje en un 15%; (iv) Camilo Andrés Monje T. en un 6.66%; (v) Carlos Mauricio Vargas M. en un 6.66% y, (vi) Juan Diego Castro Monje en un 6.66%.

iii. Adicionaron que con base en lo pactado en la cláusula denominada: "*condición especial sobre prestamos en efectivo*", el señor Pérez Cabrera solicitó un préstamo sobre los valores de rescate, el cual fue otorgado por la pasiva y, que, en garantía, la póliza fue depositada en la compañía.

iv. Memoraron que el 16 de noviembre de 2016 el asegurado falleció en Bello – Antioquia- hecho con el cual se realizó el riesgo asegurado bajo el contrato referido,

por lo que, en el mes de enero de 2017, a través de la señora Martha Monje Trujillo, presentó reclamación formal, con el propósito de obtener el reconocimiento y pago de la prestación asegurada; petición que fue objetada el 15 de marzo de dicha anualidad, después de varias comunicaciones, sobre la base de una presunta terminación del contrato de seguro.

v. Finalizaron informando que el 30 de octubre de 2018, en cumplimiento de lo ordenado por la Ley 640 de 2001, y a través del Centro de Conciliación de la Procuraduría Delegada para Asuntos Civiles, de la Procuraduría General de la Nación, citaron a audiencia de conciliación a la demandada, la que fue llevada a cabo el 16 de enero de 2019, sin llegar a ningún acuerdo.

4. Notificado el extremo demandado éste formuló las excepciones de mérito que denominó: terminación automática de la póliza de vida hoy y mañana No. 1703000530 del 14 de febrero de 2011; prescripción de las acciones que se puedan derivar de la póliza de vida hoy y mañana No. 1703000530; inexistencia de obligación frente a la relación tardía de la señora Monge y otros; inexistencia de riesgo asegurado a la luz de la póliza de vida hoy y mañana 1703000530 para el 30 de noviembre de 2016; incumplimiento contractual solo en cabeza del señor Pérez, inexistencia de obligación contractual de Allianz Seguros de vida frente al pago de lo solicitado; compensación y nulidad relativa, así como la genérica.

5. Surtido el trámite de rigor el *a quo* profirió sentencia en la que declaró prosperas las excepciones denominadas: terminación automática de la póliza de vida hoy mañana No. 1703000530; la de prescripción de la acción que se derivan de la póliza de vida hoy y mañana antes citada; inexistencia de obligación de pago frente a la reclamación de los demandados y, por ende, negó la prosperidad de las pretensiones y condenó en costas a la parte actora.

Al efecto, estimó que la cláusula contenida en el inciso final de la condición especial sobre préstamos en efectivo era conocida por el tomador, Jesús Pérez Cabrera, quien sabía que ante el no pago del préstamo se terminaba el contrato de seguro y que el Código de Comercio sí permitía la terminación del mismo por la existencia de deudas.

Así mismo, supuso el *a quo* que, si no le hubieran informado al señor Pérez Cabrera tal terminación, hubiera interpuesto acción de tutela.

6. Contra la anterior decisión la parte demandada formuló recurso de apelación con fundamento en que no operó la terminación del contrato, pues esta no fue informada al señor Pérez ni a sus herederos y que el *a quo* lo supuso de manera baladí, que el asunto requería de la intervención judicial la que no ocurrió; que declaró probada la excepción de prescripción, pero que no determinó de que tipo, “*sobre qué acción, porque la acción que se está ejecutando es la indemnizatoria por parte de los beneficiarios del seguro, de donde no se entiende cual es la prescripción que declara*”.

CONSIDERACIONES

1. No hay reparo en cuanto a los presupuestos procesales, ni aparece causal de nulidad que pueda invalidar la actuación.

2. Para resolver los reparos que a la sentencia se le hacen, recuerda la Sala que el contrato de seguro conforme lo determina el artículo 1046 del Código de Comercio, “*se probará por escrito o por confesión. Con fines exclusivamente probatorios, el asegurador está obligado a entregar en su original, al tomador, dentro de los quince días siguientes a la fecha de su celebración el documento contentivo del contrato de seguro, el cual se denomina póliza, el que deberá redactarse en castellano y firmarse por el asegurador*”.

Asimismo, que el artículo 1048 del C. Co, reza: “*hacen parte de la póliza: 1. La solicitud de seguro firmada por el tomador, y 2. Los anexos que se emitan para adicionar, modificar, suspender, renovar o revocar la póliza*”.

Por otra parte, que el seguro de vida es un contrato “*por el cual el asegurador, mediante una prima única o anual, promete una suma de dinero al contratante o a sus beneficiarios, bajo ciertas eventualidades dependientes de la vida o de la muerte del contratante o del tercero asegurado*”¹

3. En el presente asunto no hay duda de que la Aseguradora de Vida Colseguros S.A. hoy Allianz Seguros de Vida S.A. celebró un contrato de seguro con Jesús Luciano

¹ Benítez De Lugo, Luis, Tratado de seguros, volumen III, pág. 6

Pérez, póliza de seguro de vida individual hoy y mañana “*Plan temporal a edad 80 años con participación*” que fue expedida el 10 de abril de 1997 con un valor asegurado inicial de \$50’0000.000,00.

3.1. En el referido contrato (fl. 13) se pactó que “*el asegurado tendrá derecho a obtener de la compañía un préstamo hasta por el valor de rescate garantizado que corresponda en el aniversario del rescate garantizado que corresponda en el aniversario del contrato inmediatamente anterior a la fecha del préstamo, previa deducción de cualquier deuda*”.

Y en el inciso final de la condición especial sobre préstamos en efectivo se indicó “*es entendido que en el no pago del préstamo a su vencimiento o de los intereses anticipados no implicará la terminación de la póliza, sino únicamente en el caso de que los valores acumulados por concepto de préstamo y sus intereses excedan al valor de rescate garantizado*”.

4. En esas condiciones, debe el Tribunal dilucidar si se configuró la terminación automática del contrato que reconoció el *a quo*, y para tal efecto se deben analizarse en su conjunto lo dispuesto en los artículos 1071, 1153 y 1159 del Código de Comercio, la primera de dichas disposiciones preceptúa que:

“El contrato de seguro podrá ser revocado unilateralmente por los contratantes. Por el asegurador, mediante noticia escrita al asegurado, enviada a su última dirección conocida, con no menos de diez días de antelación, contados a partir de la fecha del envío; por el asegurado, en cualquier momento, mediante aviso escrito al asegurador.

En el primer caso la revocación da derecho al asegurado a recuperar la prima no devengada, o sea la que corresponde al lapso comprendido entre la fecha en que comienza a surtir efectos la revocación y la de vencimiento del contrato. La devolución se computará de igual modo, si la revocación resulta del mutuo acuerdo de las partes.

En el segundo caso, el importe de la prima devengada y el de la devolución se calcularán tomando en cuenta la tarifa de seguros a corto plazo.

Serán también revocables la póliza flotante y la automática a que se refiere el artículo 1050.

A su turno el artículo 1153 *Ibidem*, prevé que:

“El seguro de vida no se entenderá terminado una vez que hayan sido cubiertas las primas correspondientes a los dos primeros años de su vigencia, sino cuando el valor de las primas atrasadas y el de los préstamos efectuados con sus intereses, excedan del valor de cesión o rescate a que se refiere el Artículo siguiente”.

Así mismo, el artículo 1159 *Ejusdem* reza:

“El asegurador no podrá, en ningún caso, revocar unilateralmente el contrato de seguro de vida. La revocación efectuada a solicitud del asegurado dará lugar a la devolución del saldo del valor de cesión o rescate.”

Finalmente, el canon 1162 de la codificación comercial, estipula que: *“Fuera de las normas que, por su naturaleza o por su texto, son inmodificables por la convención en este título, tendrán igual carácter las de los artículos 1058 (incisos 1º, 2º y 4º), 1065, 1075, 1079, 1089, 1091, 1092, 1131, 1142, 1143, 1144, 1145, 1146, 1150, 1154 y 1159. Y sólo podrán modificarse en sentido favorable al tomador, asegurado o beneficiario los consignados en los artículos 1058 (inciso 3º), 1064, 1067, 1068, 1069, 1070, 1071, 1078 (inciso 1º), 1080, 1093, 1106, 1107, 1110, 1151, 1153, 1155, 1160 y 1161”*.

5. Por lo tanto, si de un lado, el artículo 1159 del C. Co., es norma de carácter especial y, del otro, tiene carácter imperativo, esto es, que no admite pacto en contrario, resulta claro que en ningún caso era posible revocar unilateralmente el contrato de seguro de vida por parte de la aseguradora.

6. No obstante, lo anterior, al analizarse la terminación prevista en la estipulación especial se advierte que esta no tiene el carácter de unilateral habida cuenta que no depende únicamente de la voluntad del asegurador, sino que estaba sujeta al cumplimiento de una condición como pasa a verse.

En efecto, el artículo 1530 del Código Civil preceptúa que: *«Es obligación condicional la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro, que puede suceder o no.»*

En el inciso final de la condición especial sobre préstamos en efectivo se indicó: *“es entendido que en el no pago del préstamo a su vencimiento o de los intereses anticipados no implicará la terminación de la póliza, sino únicamente en el caso de que los valores acumulados por concepto de préstamo y sus intereses excedan al valor de rescate garantizado”*.

6.1. Nótese que la terminación del contrato de seguro sólo ocurriría si los valores acumulados por concepto del préstamo y sus intereses excedía el valor de rescate garantizado, debiendo verificarse si en el expediente se encuentra acreditada tal circunstancia, para tal efecto obra el siguiente acervo probatorio:

6.1.1. Comunicación de 19 de junio de 2009 de Colseguros a Jesús Luciano Pérez² que se manifiesta “*Atendiendo su solicitud, nos permitimos informarle los valores que ha generado su póliza de Vida Hoy y Mañana Nos. 1703000530 al 19 de junio de 2009:*

- *Plan: Cinco pagos (H)*
- *Crecimiento: 20%*
- *Estado: Vigente*
- *Fecha de expedición: 10 de abril de 1997*
- *Valor asegurado inicial: \$50.000.000*
- *Valor asegurado alcanzado: \$170.000.000*
- *Indemnización adicional: \$130'000.000*
- *Valor de rescate: \$12'126.550*
- *Capital adeudado: \$8.895.870*
- *Intereses vencidos: \$1.889.154*
- *Valor día de interés: \$.343”*

6.1.2. Comunicación de 4 de junio de 2012³ a Jesús Luciano Pérez en la que se indica que “*Nos permitimos informarle que la póliza Citada en el asunto; se encuentra en estado **Rescindida**, desde el 14/02/2011 en razón a que el valor del préstamo por \$8.895.870, realizado el 10/10/2007, más los intereses vencidos (\$4.516.598) han superado el valor de rescate \$13.411.000”.*

6.1.3. Confesión ficta por inasistencia de los demandantes Néstor Cerquera, Mercedes Monge, Camilo Andrés Monge y Martha Cecilia Monge, quienes son litisconsortes necesarios, de los hechos contenidos en las excepciones, entre las que se encuentra que los dineros prestados “*nunca fueron cancelados, por lo que en carta del 4 de junio de 2012, se le comunicó formalmente que la póliza había sido cancelada”*, que debe valorarse como testimonio de tercero por no provenir de todos los litisconsortes.

7. Para el caso, valoradas las anteriores pruebas fuerza concluir que el contrato de seguro se terminó desde el 14 de febrero de 2011 al haberse cumplido la condición, situación que fue comunicada al asegurado, y, por ende, para el momento del siniestro, esto es, el 13 de noviembre de 2016 el contrato se había extinguido situación que conlleva a predicar que quien incumplió primero el contrato fue el señor Perez Cabera quien no devolvió el valor del préstamo ni pagó los intereses, que fue en últimas lo que conllevó la terminación del contrato de seguro.

² Fl. 17 C. digital

³³ Fl 88

Ahora, aun cuando lo anterior es suficiente para confirmar la sentencia apelada, respecto del reparo por la confesión ficta deducida por el *a quo*, considera el Tribunal que como bien lo refirió éste las personas que estaban fuera del país y en la ciudad de Neiva pudieron concurrir de manera virtual y no se advierte en el expediente que se hubiese hecho solicitud para hacer uso de tal mecanismo, amén de que no se acreditó fuerza mayor ni caso fortuito por los citados demandantes para justificar su inasistencia a la vista pública.

8. Por lo tanto, la decisión del *a quo* de negar la prosperidad de las pretensiones se debe confirmar, con la consecuente condena en costas al recurrente.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, D.C. en Sala Segunda Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 4 de febrero de 2020 por el Juzgado Cuarenta y Tres Civil del Circuito de esta ciudad.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante. La magistrada sustanciadora fija como agencias en derecho la suma de **\$1'000.000,00.**

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


ADRIANA AYALA PULGARIN

Magistrada


MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA

Magistrada


JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN CIVIL

Bogotá D.C., veintiséis (26) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Providencia: Apelación Sentencia
Proceso: Verbal
Demandante: Alfonso Marín Torres
Demandados: Oscar Orlando Cetina Castro y Gabriel Roberto Cetina
Radicado: 110013103 033 2018 00427 01

Magistrada Sustanciadora: **ADRIANA AYALA PULGARÍN**

[Discutido y aprobado en sesión de Sala del 14 de abril de 2021, Acta No. 14]

OBJETO DE LA DECISIÓN

La Sala Segunda Civil de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia anticipada proferida el 12 de agosto de 2019 y adicionada el 17 de febrero de 2020 por el Juzgado Treinta y Tres Civil del Circuito de Bogotá D.C.

ANTECEDENTES

1. Alfonso Marín Salas, actuando a través de apoderado judicial, formuló demanda en contra de Oscar Orlando y Gabriel Arturo Cetina Castro para que, previos los trámites del proceso verbal, se declarara *“la pertenencia, por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, sobre el inmueble -local – signado con el número 99 – 32 de la calle 20 de la actual nomenclatura urbana de Bogotá D.C., el cual hace parte del predio de mayor extensión registrado al folio de matrícula inmobiliaria número 50C-0054373 (...), inmueble este que ha poseído, con ánimo de señor y dueño, de buena fe y de manera quieta y pacífica por un lapso de tiempo ya superior*

a veinte (20) años”, bien raíz que se alindera en la forma indicada en la subsanación de la demanda¹. Igualmente solicita se ordene oficiar a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá D.C., zona centro, para que proceda a la inscripción del aludido fallo, en el folio de matrícula inmobiliaria número 50C-0054373.

2. Lo así solicitado se fundamenta en los hechos que se compendian a continuación:

i. Mediante contrato promesa de compraventa de inmueble, el señor Jorge Arturo Cetina Collazos fungiendo como prometiente vendedor y el señor Alfonso Marín Torres, como prometiente comprador, del inmueble, local, que para el efecto describieron que hace parte del predio de mayor extensión signado con el número 99 - 38 de la, por aquella época, calle 27 de la nomenclatura vigente de Bogotá D.C.

ii. El prometiente vendedor, Jorge Arturo Cetina Collazos falleció el 8 de enero de 1996.

iii. Que el 24 de julio de 1996 la cónyuge supérstite, Mary Castro de Cetina, y los herederos de Jorge Cetina Collazos, Jorge Hernando, Oscar Orlando y Gabriel Roberto Cetina Castro suscribieron en favor de Alfonso Marín Torres nuevo contrato de promesa sobre el inmueble – local con propiedad horizontal – que hace parte del predio de mayor extensión signado con el número 99 – 38 de la calle 27.

iv. Las partes acordaron que la escritura pública que perfeccionara el contrato de promesa de compraventa sería otorgada ante la Notaría 52 de este círculo notarial, en fecha julio 24 de 1997 y que la “*entrega real y material del inmueble objeto de este contrato fue efectuada el día cuatro del mes de enero de 1991*”.

v. Que en varias ocasiones se firmaron otros sí para la firma de la escritura pública, siendo la última el 24 de julio de 2003.

¹ Fls. 130 y 131 C. digital.

vi. Que el demandante ha venido cumpliendo de manera rigurosa con el pago de los servicios públicos domiciliarios – agua, luz, y teléfono, y con ello demuestra su ánimo de señor y dueño.

vii. Que ostenta la posesión real, material y efectiva “*en virtud de la entrega a él efectuada, al tenor del contrato de promesa de compraventa*”

3. Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Tres Civil del Circuito mediante proveído de 19 de septiembre de 2018, fue notificada a los demandados determinados, siendo contestada por Gabriel Roberto Cetina², a través de apoderada judicial, quien formuló las excepciones de mérito que denominó carencia de legitimación en la causa por pasiva, cosa juzgada, temeridad o mala fe, fraude procesal y carencia de tiempo para usucapir. Igualmente, Oscar Orlando Cetina Castro contestó la demanda³, a través de apoderada judicial, invocando como excepciones de mérito las que denominó cosa juzgada, temeridad o mala fe, así como carencia de tiempo para usucapir.

4. El *a quo* mediante proveído de 12 de agosto de 2019 dispuso desvincular al señor Gabriel Arturo Cetina Castro por no ser titular de derecho de dominio, así como mediante sentencia anticipada de la misma data declaró que existe cosa juzgada respecto de la acción de declaración de pertenencia por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio ejercida por Alfonso Marín Torres contra Oscar Orlando Cetina Castro.

La anterior decisión se sustentó en que “*frente al objeto, es indiscutible que en uno y otro casos, las pretensiones formuladas son sustancialmente las mismas, pues lo que se busca adquirir por el modo de la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio ser titular del bien inmueble que se dice poseer*”⁴.

5. Contra la anterior decisión la parte demandante formuló recurso de apelación con sustento en que no es del todo cierto la aseveración del *a quo* respecto a la identidad del objeto, ya que no coinciden absolutamente las direcciones de los predios, ni los hechos coinciden totalmente, ya que en la segunda se ordenaron y complementaron.

² Fls. 240 y s.s.

³ Fls. 265 y s.s.

⁴ Fl. 328

CONSIDERACIONES

1. Los presupuestos procesales se encuentran acreditados en el presente asunto, y no se observa causal de nulidad que pueda invalidar la actuación surtida ni impedimento para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponda.

2. Ahora bien, el problema jurídico a resolver es si en el presente asunto se configuró la cosa juzgada tal y como lo resolvió el *a quo* en el presente asunto, figura que persigue como principal objetivo, el que las providencias judiciales mantengan en forma definitiva el carácter de inmutables, impidiendo, en consecuencia, que la cuestión principal que ya se ha debatido en un proceso, pueda volver a ser objeto de controversia posteriormente.

3. Los elementos que estructuran la cosa juzgada se clasifican en subjetivos y objetivos. Al primer grupo corresponde la identidad de las partes, que debe darse entre quienes fueron contendores en el primer proceso y las que intervienen en el que se hace valer la cosa juzgada, entendiéndose este concepto, no como la identidad de las personas, sino de partes jurídicas, que entonces comprende a los causahabientes de aquellas a título universal o singular. En el segundo grupo se encuentran las identidades de objeto y causa, las cuales hacen relación, en su orden, a que se controvierta en el nuevo proceso las mismas pretensiones con iguales fundamentos de hecho a los que fueron debatidos en el proceso anterior.

3.1. Sobre el particular, ha dicho la jurisprudencia:

"Sucede, empero, que como la autoridad de la cosa juzgada no se produce sino en relación con una sentencia determinada, las denominadas identidades procesales constituyen el elemento de contraste para precisar si existe o no; y respecto de esa cuestión concreta se habla de los llamados límites de la cosa juzgada; es decir, que así como la sentencia sólo puede afectar a los sujetos contendientes y generalmente a nadie más que a ellos, así también ha de versar sobre el objeto a que el proceso alude, y ha de pronunciarse únicamente por la causa que se alegó para deducir la pretensión o la excepción. Solamente cuando el proceso futuro es idéntico, en razón de estos tres elementos, la sentencia dictada en el anterior produce cosa juzgada material.

"La eadem conditio personarum o límite subjetivo de la cosa juzgada consiste en esencia en la identidad jurídica de las partes en los dos procesos, y cuyo fundamento racional está en el principio de la relatividad de las sentencias (Art. 17 C.C.C.), según el cual por regla general la fuerza obligatoria de un fallo judicial se limita a las personas que han intervenido como partes en el proceso en que se profiere. Por lo consiguiente, en principio quienes no han sido partes en éste no son afectados por la sentencia, y pueden proclamarse ajenos a ésta según la máxima latina res inter alios indicata, allis neque prodesse neque nocere potest.

"La eadem res, una de las dos facetas del límite objetivo de la cosa juzgada, se traduce esencialmente en que no le es permitido al juez, en proceso futuro, desconocer o disminuir de cualquier manera el bien jurídico disputado en juicio precedente y reconocido en la sentencia proferida por este.

"El otro factor del límite objetivo, la eadem causa petendi o entidad de la causa de pedir, se concreta en el motivo o fundamento inmediato del cual una parte deriva su pretensión deducida en el proceso".- (C.S.J., 24 de abril de 1.984)

3.2. De manera más reciente la referida Corporación preciso que:

«(...) [c]uando una controversia ha sido objeto de un juicio lógico por parte de los órganos jurisdiccionales - explicaba Ugo Rocco- dentro del cual fue resuelta, se produce el fenómeno de la cosa juzgada, del cual deriva "la fuerza o la eficacia obligatoria inherente a la materia de la decisión judicial contenida" en el fallo que "está destinada a tutelar el quid decisum de la sentencia en un proceso futuro", en la medida en que impide "la reproducción del proceso de cognición".⁵

De ahí que también se presente como una obligación del Estado a través de las autoridades judiciales, y un derecho subjetivo de las partes, pues las primeras tienen "la obligación jurídica de no juzgar una cuestión que ya ha sido objeto de un juicio anterior entre los mismos sujetos. Y, por otro lado, las partes, actor y demandado, no sólo tienen la obligación jurídica de no pretender, de parte de los órganos jurisdiccionales del Estado, la prestación de la actividad jurisdiccional de cognición una vez que la hayan obtenido mediante la emisión de la sentencia final de mérito pasada en cosa juzgada, sino que tienen también el derecho a que los órganos jurisdiccionales del Estado no emitan nuevamente otra sentencia de fondo, es decir, no juzguen nuevamente las relaciones jurídicas ya declaradas ciertas mediante sentencia que haya hecho tránsito a cosa juzgada".⁶

En sentido material, la institución de res iudicata pretende evitar que dentro de un nuevo proceso, se profiera una decisión que se oponga o contradiga a la que goza de esa clase de autoridad, como respuesta a "la exigencia social de que no sean perpetuos los pleitos, como igualmente de que los derechos sean ciertos y estables, una vez obtenida la tutela del Estado".⁷

"La eficacia de ciertos derechos fundamentales, entre los cuales se deben destacar el debido proceso —y como expresión del mismo, que nadie puede 'ser juzgado dos veces por el mismo hecho'— (art. 29, C.P.), la seguridad jurídica y el acceso a la administración de justicia (art. 229 C. P.)—ha sostenido esta Corporación— exige que las sentencias constituyan el fin de los litigios que con ellas se resuelven, de forma que, luego de que adquieran firmeza, ninguno de los interesados, mucho menos aquél a quien no favoreció el respectivo fallo o que albergue inconformidad con algunas de las determinaciones adoptadas, pueda proponer nuevamente el mismo conflicto, buscando con tal proceder una decisión contraria, en todo o en parte, a la inicialmente emitida".

Y agregó:

"Al respecto, tiene dicho la Corte que '[p]otísimos y arraigados motivos, tales como la preservación del orden público, la seguridad jurídica y la paz social, entre otros más, han conducido al legislador, de antiguo, a impedir que las controversias decididas en forma definitiva por las autoridades jurisdiccionales, sean ventiladas, ex novo, por los mismos sujetos procesales que han intervenido en el correspondiente proceso judicial, según da cuenta la historia del derecho, en

⁵ «Tratado de Derecho Procesal Civil. Tomo II. Parte General. Bogotá: Temis – Buenos Aires: Edit. Depalma, 1976, págs. 313 a 315» (referencia propia del texto citado).

⁶ «ROCCO, Ugo. Op. Cit., p. 335-336» (referencia propia del texto citado).

⁷ «COVIELLO, Nicolás. Doctrina General del Derecho Civil. México: Unión Tipográfica Editorial Hispano – Americana, 1949, p. 624» (referencia propia del texto citado).

general, testigo de excepción de la vigencia milenaria de este instituto, de indiscutida etiología romana (Vid. LVI, 307, CLI, 42) (...).

Si lo anterior no fuere así, como en efecto no lo es, nada impediría a la parte desfavorecida en un litigio, plantear de manera indefinida —y sistemática— la cuestión o asunto sometido a composición judicial, hasta que su pretensión o excepción, finalmente, encontrara eco en una determinada providencia (espiral de libelos), dando lugar a la floración de fallos contradictorios en el universo judicial. Por lo demás, no se justificaría —ni se justifica—, el palmario e inconsulto derroche jurisdiccional, que implicaría examinar, una y otra vez, una materia sobre la que existe ya un pronunciamiento, previo y definitivo (anterius), con sujeción al cual, es la regla, debe tenerse como clausurado el debate y, por ende, sellada la suerte de la controversia sometida a composición (agotamiento procesal)” (CSJ SC, 12 ago. 2003, rad. 7325; CSJ SC, 5 jul. 2005, rad. 1999-01493; CSJ SC, 18 dic. 2009, rad. 2005-00058-01; CSJ SC, 7 nov. 2013, rad. 2002-00364-01)”⁸.

4. De lo hasta aquí expuesto se deduce que la institución de la cosa juzgada requiere la concurrencia de una triple identidad de factores que son: objeto pretensional, causa petendi y partes; por ende, la sentencia ejecutoriada en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.

5. En el presente asunto, no cabe duda de la identidad de partes, ya que en ambos fungió como demandante Alfonso Marín Torres y como demandado Oscar Orlando Cetina Castro, ante la desvinculación de Gabriel Roberto Cetina.

En cuanto al objeto pretensional, en el proceso que cursa en el juzgado *a quo* se pidió se declarará “*la pertenencia, por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, sobre el inmueble -local – signado con el número 99 – 32 de la calle 20 de la actual nomenclatura urbana de Bogotá D.C., el cual hace parte del predio de mayor extensión registrado al folio de matrícula inmobiliaria número 50C-0054373 (...), inmueble este que ha poseído, con ánimo de señor y dueño, de buena fe y de manera quieta y pacífica por un lapso de tiempo ya superior a veinte (20) años*” y en el que cursó en el juzgado Primero Civil del Circuito de esta ciudad se solicitó “*Que se declare en sentencia definitiva que haga tránsito a cosa juzgada, la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio de en favor de Alfonso Marín Torres (...), sobre parte del bien inmueble que luego se describe e identifica, el cual ha poseído durante más de diez años con ánimo de señor y dueño*” y respecto del bien inmueble dice que se trata del ubicado en la calle 27 No. 99 -28 y cuya dirección actual es calle 20 No. 99 – 28, así como direcciones secundarias las siguientes calle 20 No. 99 – 30/32 /34 y 38.

⁸ CSJ SC10200-2016, 27 jul.

Por lo que se advierte que el objeto pretensional es el mismo, adquirir por prescripción extraordinaria adquisitiva parte del inmueble ubicado en la Calle 20 No. 99 -28 y que tiene como direcciones secundarias la calle 20 No. 99 – 30/32/ 34 y 38, sino que se trata de evitar la coincidencia utilizando en la segunda demanda una de las direcciones secundarias del bien conforme se deduce de la certificación catastral obrante a folio 79 C.1, pero resulta indiscutible que se trata del mismo local.

En cuanto a la causa si bien existen algunas diferencias entre los hechos que se narran en uno y otro proceso, no menos cierto es que tienen como fundamento la celebración de sendas promesas de compraventa: la primera celebrada por el demandante con el occiso Jorge Arturo Cetina Collazos (hecho 1 de la demanda) y la segunda celebrada el 24 de julio de 1996 por el actor con Mary Castro de Cetina, Jorge Hernando, Oscar Orlando y Gabriel Roberto Cetina Castro (hecho 3 de la demanda).

Nótese que, respecto de ese particular aspecto, en la sentencia proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito el 22 de septiembre de 2015 se estimó que el demandado no era poseedor, ya que al haber suscrito las promesas de compraventa reconoció que había terceros con mejor derecho, y que ostentaba el bien como tenedor, ya que la recibió con ocasión de un contrato de arrendamiento, y esta Corporación confirmó dicha decisión en providencia emitida en audiencia del 25 de febrero de 2016 al considerar que en el año 1991 el demandante ingresó al predio como arrendatario, y que si bien celebró sendas promesas de compraventa sobre ese bien, esos negocios significan reconocimiento de dominio ajeno y que *“la entrega del inmueble no genera posesión se necesitaría que de manera expresa se hiciera entrega de la posesión y ello no aconteció”*.

6. Por lo que si en sentencias proferidas el 22 de septiembre de 2015 y confirmada el 25 de febrero de 2016, ya se resolvió que el aquí demandante no es poseedor ya que al celebrar las promesas de compraventa reconoció dominio ajeno y que la entrega del inmueble fue en calidad de tenencia, decisiones que resultan inmodificables, es claro que al presentarse un nuevo proceso edificado en los mismos hechos fuerza concluir que operó la cosa juzgada, lo que conlleva que se deba confirmar la sentencia recurrida.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, D.C. en Sala Segunda Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia anticipada proferida el 12 de agosto de 2019 y adicionada el 17 de febrero de 2020 por el Juzgado Treinta y Tres Civil del Circuito de esta ciudad.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia al demandante. La Magistrada Sustanciadora fija como agencias en derecho la suma de **\$1'000.000,00**.

TERCERO: En firme esta providencia, por secretaría devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

Adriana Ayala Pulgarin
ADRIANA AYALA PULGARÍN

Magistrada

Maria Patricia Cruz Miranda
MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA
Magistrada

Jorge Eduardo Ferreira Vargas
JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO

110013103011**201800320**01

Verbal pertenencia

Demandante: Elia Melania Díaz

Demandado: María Luisa Aguas Suarez

República de Colombia

Rama Judicial



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

MAGISTRADO PONENTE: JULIAN SOSA ROMERO

Bogotá, veintitrés (23) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Atendido el informe secretarial y de conformidad con lo dispuesto en el inc. 3° del art. 14 del D.806 de 2020 en concordancia con el art. 322 de la Ley 1564 de 2012, como el recurso de apelación no fue sustentado oportunamente, se declara desierto el formulado por la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juzgado Once Civil del Circuito de esta ciudad, el 7 de diciembre de 2020.

Notifíquese,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'J. Sosa Romero', written over a horizontal line.

**JULIÁN SOSA ROMERO
Magistrado**

(1120180032001)

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN CIVIL

Bogotá D.C., veintiséis (26) de abril de dos mil veintiuno (2021)

| | |
|-----------------------------|---|
| Proceso | Ejecutivo con título hipotecario |
| Demandante | Fondo Nacional del Ahorro |
| Demandado | Claudia Emilia Gutiérrez de Rincón y Luis Eduardo Rincón Herrera |
| Radicado | 110013103 012 1993 17107 01 |
| Radicado despacho comisorio | 110014003 023 2019 00262 00 |
| Instancia | Segunda |
| Decisión | Requiere copias para resolver recursos de apelación (segundo requerimiento) |

1. En auto del pasado 19 de marzo, se dispuso:

Previo a desatar los recursos de apelación concedidos en diligencia de secuestro llevada a cabo el 17 de octubre de 2019 (declara infundada una nulidad y admite una oposición), de conformidad con lo previsto en el inciso 3° del artículo 324 del C.G.P., por Secretaría, solicítese al Juzgado 23 Civil Municipal de Bogotá que, previas las formalidades previstas en el inciso 2° *eiusdem*, allegue a esta corporación la diligencia de secuestro inmediatamente referida, en tanto solo obra en el paginario remitido el acta y el auto notificado por estado del 25 de octubre de 2019, último que se aportó de forma incompleta.

Adviértase al juzgado municipal que si la diligencia y el auto en cita no fueron allegados por una omisión atribuible a la secretaría de ese despacho, las mismas deberán ser enviadas de forma inmediata.

2. En razón a que a la fecha el Juzgado 23 Civil Municipal de Bogotá no ha allegado pronunciamiento alguno, por secretaría, requiérasele para de forma

inmediata se sirva dar cumplimiento a lo dispuesto en el auto inmediatamente transcrito.

3. Remítase este requerimiento, asimismo, al Juzgado Primero Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá, comitente en el asunto en cuestión, para que en caso de haber sido devuelto a ese despacho el respectivo despacho comisorio, se sirva remitir a este Tribunal las piezas procesales requeridas o, en caso tal, informe lo correspondiente sobre la suerte de dicha diligencia.

Cúmplase;

Firmado Por:

IVAN DARIO ZULUAGA CARDONA

MAGISTRADO

MAGISTRADO - TRIBUNAL 007 SUPERIOR SALA CIVIL DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-

SANTAFE DE BOGOTA D.C.,

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

Código de verificación:

6221756fbd1467e0dd50b9f7a5d0fe177e29e93cd7598bf2860deeb01010fcdd

Documento generado en 26/04/2021 02:19:29 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN CIVIL

Bogotá D.C., veintiséis (26) de abril de dos mil veintiuno (2021)

| | |
|-----------------------------|---|
| Proceso | Ejecutivo con título hipotecario |
| Demandante | Fondo Nacional del Ahorro |
| Demandado | Claudia Emilia Gutiérrez de Rincón y Luis Eduardo Rincón Herrera |
| Radicado | 110013103 012 1993 17107 01 |
| Radicado despacho comisorio | 110014003 023 2019 00262 00 |
| Instancia | Segunda |
| Decisión | Requiere copias para resolver recursos de apelación (segundo requerimiento) |

1. En auto del pasado 19 de marzo, se dispuso:

Previo a desatar los recursos de apelación concedidos en diligencia de secuestro llevada a cabo el 17 de octubre de 2019 (declara infundada una nulidad y admite una oposición), de conformidad con lo previsto en el inciso 3° del artículo 324 del C.G.P., por Secretaría, solicítese al Juzgado 23 Civil Municipal de Bogotá que, previas las formalidades previstas en el inciso 2° *eiusdem*, allegue a esta corporación la diligencia de secuestro inmediatamente referida, en tanto solo obra en el paginario remitido el acta y el auto notificado por estado del 25 de octubre de 2019, último que se aportó de forma incompleta.

Adviértase al juzgado municipal que si la diligencia y el auto en cita no fueron allegados por una omisión atribuible a la secretaría de ese despacho, las mismas deberán ser enviadas de forma inmediata.

2. En razón a que a la fecha el Juzgado 23 Civil Municipal de Bogotá no ha allegado pronunciamiento alguno, por secretaría, requiérasele para de forma

inmediata se sirva dar cumplimiento a lo dispuesto en el auto inmediatamente transcrito.

3. Remítase este requerimiento, asimismo, al Juzgado Primero Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá, comitente en el asunto en cuestión, para que en caso de haber sido devuelto a ese despacho el respectivo despacho comisorio, se sirva remitir a este Tribunal las piezas procesales requeridas o, en caso tal, informe lo correspondiente sobre la suerte de dicha diligencia.

Cúmplase;

Firmado Por:

IVAN DARIO ZULUAGA CARDONA

MAGISTRADO

MAGISTRADO - TRIBUNAL 007 SUPERIOR SALA CIVIL DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-

SANTAFE DE BOGOTA D.C.,

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

Código de verificación:

6221756fbd1467e0dd50b9f7a5d0fe177e29e93cd7598bf2860deeb01010fcdd

Documento generado en 26/04/2021 02:19:29 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

República de Colombia

Rama Judicial



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CIVIL DE DECISIÓN

| | | |
|---------------------------|---|--|
| MAGISTRADA PONENTE | : | LIANA AIDA LIZARAZO VACA |
| CLASE DE PROCESO | : | EJECUTIVO |
| ACCIONANTE | : | EMERSON EDUARDO ROJAS |
| ACCIONADO | : | JUAN MANUEL MUÑOZ RODRÍGUEZ y otra |
| RADICACIÓN | : | 11001 31 03 022 2018 00221 01 |
| DECISIÓN | : | DECLARA INADMISIBLE RECURSO |
| FECHA | : | Veintiséis (26) de abril de dos mil veintiuno (2021) |

I. OBJETO

Se pronuncia el Tribunal acerca la apelación interpuesta por el apoderado del accionante Emerson Eduardo Rojas contra el auto proferido el 26 de octubre de 2020 por el Juzgado Cuarto Civil Municipal, actuando como comisionado para la diligencia de secuestro del bien inmueble identificado matrícula inmobiliaria No. 50S-40036643, providencia en la que declaró probada la oposición a la diligencia de secuestro formulada por los señores Sandra Patricia Muñoz Diaz y Elkin Iván Muñoz Diaz.

II. ANTECEDENTES

2.1. En el trámite del proceso ejecutivo de la referencia, mediante auto de 8 de junio de 2018, el Juzgado 22 Civil del Circuito de Bogotá libró mandamiento de pago a favor de Emerson Eduardo Rojas contra Juan Manuel Muñoz Rodríguez e Hilda Romero Rava. En dicha providencia también se decretó el embargo de la cuota parte

del inmueble identificado con folio de matrícula N° 50S-40036643 de propiedad del demandado JUAN MANUEL MUÑOZ RODRÍGUEZ.

2.2. Acreditado el embargo del citado inmueble, mediante auto del 08 de octubre de 2018 se decretó el secuestro. Para tal fin se comisionó a los Jueces Civiles Municipales de Bogotá.

2.3. La comisión fue asignada al Juzgado Cuarto Civil Municipal de Bogotá. El 15 de noviembre 2019, dicho despacho judicial adelantó la diligencia de secuestro, la cual fue atendida por Sandra Patricia Muñoz Diaz y Elkin Iván Muñoz Diaz con sus respectivos apoderados, quienes se opusieron a la referida diligencia en su calidad de coposeedores respecto del 100% del inmueble objeto de la cautela.

2.3.1. Suspendida la diligencia, mediante proveído del 9 de diciembre de 2019, se decretaron los medios probatorios solicitados por la parte demandante y la parte opositora. Para evacuar dichas pruebas se señaló como fecha el 9 de marzo de 2020. En dicha diligencia se recibieron los interrogatorios de los opositores y se recibieron los testimonios solicitados.

2.4. La Juez comisionada, en audiencia adelantada el 26 de octubre de 2020, resolvió declarar fundada la oposición presentada por Sandra Patricia Muñoz Diaz y Elkin Iván Muñoz Diaz.

III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. Sometido el asunto en referencia al examen preliminar que ordena el artículo 325 del C.G.P., se advierte la falta de los requisitos para la concesión del recurso de apelación formulado en contra del auto proferido el 26 de octubre de 2020 por el Juzgado Cuarto Civil Municipal, actuando como comisionado para la diligencia de secuestro del bien inmueble identificado matrícula inmobiliaria No. 50S-40036643.

2. El ordenamiento procesal civil establece el principio de la taxatividad en materia de procedencia del recurso de apelación, con la connotación de que únicamente las decisiones expresamente señaladas en el Código General del Proceso como susceptibles del recurso de apelación, pueden ser revisadas por este medio de impugnación.

3. Entonces, para que sea procedente el otorgamiento del recurso de apelación, es necesario que la providencia se enmarque en alguna de las hipótesis previstas el artículo 321 del C.G.P., u otra norma de carácter especial, *so pena* de resultar improcedente su revisión por dicha senda.

4. A efectos de analizar la viabilidad de atacar el auto apelado a través del recurso propuesto, se hace necesario revisar el trámite de la oposición a la diligencia de secuestro. Lo anterior, con el objetivo de determinar las diversas providencias que se profieren en el curso de dicha diligencia.

5. En relación con los diversos supuestos o hipótesis que se pueden presentar con la formulación de la oposición a la diligencia de secuestro y su trámite, con fundamento en el artículo 309 del C.G.P., la Corte Suprema Justicia ha explicado:

“Tales disposiciones regulan varias hipótesis. La primera de ellas, es que se rechace la *«oposición»*, en tal caso, según el numeral 8 el secuestro se practicará.

La segunda, es que se acepte; evento en el que pueden presentarse los siguientes supuestos:

(i) Que ninguno de los intervinientes dispute la *«decisión»*, de modo que el *«secuestro»* no podrá realizarse. Así lo prevé el referido numeral 8 cuando establece que *«Cuando la decisión sea favorable al opositor, se levantará el secuestro (...)»*. Claro, si la oposición sólo prospera

parcialmente, en el aspecto que no salió avante debe concretarse la cautela. Es lo que precisa el inciso segundo del numeral 5, al indicar que *«si la oposición se admite solo respecto de alguno de los bienes o de parte de estos, se llevará a cabo la entrega de lo demás»*.

(ii) Que se admita la oposición, pero el interesado en el «secuestro» insista en él, «hipótesis» en la cual *«el bien se dejará al opositor en calidad de secuestro»* (numeral 5).

Los numerales siguientes, el 6 y el 7 regulan el trámite que se debe seguir en esa particular situación, dado que ante la «insistencia» de la parte actora el legislador dispuso un «procedimiento» para dilucidar si el «opositor» tiene o no el «derecho» alegado y reconocido en la «diligencia», en el que los involucrados cuentan con la facultad de presentar las pruebas que estimen pertinentes, tras lo cual se adoptará la directriz definitiva.

En tal circunstancia se distinguen a su vez dos «supuestos», dependiendo de si el juez que adelanta el «proceso» es quien practica la «diligencia».

En ese orden, dispone el numeral 6 que ***«cuando (...) haya sido practicada por el juez de conocimiento y quien solicitó la entrega haya insistido, este y el opositor, dentro de los cinco (5) días siguientes, podrán solicitar pruebas que se relacionen con la oposición. Vencido dicho término, el juez convocará a audiencia en la que practicará las pruebas y resolverá lo que corresponda»***. Pero si *«si la diligencia se practicó por comisionado»*, según el numeral 7, ***«y la oposición se refiere a todos los bienes objeto de ella, se remitirá inmediatamente el despacho al comitente»*** para que surta dicho «trámite». Empero, si la *«oposición es parcial»* *«la remisión del despacho se hará cuando termine la diligencia»*. Lo que se explica, si se observa que de acuerdo a lo apuntado, la medida debe surtirse sobre los «bienes» excluidos de la «oposición», de suerte, que una vez practicada, es que debe enviarse el *dossier* para que el *«juez de conocimiento continúe con el procedimiento pertinente»*.

Dicho en otras palabras, la *«admisión de la oposición»* ante la *«insistencia del interesado en el secuestro»* se torna provisional, ya que

esa rogativa impone que el «*juez de conocimiento*» agote con posterioridad un «*procedimiento*» para solucionar la controversia, el cual surtirá de manera inmediata si fue él quien practicó la «*diligencia*» o luego de «*remitido el despacho comisorio*» si lo hizo el «*comisionado*».

Bajo este panorama, importa destacar que tratándose de «*diligencias realizadas*» por «*jueces comisionados*», en principio son ellos quienes definen la suerte de la «*oposición*», debido a las «*facultades*» que apareja la «*comisión*». Memórese que de conformidad con el artículo 40 del estatuto de ritos civiles «*el comisionado tendrá las mismas facultades del comitente en relación con la diligencia que se le delegue, inclusive las resolver reposiciones y conceder apelaciones contra las providencias que dicte, susceptibles de esos recursos*». De manera, que si la «*niega*» o la «*acepta*», sin que los «*interesados*» eleven reclamo alguno, tales «*resoluciones*» producirán sus efectos en el «*litigio*» y a ella deben atenerse las «*partes*».

Ahora, lo que habilita la intervención del «*juez de conocimiento*», esto es, del «*comitente*», es entonces el «*caso*» en que «*admitida la oposición*» por el «*comisionado*», «*el interesado insista en el secuestro*», ya que en tal evento, se itera, esa directriz se torna temporal y quien tiene la última palabra sobre ella es aquel funcionario una vez haya «*decretado y practicado las pruebas solicitadas por aquél y el tercero*».

De manera, que no siempre que hay «*oposición*» el «*juzgado de origen*» debe aplicar los numerales 6 y 7 del artículo 309 del Código General del Proceso, sino solamente, se repite, cuando se «*insista en el secuestro*». De lo contrario, se desnaturalizaría la función del comisionado, quien para los fines de la diligencia reemplaza al comitente y, por ende, tiene competencia para «*decidir*» lo que corresponda. Luego, de «*dirimir la oposición*» sin protesta alguna, no podrá volverse sobre tal asunto.”¹

6. En el presente caso, se observa que el trámite adelantado por el juez comisionado culminó una vez practicadas las pruebas correspondientes, con decisión favorable a la parte opositora. Esa

¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de tutela de 7 diciembre de 2018. M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque.

decisión corresponde a la de admisión de la oposición; no puede ser de otra forma, pues, conforme con la normativa aplicable y la jurisprudencia citada, el juez comisionado únicamente cuenta con competencia para efectuar el referido pronunciamiento.

7. Ahora bien, una vez admitida la oposición, lo procedente era ordenar la remisión del expediente al juez de conocimiento, para que aquel se encargara agotar el trámite con el que se definiera de manera definitiva la oposición a la diligencia de secuestro. No obstante lo anterior, en el presente caso se concedió al recurso de apelación en contra del auto que admitió la oposición, lo que resulta improcedente, pues dicha providencia no se encuentra contemplada como una de aquellas respecto de las que tiene cabida dicho medio de impugnación, además de que es al juez de conocimiento al que le corresponde pronunciarse de manera definitiva sobre la oposición.

8. Lo procedente era, entonces, que el juez comisionado hubiera resuelto sobre la insistencia formulada por el apoderado de la parte ejecutante, quien manifestó que *“es voluntad de esta parte insistir en la persecución de los derechos que le asisten a Juan Manuel Romero Ruao”*. Sin embargo, se dejó de resolver dicha solicitud y, en su lugar, se concedió un recurso de apelación respecto de una providencia respecto de la cual el legislador no ha contemplado dicho medio de impugnación.

9. Corolario de lo consignado se declarará inadmisibles el recurso de apelación y se ordenará la devolución del expediente al juez comisionado para que resuelva lo procedente respecto de la insistencia presentada por el apoderado de la parte ejecutante.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C. – Sala Civil,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR INADMISIBLE el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del accionante Emerson Eduardo Rojas contra el auto proferido el 26 de octubre de 2020 por el Juzgado Cuarto Civil Municipal, actuando como comisionado para la diligencia de secuestro del bien inmueble identificado matrícula inmobiliaria No. 50S-40036643.

SEGUNDO: Oportunamente devuélvase las presentes diligencias al juzgado comisionado para que resuelva lo procedente respecto de la insistencia presentada por el apoderado de la parte ejecutante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LIANA AIDA LIZARAZO VACA

Magistrada

Firmado Por:

LIANA AIDA LIZARAZO VACA
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 008 CIVIL DE BOGOTÁ D.C.

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

Código de verificación: **63c56b05577c880b9d7ba0d2711fb61f707a475d108fcde4fa72b7ef4585cf19**

Documento generado en 26/04/2021 03:44:46 PM

República de Colombia
Rama Judicial



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Radicación: 110013103032-2018-00353-02
Demandante: Ana Lucía Zuluaga Palacio y otros
Demandado: Frontera Energy Colombia Corp. Sucursal Colombia
Proceso: Acción de grupo
Trámite: Solicitud de adición

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de abril de dos mil veintiuno (2021).

El codemandante Carlos Eduardo Calvache Giraldo, signatario del memorial que antecede, estese a lo dispuesto en auto de 9 de abril de 2021, donde claramente quedó dilucidado la revocatoria del poder a su apoderado y su desistimiento del recurso de apelación.

Debe tener presente el solicitante, quien actúa directamente y a nombre propio, que carece del derecho de postulación, que no ha demostrado la calidad de abogado inscrito, situación que impide que sea tramitada su petición, pues conforme al art. 73 del Código General del Proceso deberá actuar por conducto de abogado legalmente autorizado, norma que guarda concordancia con los artículos 22 y siguientes del decreto 196 de 1971, cuyo precepto 25 preceptúa que “*nadie podrá litigar en causa propia o ajena si no es abogado inscrito...*”.

Adicionalmente, el artículo 49 de la ley 472 de 1998 es enfático en disponer que las acciones de grupo “*deben ejercerse por conducto de abogado*”, motivo por el cual es claro que cualquiera de las partes en este proceso debe actuar necesariamente mediante abogado.

Ahora bien, en auto anterior se le aceptó la revocatoria del apoderado y el desistimiento, de atender que se trata de actos para los cuales no requería intervención por medio de abogado, precisamente por la calidad de dichos actos, pues ha dicho la Corte Suprema de Justicia que la facultad de disponer del derecho en litigio, para extinguirlo o renunciarlo, entre otras cosas, está “*reservado de manera general al titular del mismo derecho, quien obra como parte por su connotación*”.



prioritariamente sustancial”, y así puede hacerlo “por conducto de apoderado, al otorgarle facultad expresa para ello, o bien que también puede hacerlo directamente, tanto en ausencia de todo apoderado (v.gr. muerte, renuncia, etc.) o de apoderado sin facultad expresa para desistir, independientemente de éste (con, sin, o en contra de su consentimiento), procede a desistir directamente de su proceso, siempre que se trate de un ‘demandante’ plenamente capaz (que lo son todos, salvo excepción legal) (arts. 342 y 343 del C. de P.C.). Y tal posibilidad, fundada en el mencionado alcance de la titularidad del poder de disposición del ‘derecho en litigio’, también armoniza, de una parte, con el principio dispositivo, que acarrea la disponibilidad general y ab libitum por las partes de la relación procesal, y, de la otra parte, con la naturaleza sustancial y procesal del desistimiento, que, no obstante poner fin al litigio, implicando renuncia de las pretensiones, no se trata de una acción de litigar en causa propia. En efecto, se trata más bien de una acción de ‘deslitigar’ (esto es, para desembarazarse, liberarse o extinguir el litigio en que se encuentra como parte demandante y que ya no se quiere)...” (CSJ, SCC, sentencia de 2 de octubre de 1992. M.P. Pedro Lafont Pianetta. Citada en el Código de Procedimiento Civil de Legis Editores S.A. de septiembre de 2007).

Pese a lo anotado, importa resaltar que la solicitud de adición contra el auto de 9 de abril de 2021, en el sentido de emitir pronunciamiento para exonerar al demandante Carlos Eduardo Calvache Giraldo de la condena en costas de primera instancia, es improcedente, pues el Tribunal, en la etapa actual del proceso, únicamente puede pronunciarse sobre las vicisitudes que surjan durante el trámite del recurso de apelación en segunda instancia, como la revocatoria del poder y el desistimiento de dicho recurso, antes anotados. Pero la competencia del Tribunal al decidir esos últimos aspectos, no puede extenderse a que se revoque parcialmente la condena en costas de primera instancia, toda vez que esta última decisión fue adoptada por el juzgado de primer grado en su sentencia, sobre la cual el Tribunal podría emitir algún tipo de pronunciamiento al momento en que resuelva el correspondiente recurso de apelación.

Por demás, precísase que el artículo 56 de la ley 472 de 1998 permite que cualquier miembro del grupo puede manifestar su deseo de ser



excluido del grupo dentro de los 5 días siguientes al vencimiento del término de traslado de la demanda, requisito este último que no se cumple por parte del señor Calvache, por cuanto su solicitud la presentó luego de proferida la sentencia de primera instancia, cuyos efectos lo cobijan, según la citada norma, con independencia de su desistimiento del recurso de apelación.

Así las cosas, sin perjuicio de las precisiones anotadas, el Tribunal se abstiene de tramitar la solicitud de Carlos Eduardo Calvache Giraldo, por carencia del derecho de postulación, vale decir, porque pretende actuar en nombre propio sin acreditar la calidad de abogado, que aquí es necesaria.

Notifíquese.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'J. A. Isaza Davila', written over a light blue rectangular stamp.

JOSE ALFONSO ISAZA DAVILA

MAGISTRADO TRIBUNAL SUP. DE BOGOTÁ, SALA CIVIL

(FIRMA SEGÚN ARTS. 11 DEC. 491/2020, 6 AC. PCSJA20-11532 Y OTROS)

República de Colombia

Rama Judicial



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, D.C.

SALA CIVIL

MAGISTRADO PONENTE: JULIAN SOSA ROMERO

Bogotá, veintitrés (23) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Atendido el informe secretarial y de conformidad con lo dispuesto en el inc. 3° del art. 14 del D.806 de 2020 en concordancia con el art. 322 de la Ley 1564 de 2012, como el recurso de apelación no fue sustentado oportunamente, se declara desierto el formulado por la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y dos Civil del Circuito de esta ciudad, el 29 de julio de 2020.

Notifíquese,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Julián Sosa Romero', enclosed in a thin black rectangular border.

JULIÁN SOSA ROMERO
Magistrado
(3220190042301)

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN CIVIL

Bogotá, D. C., veintiséis (26) de abril de dos mil veintiuno (2021)

| | |
|------------|--------------------------------------|
| Proceso | Ejecutivo con título hipotecario |
| Demandante | Rodrigo Peña Bautista |
| Demandada | José Andrés Gutiérrez Rodríguez |
| Radicado | 110013103 040 2017 00020 01 |
| Instancia | Segunda – <i>apelación de auto</i> - |
| Decisión | Confirma |

ASUNTO

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra del auto calendado 17 de febrero de 2020, proferido por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá, por el cual se declaró infundada una nulidad.

ANTECEDENTES

1. El extremo demandado solicitó se declare la nulidad de todo lo actuado a partir del mandamiento de pago, teniendo en cuenta que se adelanta un proceso ejecutivo con título hipotecario que tiene origen en un préstamo para la adquisición de vivienda por el extinto sistema del UPAC y, no obstante, se libró orden de apremio el 8 de febrero de 2017, sin que se hubiera practicado la reestructuración el crédito, conforme a lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley 546 de 1999.

Acotó que el juez fue asaltado en su buena fe, último que ordenó seguir adelante la ejecución y fijó fecha para llevar a cabo la diligencia de remate, obviando que a folio 383 obra documento en el que la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá informa que *“a la fecha no existen bienes retenidos producto del proceso adelantado por este despacho, una vez suceda se les comunicará el orden de los créditos”*.

Concluyó que no existe cobro coactivo por las obligaciones descritas en el folio 327 y las que se relacionan para los años 2011, 2012, 2013 y 2015 ya prescribieron, sin que la DIAN hubiera iniciado cobro coactivo, hecho que excluye al demandado de la excepción de terminación del proceso por falta de reestructuración, conforme a la cual no hay lugar a dicha terminación cuando el juez advierta que existen otros procesos ejecutivos en curso contra el deudor por obligaciones diferentes.

2. La contraparte solicitó rechazar el incidente propuesto teniendo en cuenta que no fue alegado en la oportunidad procesal pertinente, ni fue promovido recurso contra la sentencia de primera instancia.

Acotó que la reestructuración se verificó en los términos del artículo 42 de la Ley 546 de 1999 y la jurisprudencia, ya que *“al demandado se le remitieron las comunicaciones pertinentes para entablar el trámite, sin que el mismo compareciera (...)”*, sin que aquella resultara necesaria dado que cuando se presentó la demanda existían otros embargos sobre los bienes objeto de la garantía (anotaciones 9, 11 y 13 del apartamento objeto de la garantía hipotecaria), por lo que no se requería convocatoria al trámite de reestructuración.

Finalizó expresando que existen pruebas suficientes para afirmar la falta de capacidad económica del deudor, quien tiene embargos ejecutivos registrados, deudas pendientes de pago en la DIAN y respecto de impuestos prediales y valorización.

3. Mediante auto del 17 de febrero de 2020, el *A quo* declaró infundada la solicitud de nulidad en consideración a que en providencia del 11 de febrero de 2019, se emitió pronunciamiento desfavorablemente sobre igual asunto. Agregó que en esa data obraba en la foliatura prueba de la existencia de una obligación tributaria a cargo del demandado y a favor de la DIAN, hecho que dio lugar a que no se acogiera la solicitud, sin que sea aceptable la presentación indefinida de peticiones similares, so pretexto del pago de los deberes fiscales.

4. Inconforme con la anterior decisión, el apoderado la pasiva formuló recurso de reposición y apelación en subsidio reiterando los argumentos expuestos en la solicitud de nulidad. Hizo énfasis en el control de legalidad que

debe efectuarse y la ausencia de título ejecutivo complejo dada la falta de reestructuración como requisito de procedibilidad.

5. Dentro del término de traslado, la contraparte guardó silencio. Resuelto el recurso horizontal, corresponde a este Tribunal resolver la alzada.

CONSIDERACIONES

1. El problema jurídico a resolver consiste en determinar si se debe revocar, modificar o confirmar el auto que declaró infundada la nulidad propuesta por la pasiva por falta de reestructuración, dictado por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá, advirtiéndose desde ahora que el auto fustigado será confirmado, por las razones que se pasan a explicar.

2. Frente a la reestructuración de los créditos adquiridos antes de la entrada en vigencia de la Ley 546 de 1999, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha precisado:

(...) es necesario para la Sala precisar, que tratándose del derecho a la reestructuración de los créditos de vivienda bajo el amparo de la Ley 546 de 1999, se ha considerado de tiempo atrás, que

«[Del] artículo 42 de la Ley 546 de 1999, se extrae el deber ineludible [de los acreedores], de reliquidar y reestructurar los créditos de vivienda en UPAC, vigentes al 31 de diciembre de 1999 (...) cuya recuperación pretendían ante los estrados judiciales, pues, para esa fecha todos ellos quedaron con la posibilidad de replantear la forma de pago, de acuerdo con las condiciones económicas de los propietarios que estaban en peligro de perder su lugar de habitación.

El incumplimiento de esa carga, en consecuencia, se constituye en un obstáculo insalvable para el inicio y el impulso de los procesos hipotecarios estrictamente relacionados con créditos de vivienda inicialmente concedidos en UPAC, por formar parte de un título ejecutivo complejo cuya acreditación se hace imprescindible, para obtener la orden de apremio en caso de mora de los deudores o si, llevado a cabo ese trabajo, es manifiesta la imposibilidad de satisfacción de éstos con sus actuales ingresos.

Si tal falencia no es advertida al momento de librar mandamiento de pago, exige un pronunciamiento de los falladores a petición de parte o por vía del examen oficioso de los instrumentos representativos del crédito cobrado, aún en segunda instancia, por tratarse de un tópico relacionado con la exigibilidad de las obligaciones hipotecarias que llevan inmersos los elevados derechos a la vivienda digna e igualdad entre los deudores de ese sistema.

Por ende, si se desatiende esa labor inquisitiva de revisar la suficiencia de los documentos allegados como base de recaudo, por mandato excepcional que emana de la normatividad expedida para conjurar una crisis social, como excepción al principio dispositivo que rige

la alzada, se incurre en una vía de hecho que es susceptible de protección.

Pasar por alto tal proceder, como si la mera culminación de los hipotecarios de créditos en UPAC relacionados con unidades habitacionales individuales fuera suficiente, sería desconocer los efectos protectores de la Ley de Vivienda, diluidos con el agotamiento parcial de los ordenamientos del párrafo tercero del artículo 42.

Tal etapa, esto es, poner fin a un proceso hipotecario sin que mediara pago, sólo constituía un paso para normalizar la situación de los deudores, que se complementaría, indiscutiblemente, con la posibilidad cierta de revisar de consuno entre acreedor y deudor como se diferirían los saldos pendientes.

Bajo este entendido, al no analizar los juzgadores a ciencia y paciencia si en los nuevos cobros de créditos de vivienda, cuyos deudores fueron beneficiados con el respiro que les confirió la ley mediante el cese de la ejecución, se satisficieron a cabalidad cada uno los condicionamientos que habilitaban ese posterior reclamo coercitivo de las entidades financieras, se desvirtúa el propósito que inspiró dicha regulación.

Esto por cuanto en estos especiales casos, a diferencia de cualquier recaudación compulsiva, no se trata de verificar el incumplimiento de una obligación en los plazos inicialmente pactados, conforme aparece en el título, sino la materialización de la imposibilidad para los demandados de solventar un crédito con el cual buscaron, antes que incrementar su patrimonio, solucionar una necesidad básica de orden superior.

Por esto, es labor irrenunciable del fallador escudriñar si quien está en riesgo de perder su vivienda contó con la oportunidad de replantear las condiciones de pago, mediante la reestructuración del crédito, pues, sólo en caso de una dificultad manifiesta en asumir el total de la deuda o ante el quebrantamiento de las nuevas estipulaciones convenidas, estaría habilitado el camino para pedir la venta forzada del inmueble, máxime en aquellos casos en que se cuestiona, directa o indirectamente, la suficiencia del título base de recaudo» (ver recientemente, entre otras, en STC5462-2020)

Aunado a lo anterior, la Corte ha advertido que **«la ejecución no finaliza con la ejecutoria de la sentencia**, debido a que después del fallo siguen cursando actuaciones en busca de su realización y del cumplimiento del objeto del juicio, consistente en la efectividad de la garantía para satisfacer el crédito cobrado, antes de la almoneda, y mientras ello ocurre, como ha advertido la jurisprudencia, (...) e[s] viable resolver de fondo la petición» (resalta la Sala, CSJ STC5462-2020), por lo que es deber de los jueces, incluidos los de ejecución, revisar si junto con el título base de recaudo la parte ejecutante ha adosado los soportes pertinentes para acreditar la tan nombrada reestructuración de la obligación, pues, como lo ha dicho esta Sala, esos documentos «conforman un título ejecutivo complejo y, por ende, la ausencia de alguno de estos no permit[e] continuar con la ejecución» (ídem)¹. (Negritas y subrayas en texto original).

3. Se destaca que la terminación de los procesos ejecutivos puede ser declarada a petición de parte o de oficio, hasta antes de que se haya registrado el auto aprobatorio del remate o de adjudicación del inmueble², siempre que se den los presupuestos establecidos por la jurisprudencia para tal cometido, sin que decisiones anteriores constituyan obstáculo para emitir nuevos pronunciamientos

¹ STC3696-2021. Rad. 70001-22-14-000-2021-00022-01. M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

² Sentencia SU-813 de 2007

en punto al requisito de la reestructuración; no obstante, no todo proceso ejecutivo está llamado a terminar en razón de la ausencia dicho elemento, aspecto sobre el cual la Corte Constitucional en sentencia SU-787 de 2012, precisó:

Aún con los anteriores ajustes en la línea jurisprudencial, subsisten vacíos, como, por ejemplo, el relacionado con los casos en los cuales exista embargo de remanentes. En ese evento, la terminación del proceso ejecutivo iniciado por la entidad financiera no obra para beneficio del deudor conforme al objetivo de la ley, puesto que continuaría la ejecución por la otra obligación y si no puede pagar se rematará el bien y el efecto no habría beneficiado al deudor y habría perjudicado al acreedor financiero en beneficio de un tercero acreedor. En tales casos, es razonable que no proceda la reestructuración si el deudor no obtiene una reestructuración de la totalidad de sus obligaciones.

Del mismo modo, es preciso tener en cuenta que la reestructuración presupone que el deudor acredite capacidad de pago para asumir la obligación en las nuevas condiciones, de manera que si, aplicando las condiciones más benéficas que procedan para los deudores de acuerdo con la ley, evaluadas por el juez a cuyo cargo está la ejecución, se concluye que el deudor no está en capacidad de asumir la obligación refinanciada, se exceptuaría el mandato de dar por terminado el proceso, en razón a que resultaría contrario a la economía procesal, a los derechos del acreedor y los intereses del deudor que hubiese que iniciar, de manera inmediata, un nuevo proceso ejecutivo.

Adicionalmente, es preciso que no haya otros procesos ejecutivos en contra del deudor, en los que se haya solicitado el embargo de remanentes. En tales casos, la obligación, aún si se entendiera reestructurada se vuelve plenamente exigible.

De todo lo anterior surge que una reconstrucción de la jurisprudencia constitucional sobre esta materia, ajustada con los elementos de análisis que se han ido haciendo evidentes en las distintas oportunidades en las que la Corte se ha ocupado del tema, muestra que las reglas aplicables, de acuerdo con el marco constitucional, son las siguientes: (i) En el ámbito de la Ley 546 de 1999, los procesos ejecutivos hipotecarios iniciados antes del 31 de diciembre de ese año, una vez realizada la reliquidación del crédito y aplicados los alivios correspondientes, terminan por ministerio de la ley; (ii) si cumplidas las anteriores condiciones subsiste un saldo insoluto, deudor y acreedor deben llegar a un acuerdo de reestructuración; (iii) a falta de acuerdo, la reestructuración debe hacerse directamente por la entidad crediticia, de acuerdo con los parámetros legales, jurisprudencialmente delimitados y, (iv) cuando cumplidas las anteriores condiciones se advierta por el juez, o que existen otros procesos ejecutivos en curso contra el deudor, por obligaciones diferentes, o que no obstante la reestructuración, el deudor carece de la capacidad financiera para asumir la obligación, se exceptúa el mandato de dar por terminado el proceso, el cual continuará, en el estado en el que se encontraba, por el saldo insoluto de la obligación.

4. No ofrece discusión que el presente proceso tiene por objeto el cobro de un crédito hipotecario para la adquisición de vivienda, otorgado con

anterioridad al 31 de diciembre de 1999, siendo aplicable, en consecuencia, la Ley 546 de 1999 y demás disposiciones complementarias, así como la jurisprudencia proferida por las Altas Cortes en el tema que se analiza.

Ahora bien, se advierte en este asunto la ausencia de la reestructuración del crédito garantizado con hipoteca, lo que conllevaría, en principio, a declarar la finalización de la actuación, sin que para contrarrestar ese efecto, sirva de excusa que *“al demandado se le remitieron las comunicaciones pertinentes para entablar el trámite, sin que le mismo compareciera a realizar el trámite”*, pues como se anotó, ante la falta de acuerdo con el deudor, la reestructuración debió hacerse directamente por la entidad demandante. Recuérdese que *“la citada reestructuración es obligación de las entidades crediticias, a efectos de ajustar la deuda a las reales capacidades económicas de los obligados”*, de donde surge *“la imposibilidad de continuar con una ejecución cuando no se encuentra acreditada la reestructuración del crédito”*³.

5. Sin embargo, siguiendo lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia SU-787 de 2012, lo cierto es que en el *sub examine* no se cumplen los presupuestos necesarios para dar por terminada la ejecución, comoquiera que se encuentra acreditada la existencia de un proceso coactivo contra el deudor, como pasa a verse.

6. Se otea en el expediente digital que mediante oficio del 25 de mayo de 2018, la DIAN expresó al juez de primera instancia las obligaciones que José Andrés Gutiérrez Rodríguez tiene pendientes de pago con esa entidad, solicitando: *“se ponga a disposición de este despacho los inmuebles con matrícula 50S-40082585 y 50S-40082521 (...) y proceder de conformidad con los artículo 839-1 del ET y 542 del Código de Procedimiento Civil, según la prelación de créditos y de acuerdo a la etapa en que se encuentre el proceso que cursa en su despacho, solicito tener en cuenta a la DIAN a fin de lograr el pago de la deuda con el fisco nacional”*.

En providencia del 5 de julio de 2018, el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Ejecución denegó esa solicitud, encaminada a poner a disposición de la entidad los bienes objetos de garantía real, empero, precisó que lo que acontece

³ CSJ STC-2964-2016. Rad. 11001-02-03-000-2016-00435-00. M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

es una concurrencia de embargos, según lo establecido en el artículo 465 del C.G.P⁴.

En virtud a que mediante auto del 31 de octubre de 2018 se ordenó oficiar nuevamente a la DIAN para que informara sobre el *“estado actual del proceso coactivo que cursa en esa entidad contra el aquí demandado JOSÉ ANDRÉS GUTIÉRREZ (...) e indique el monto de la obligación que allá se ejecuta”*, mediante oficio del 14 de enero de 2019, la Dian procedió a informar las obligaciones tributarias exigibles de cobro a cargo del deudor y solicitó, en consecuencia, se tengan en cuenta conforme la prelación de créditos y los artículos 839-1 y 840 del E.T. y 542 del C.P.C.

Posteriormente, en oficio OCCES19DL02163 del 7 de mayo de 2019, librado en razón del auto calendado 25 de abril de ese mismo año, se solicitó nuevamente a la DIAN aclarar *“SI EL DEMANADO JOSÉ ANDRÉS GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, identificado con CC No. 17.106.270, presenta obligaciones pendientes de pago con la citada entidad. En caso afirmativo, deberá indicar con total precisión los rubros adeudados por aquel, debiéndose remitir en dado caso, las respectivas liquidaciones”*⁵, frente a lo cual la oficiada, mediante comunicación de fecha 3 de julio de 2019, respondió⁶:

(...) una vez verificados los aplicativos institucionales y propios del área de Cobranza al contribuyente GUTIERREZ RODRIGUEZ JOSE ANDRES, identificado con NIT. C.C. 17.106.270 posee obligaciones pendientes de pago a la fecha con la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – Seccional Bogotá contenidas en el expediente de cobro No. 199800798 por valor a la fecha de \$19.576.000 más las sanciones e intereses que le causen a la fecha de pago.

⁴ ARTÍCULO 465. CONCURRENCIA DE EMBARGOS EN PROCESOS DE DIFERENTES ESPECIALIDADES. Cuando en un proceso ejecutivo laboral, de jurisdicción coactiva o de alimentos se decreta el embargo de bienes embargados en uno civil, la medida se comunicará inmediatamente al juez civil, sin necesidad de auto que lo ordene, por oficio en el que se indicarán el nombre de las partes y los bienes de que se trate.

El proceso civil se adelantará hasta el remate de dichos bienes, pero antes de la entrega de su producto al ejecutante, se solicitará al juez laboral, de familia o fiscal la liquidación definitiva y en firme, debidamente especificada, del crédito que ante él se cobra y de las costas, y con base en ella, por medio de auto, se hará la distribución entre todos los acreedores, de acuerdo con la prelación establecida en la ley sustancial. Dicho auto se comunicará por oficio al juez del proceso laboral, de familia o al funcionario que adelante el de jurisdicción coactiva. Tanto este como los acreedores de origen laboral, fiscal y de familia podrán interponer reposición dentro de los diez (10) días siguientes al del recibo del oficio. Los gastos hechos para el embargo, secuestro, avalúo y remate de los bienes en el proceso civil, se cancelarán con el producto del remate y con preferencia al pago de los créditos laborales, fiscales y de alimentos.

⁵ Fl. 381.

⁶ Fl 383.

En aras de hacer efectivo el cobro de las obligaciones fiscales que el contribuyente adeuda a esta Administración y siguiendo con la normatividad establecida en los artículos 2488, 2495 y 2502 del Código Civil, y proceder de conformidad con los artículos 839-1 del E.T. y 542 del Código de Procedimiento Civil, según la prelación de créditos y de acuerdo a la etapa en que se encuentre el proceso que cursa en su despacho, solicito tener en cuenta a la DIAN a fin de lograr el pago de la deuda relacionada (...) de realizarse medida de embargo sobre cualquier clase de bienes, se notifique a esta entidad a fin de intervenir de manera directa en el cobro de la obligación y con el objeto de enviarles la respectiva liquidación de intereses si a ello hubiere lugar.

(...) si existiendo algún tipo de bien mueble o inmueble, dineros, títulos judiciales, etc., deben ser puestos a disposición de la DIRECCIÓN SECCIONAL DE IMPUESTOS DE BOGOTÁ, SEGÚN SEA EL CASO, PARA EFECTO DE LOS DINEROS, DEBEN ser convertidos y consignados a la cuenta del fisco Nro. (...) e informar la transacción, o en su defecto oficiar se tratarse de cualquier tipo de bien.

7. Conforme a lo anterior, aunque en el *sub examine* no se acreditó el requisito de la reestructuración del crédito, lo cierto que en se configura una de las excepciones establecidas por la jurisprudencia para que no sea viable la terminación de la actuación por la falta de ese presupuesto, pues como quedó dilucidado, existe un proceso de cobro coactivo contra el demandado, circunstancia que impide decretar dicha terminación, a la luz de la sentencia SU-787 de 2012. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha expresado:

En este sentido, esta Corporación ha sido enfática al señalar reiteradamente que:

(...) *Al respecto, en un caso de idéntica situación fáctica al que se estudia, esta Corporación sostuvo que:*

«Es menester precisar que la Corte Constitucional en la providencia SU-787 de 2012, enumeró las pautas jurisprudenciales desarrolladas en torno a las tutelas promovidas por aplicación e interpretación de la Ley 546 de 1999, y allí sentenció la imposibilidad de terminar el proceso ejecutivo hipotecario, cuando en contra del deudor existieren otros cobros judiciales, pues esa eventualidad acreditaba su incapacidad económica. Al respecto razonó:

“[L]as reglas aplicables [sobre esa materia], de acuerdo con el marco constitucional, son las siguientes: (i) En el ámbito de la Ley 546 de 1999, los procesos ejecutivos hipotecarios iniciados antes del 31 de diciembre de ese año, una vez realizada la reliquidación del crédito y aplicados los alivios correspondientes, terminan por ministerio de la ley; (ii) si cumplidas las anteriores condiciones subsiste un saldo insoluto, deudor y acreedor deben llegar a un acuerdo de reestructuración; (iii) a falta de acuerdo, la reestructuración debe hacerse directamente por la entidad crediticia, de acuerdo con los parámetros legales, jurisprudencialmente delimitados y, (iv) cuando cumplidas las anteriores condiciones se advierta por el juez, o que existen otros procesos ejecutivos en curso contra el deudor, por obligaciones diferentes, o que no obstante la reestructuración, el deudor carece de la capacidad financiera para asumir la obligación, se exceptúa el mandato de dar por terminado el proceso, el cual continuará, en el estado en el que se encontraba, por el saldo

insoluto de la obligación (...)”(subrayas fuera de texto)» (CSJ STC10141-2015, citada en STC13347-2015 y STC3828-2016, citadas en STC11261-2016)⁷.

No puede soslayarse que en razón del proceso coactivo se comunicó al *a quo* una concurrencia de embargos (artículo 465 del C.G.P.), de donde se colige que el proceso civil debe adelantarse *“hasta el remate de dichos bienes, pero antes de la entrega de su producto al ejecutante, se solicitará al juez laboral, de familia o fiscal la liquidación definitiva y en firme, debidamente especificada, del crédito que ante él se cobra y de las costas, y con base en ella, por medio de auto, se hará la distribución entre todos los acreedores, de acuerdo con la prelación establecida en la ley sustancial”*. Si bien no se trata de un embargo de remanentes, lo cierto es que si eventualmente llegare a terminar por cualquier causa la ejecución civil, las medidas cautelares decretadas continuarían vigentes por cuenta del proceso coactivo, aspecto en el que surte los mismos efectos.

En asuntos como el presente, la Corte Suprema de Justicia ha concluido que *“es evidente que a pesar de que la jurisprudencia ha precisado que la ausencia de reestructuración, acarrea la imposibilidad de seguir adelante la ejecución, lo cierto es que también se ha recalcado que cuando existan embargos, ya sean fiscales o particulares, o embargo de remanentes, la reestructuración del crédito es inexigible, dado que revela la incapacidad de pago de la parte demandada y que la obligación se hace exigible ya no por la mora en el pago, sino por el cobro de otras acreencias que pueden afectar su patrimonio, por tal motivo, esa premisa fue enmarcada como una de las excepciones a la aplicabilidad del beneficio en comento por la Corte Constitucional”*⁸.

8. Vale la pena destacar que el demandado no probó en momento alguno la capacidad de pago para asumir o reestructurar las obligaciones de las que es sujeto de cobro, a lo que se suma que al momento de la presentación de la demanda, el inmueble objeto de garantía real se encontraba embargado por cuenta del Juzgado 21 Civil del Circuito de Bogotá, tal como consta en la anotación 11 del certificado de tradición y libertad, en la que consta: *“EMBARGO EJECUTIVO CON ACCION PERSONAL: 0427 EMBARGO EJECUTIVO CON ACCION PERSONAL EMBARGO REMANENTES REF 04-1117 COMUNICADO POR OFICIO 3015 DEL 12.10.04 J. 46 CIVIL MUNICIPAL”*, de donde se colige que en ese momento, no era necesaria la reestructuración que se echa de menos.

⁷ Citada en Sentencia STC14510 de 2019.

⁸ STC14510-2019.

Si bien dicho embargo fue cancelado en razón del decretado en esta ejecución con garantía real (numeral 6° del artículo 468 del C.G.P.), tal circunstancia aunada al cobro coactivo y esta actuación, denota la falta de capacidad de pago del demandado, razones suficientes para confirmar el auto apelado.

9. En esas circunstancias y sin perjuicio de que oportunamente se vuelva a solicitar la terminación de la actuación por ausencia del requisito de reestructuración, empero, bajo los lineamientos establecidos por la jurisprudencia, el auto apelado será refrendado, sin lugar a condena en costas por no aparecer comprobada su causación.

10. Por lo expuesto, el suscrito Magistrado de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

RESUELVE

Primero. Confirmar el auto calendado 17 de febrero de 2020, proferido por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá.

Segundo. Sin condena en costas.

Tercero. Líbrese la comunicación de que trata el inciso 2° del artículo 326 del C.G.P.

Cuarto. Ejecutoriado este proveído, devuélvase la actuación al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE

Firmado Por:

IVAN DARIO ZULUAGA CARDONA

MAGISTRADO

**MAGISTRADO - TRIBUNAL 007 SUPERIOR SALA CIVIL DE LA
CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-SANTAFE DE BOGOTA D.C.,**

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

Código de verificación:

d5f35e25264d0d0c03b4ba8da6fa70f3d9b890c3438ef866548dee19a7b0bc2e

Documento generado en 26/04/2021 02:19:27 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

República de Colombia
Rama Judicial



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Radicación: 110013103040-2019-00387-01
Demandante: Comware S.A.
Demandado: Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo
Proceso: Verbal
Trámite: Apelación sentencia – admite

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de abril de dos mil veintiuno (2021).

En el efecto suspensivo, admítase el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia de 10 de febrero de 2021, proferida por el Juzgado 40 Civil del Circuito.

De acuerdo con el art. 14, inciso 3º, del decreto 806 de 2020, deberán atenderse las cargas para sustentación del recurso contra la sentencia y la réplica correspondiente. Con la prevención de que si no sustenta el recurso en oportunidad “*se declarará desierto*”.

El(los) apelante(s) deberá(n) tomar en cuenta que, acorde con el art. 327, inciso final del CGP, la sustentación debe sujetarse exclusivamente a “*desarrollar los argumentos expuestos ante el juez de primera instancia*”.

Para precaver posibles dificultades, de acuerdo con el artículo 121 del Código General del Proceso, se prorroga el término de este recurso de apelación por el máximo permitido.

Los escritos que las partes presenten, deberán dirigirse exclusivamente al correo electrónico que se disponga e informe por Secretaría.

Notifíquese.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Jose Alfonso Isaza Davila', is placed over a light blue rectangular background.

JOSE ALFONSO ISAZA DAVILA

MAGISTRADO TRIBUNAL SUP. DE BOGOTÁ, SALA CIVIL

(FIRMA SEGÚN ARTS. 11 DEC. 491/2020, 6 AC. PCSJA20-11532 Y OTROS)

República de Colombia
Rama Judicial



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Radicación: 110013103045-2017-00256-01
Demandante: Nelly Johanna Cárdenas Camacho y otro
Demandado: Nelly Laverde & Cía. Ltda.
Proceso: Verbal
Trámite: Apelación sentencia – admite

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de abril de dos mil veintiuno (2021).

En el efecto suspensivo, admítase el recurso de apelación interpuesto por ambas partes contra la sentencia de 8 de febrero de 2021, proferida por el Juzgado 45 Civil del Circuito.

De acuerdo con el art. 14, inciso 3º, del decreto 806 de 2020, deberán atenderse las cargas para sustentación del recurso contra la sentencia y la réplica correspondiente. Con la prevención de que si no se sustenta el recurso en oportunidad “*se declarará desierto*”.

El(los) apelante(s) deberá(n) tomar en cuenta que, acorde con el art. 327, inciso final del CGP, la sustentación debe sujetarse exclusivamente a “*desarrollar los argumentos expuestos ante el juez de primera instancia*”.

Para precaver posibles dificultades, de acuerdo con el artículo 121 del Código General del Proceso, se prorroga el término de este recurso de apelación por el máximo permitido.

Los escritos que las partes presenten, deberán dirigirse exclusivamente al correo electrónico que se disponga e informe por Secretaría.

Notifíquese.

JOSE ALFONSO ISAZA DAVILA

MAGISTRADO TRIBUNAL SUP. DE BOGOTÁ, SALA CIVIL

(FIRMA SEGÚN ARTS. 11 DEC. 491/2020, 6 AC. PCSJA20-11532 Y OTROS)

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

*Bogotá D.C., veintiséis (26) de abril de dos mil
veintiuno (2021).*

*Ref: ORDINARIO de RESPONSABILIDAD
MÉDICA de MARTHA SEPÚLVEDA ASCANIO, JOSÉ EVELIO ASCANIO
SEPÚLVEDA, YEINI PAOLA ASCANIO SEPÚLVEDA, DAVISON WALTER
ASCANIO SEPÚLVEDA, DIEGO ASCANIO SEPÚLVEDA y EVELYN
YERALDI ASCANIO SEPÚLVEDA contra SALUDCOOP E.P.S EN
LIQUIDACIÓN. Exp. 2013-00133-01.*

**MAGISTRADO PONENTE: JORGE EDUARDO
FERREIRA VARGAS.**

*Discutido y aprobado en Sala de Decisión celebrada
el día 24 de marzo de 2021.*

*Decide la Corporación el recurso de apelación
interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en audiencia
pública celebrada el 4 de noviembre de 2020, en el Juzgado 46 Civil del
Circuito de Bogotá, por el cual se declararon probadas las excepciones de
mérito y se negaron las pretensiones de la demanda.*

I. ANTECEDENTES

*1.- El día 27 de febrero de 2013 (fl, 131) José Evelio
Ascanio Sepúlveda, Martha Sepúlveda, Evelyn Yeraldi Ascanio Sepúlveda,
Yeini Paola Ascanio Sepúlveda, Davison Walter Ascanio Sepúlveda y Diego
Ascanio Sepúlveda, demandaron a Saludcoop Entidad Promotora de Salud
Organismo Cooperativo, con el propósito que a través de un proceso ordinario
pretendiendo: i) se declare que la demandada es civilmente responsable de “los
daños y perjuicios materiales y morales” causados “al no dar un diagnóstico
preciso conforme a los protocolos médicos previamente establecidos para el
tipo de dolencia que padeció la paciente YEINI PAOLA ASCANIO
SEPÚLVEDA, con ocasión del cáncer de ovario que le fue diagnosticado
tardíamente, y como consecuencia la aparición de las bridas y fistulas que
conllevaron al cuadro séptico”; y, ii) se condene al pago de “perjuicios
morales” por valor de 100 SMMLV a cada uno de los demandantes
“debidamente indexados”(fls.122 a 123; c 1, T1).*

2.- *La situación fáctica que dio origen a la demanda se resume así (fl. 123 a 126, ibídem):*

2.1.- *Sostuvieron los demandantes que YEINI PAOLA ASCANIO SEPULVEDA -de doce años de edad para el momento de la ocurrencia de los hechos-, en el año 1999 fue llevada por consulta externa a la entidad demandada al presentar mareos, deposición diarreica con moco y pintas de sangre, oportunidad en la que fue diagnosticada con colitis parasitaria (inflamación del colon por parásitos), recetándosele antiparasitarios.*

2.2.- *Indican que a pesar de haber consultado en varias oportunidades el diagnostico de los médicos tratantes siempre fue el mismo -problema de colon-, sin embargo, no se realizó un análisis preciso y tampoco le ordenaran los exámenes pertinentes a fin de establecer la enfermedad que realmente padecía.*

2.3.- *Refirieron que en el año 2003 la ginecóloga le ordenó la práctica de una ecografía cuyo resultado arrojó una masa pélvica o tumor, razón por la cual el día 10 de junio de esa misma anualidad es diagnosticada con cáncer, motivo que permite concluir, que el mismo fue tardío privándola de recibir un tratamiento adecuado y oportuno.*

2.4.- *Adiciona que con posterioridad fue intervenida quirúrgicamente del cáncer de ovario y le inician los procedimientos de quimioterapia, sin embargo, dicha cirugía produjo la formación de unas fistulas y bridas, los primeros se caracterizan por ser canales por donde sale materia fecal y orina y, las segundas es un tejido que se forman en el lugar del cáncer que obstruyen el intestino, de lo cual se desprende la negligencia médica y descuido en la atención ya que no fue conforme a los protocolos previamente establecidos para el tipo de dolencia que venía padeciendo, lo que conllevó a que la paciente presentara un cuadro séptico severo, lo que a la postre, originó una serie de operaciones con el propósito de controlarle la infección.*

2.5.- *Reseñaron que como no fue ordenado a tiempo el examen técnico y científico con el cual le hubieran diagnosticado a tiempo el cáncer de ovario, la enfermedad avanzó llevándola a la pérdida de dicho órgano impidiéndole procrear hijos y continuar con su aspiración de ser madre a futuro, en tanto que, debido a las múltiples cirugías, los lavados por el cuadro infeccioso y los procedimientos de quimioterapia pasó toda su adolescencia en los quirófanos, causándosele así irremediabiles perjuicios de índole moral.*

3.- *La demandada se notificó personalmente (fl. 144 ej), oportunidad de la que contestó la demanda y propuso los medios de defensa que denominó “CUMPLIMIENTO CONTRACTUAL POR PARTE DE SALUDCOOP EPS”, “INIMPOTALIBIDAD DE LOS ACTOS PROPIOS DE LAS IPS A SALUDCOOP EPS”, “INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD ENTRE LA EPS, IPS Y LOS PROFESIONALES DE LA SALUD”, “EXIGENCIA DE OBLIGACIONES DE MEDIO Y NO DE RESULTADO EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA”, “CULPA PROBADA, NATURALEZA DE LAS OBLIGACIONES DE LOS MÉDICOS Y CARGA DE LA PRUEBA”,*

“INEXISTENCIA DE CAUSALIDAD y PRESENCIA DE RIESGOS INHERENTES AL PROCEDIMIENTO QUIRÚRGICO COMO TRATAMIENTO A LA PATOLOGÍA DE YEINI PAOLA ASCANIO”, “EXCESIVA TASACIÓN ECONÓMICA DE PRETENSIONES” y la innominada o genérica (fl, 158 a 192 ídem).

Igualmente, llamó en garantía a la Corporación IPS Saludcoop -Clínica Saludcoop La Salle- quien dentro de la oportunidad para ello contestó el libelo y propuso los medios de defensa que denominó: “DILIGENCIA EN EL ACTUAR MÉDICO”, “AUSENCIA DE CULPA”, “CARENCIA DE CARGA DE LA PRUEBA EXIGIBLE A LA PARTE DEMANDANTE”, “AUSENCIA TOTAL DE PRUEBA DE LOS SUPUESTOS HECHOS CULPOSOS QUE FUNDAMENTAN LAS PRETENSIONES”, “ADECUADA PRÁCTICA MÉDICA – CUMPLIMIENTO DE LA LEX ARTIS – AUSENCIA DE PRUEBA DE LA CULPA”, “INEXISTENCIA DE CAUSALIDAD”, “INIMPUTABILIDAD DE RIESGOS ALEATORIOS” y excepción genérica (fls, 35 a 50 c, 2).

4.- En la audiencia de que trata el artículo 101 del P.C. –vigente para esa época-, se declaró fracasada la etapa de la conciliación ante la inasistencia de los demandantes, se fijó el litigio (fl, 203 y 204 c, 1, tomo 1), posteriormente, se abrió a pruebas (fls, 238 a 240 ibidem), igualmente, en auto adiado 30 de junio de 2020, se citó a las partes a la audiencia de que trata el artículo 373 del C.G.P., oportunidad en la que se escucharon los alegatos de las partes y se finiquitó la instancia con sentencia en la cual se declararon probadas las excepciones de mérito propuestas por la demandada, negándose las pretensiones del libelo, decisión que no compartió el extremo actor por lo que interpuso la alzada que ahora se analiza (fls, 185 a 189 ej).

II. EL FALLO APELADO

5.- Inicia la Juez a quo su fallo encontrando acreditados los presupuestos procesales necesario para el buen curso de la acción, luego hizo alusión a las diferencias entre los distintos tipos de responsabilidad médica y concluyó que la aquí intentada es la extracontractual o aquilina.

En el caso concreto, señaló que el daño se encuentra demostrado ya que está suficientemente documentado las afectaciones que padeció Yeini Paola Ascanio Sepúlveda, con ocasión del cáncer de ovario, a quien además tuvo que realizársele varias cirugías debido al menoscabo en su salud, lo que efectivamente debó provocar en los demandantes –padres y hermanos- un ambiente de dolor y zozobra en su esfera emocional.

Agregó, que pese al daño que sufrió la precitada por la presunta falta de diligencia y cuidado que habría tenido el extremo demandado, ya que aunque la paciente acudido al servicio médico desde el año 1999 en busca de atención eficiente y oportuna, no habría sido debidamente diagnosticada por sus médicos tratantes, quienes solo hasta el año 2003 le

diagnosticaron la verdadera patología que presentaba -cáncer de ovario-, no está demostrado con el rigor que se requiere dicha conducta en cabeza de la convocada, pues es notable la dificultad para el despacho entregar un criterio médico justificado a las discusiones aquí planteadas pues es inocultable la utilidad que para esto representan los dictámenes y testimonios técnicos que para tal efecto alleguen las partes, los cuales brillan por su ausencia, y es que si bien obra en el plenario copia de las historias clínicas emitidas tanto por la IPS SALUDCOOP NORTE DE SANTANDER, como por IPS SALUDCOOP CLINICA LA SALLE DE LA CIUDAD DE CUCUTA, las cuales logran acreditar de manera cronológica cómo fue atendida la paciente de la simple lectura no puede desprender con certeza que efectivamente haya existido un inoportuno o errado diagnóstico por parte de los galenos que la atendieron, ni menos aún que la sintomatología presentaban era característica de otras anomalías o patologías en su integridad, distintas a las entonces diagnosticadas.

Agregó que no existe ningún elemento de convicción más allá del dicho de las partes y lo plasmado en las historias clínicas, que permitan colegir de forma inequívoca si efectivamente el cáncer de ovario que padeció la precitada debió ser diagnosticado efectivamente en la primera oportunidad que consultó, esto es en el año 1999, sin que sea de recibo suponerlo o extraerlo únicamente de la documental anexada al caso examinado.

Finalmente, concluyó que en punto del nexo causal y ante la ausencia de acreditación de la culpa en cabeza de la demandada, tampoco aparece acreditado el referido elemento de la responsabilidad.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

6.- Inconforme con la decisión la parte convocante interpone recurso de apelación el cual se edifica, en síntesis, sobre los siguientes argumentos:

(i) Que la sola historia clínica es suficiente para determinar que la paciente YEINI PAOLA ASCANIO SEPÚLVEDA no contó con un diagnóstico adecuado y oportuno, ya que desde que consultó por primera vez -año 1999- hasta que se le detectó el cáncer de ovario transcurrieron 4 años, es decir, que el mismo fue tardío toda vez que para la época en la cual se determinó con exactitud la patología que padecía estaba invadida por la infección, lo cual denota la negligencia médica del personal de la salud que la atendió, lo que necesariamente demuestra la culpa, de ahí que no era necesario que la operadora judicial contara con conocimiento médicos para arribar a esa conclusión, agrega que bastaba con acudir a la sana crítica, la lógica y las reglas de la experiencia, así como a la prueba indiciaria, para endilgar la responsabilidad reclamada a la convocada.

(ii) Con todo, si consideraba que el dictamen pericial era una prueba necesaria no debió tenerlo por desistido, pues ello vulnera el debido proceso de los demandantes, empero, de todos modos debió decretarlo

de oficio por ser de su exclusiva función, según lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia T-264 de 2009, sumado a la circunstancia que el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses no practicó dicha probanza, en tanto que la parte demandante no contaba con los recursos económicos necesarios para sufragar los costos de una experticia particular.

6.1.- Así mismo, por auto adiado 25 de febrero de la anualidad que avanza se ordenó correr el traslado previsto en el inciso 3° del artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, a la parte apelante con el propósito que sustente su alzada.

6.2.- A través de escrito enviado por correo electrónico a la Secretaría de este Tribunal la parte inconforme -demandante- presentó escrito dando cumplimiento a lo ordenado en el auto que antecede, en tanto que su contraparte guardó silencio.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

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

3.- Desde esta perspectiva el problema jurídico a resolver se contrae a determinar (i) la clase de responsabilidad invocada por la demandante, (ii) si en la parte demandante concurre la legitimación en la causa por activa, (iii) si están demostrados los requisitos esenciales de este tipo de acción y finalmente (iv) si en verdad en la primera instancia se incurrió en una indebida valoración probatoria; los tres primeros aspectos serán abordados de oficio, en tanto que el último toca precisamente con el reparo formulado por el actor a la sentencia proferida por el Juez a quo y en su desarrollo plantea la necesidad del dictamen pericial y la responsabilidad del juez y las partes frente a los elementos de juicio.

Clase de responsabilidad

4.- Previo el análisis de la acción incoada y del material probatorio aportado al proceso, debido a la forma como se redactaron

y plantearon las súplicas del libelo, resulta necesario y conveniente reflexionar acerca de la importancia de estas y del modo como deben formularse para que el juzgador esté en la obligación de referirse a todas y, de paso, si fuere del caso, hacer uso de la hermenéutica jurídica para desentrañar **la acción que quisieron invocar los actores.**

4.1.- La pretensión consiste en el reclamo que el actor hace de un derecho que considera vulnerado frente a otra y, debe estar contenida en un escrito llamado demanda, para que a través de ella se resuelva el interés jurídico invocado mediante una sentencia; o sea, que entre la demanda y el fallo debe existir estrecha conexidad, de lo contrario se estaría violando el principio de la congruencia consagrado en el artículo 281 del C. G. del Proceso, que necesariamente ha de presentarse entre estas dos piezas procesales.

Uno de los requisitos para que la demanda sea admisible es que se determine en forma clara y precisa “...**lo que se pretende**...”, esto es, indicar en forma concreta y transparente la súplica que implora o las varias pretensiones que haya acumulado, de ser el caso.

Sobre este tema nuestro máximo órgano de cierre de la especialidad civil ha sostenido: “[c]omo la pretensión, es la esfera del Derecho Procesal, implica generalmente la exigencia frente a una persona de determinada declaración judicial, tiene que deducirse mediante una demanda, o sea el escrito por el cual se pide tutela para un interés jurídico, a través de una sentencia. Es tan íntima la relación existente entre la demanda y la sentencia, que la doctrina ve en dichos dos actos los límites dentro de los cuales se desenvuelve ordinariamente todo el procedimiento. En verdad que cuando una persona quiere hacer valer un derecho suyo, en el escrito inicial **debe solicitarle al juez la declaración que pretende, con invocación de una concreta situación de hecho**, es decir, expresando tanto el petitum como la causa petendi de la pretensión. Dada la trascendencia que la demanda tiene en la constitución, desarrollo y culminación del proceso, dicho libelo debe ajustarse en su forma a ciertos requisitos, que en el ordenamiento procesal colombiano están determinados por los artículos 75, 76, 77, 78, 79 y 82 de la respectiva codificación. Según tal preceptiva, para que la demanda sea admisible debe determinar en forma precisa y clara “**lo que se pretenda**” por el demandante, o sea la nítida indicación de la pretensión incoada, o de las varias pretensiones que acumuladamente instaure; y, además, el señalamiento de los hechos que sirven de fundamento a las súplicas, “debidamente determinados, clasificados y numerados”, o sea formando grupos según la materia, con la lógica separación que la relación material exige... **Cuando se trata de súplicas que atañen a una dualidad de relaciones jurídicas que no pueden coexistir por ser antitéticas, la ley posibilita su acumulación pero solamente en forma eventual o subsidiaria, pues en tal hipótesis el demandante subordina la estimación de una de ellas a la desestimación de la otra. En este acontecer nada impide, y antes bien la naturaleza de las cosas así lo requiere, que el demandante determine en su demanda hechos o fundamentos generalmente contradictorios o excluyentes...**” (G.J., t. CLXXII (172), pág.234, 235).

4.2.- En el sub-lite, se formularon dos pretensiones, así: a) que declare que la demandada es civilmente responsable por los daños materiales y perjuicios morales causados con ocasión de los procedimientos médicos, hospitalarios y quirúrgicos que de forma negligente, equivocados,

injustificados y tardíos se le realizaron a la paciente Yeini Paola Ascanio Sepúlveda, b) que se condene al pago de los perjuicios inmateriales por la suma de 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes para cada uno de los convocantes (fl. 123 c. 1).

Ahora bien, nótese que con el libelo genitor –hecho 3º se desprende que YEINI PAOLA ASCANIO SEPÚLVEDA inicialmente estaba afiliada en calidad de beneficiaria de José Evelio Ascanio a la EPS demandada, lo cual concuerda con el legajo visible a folio 14 del cuaderno 1 y, con posterioridad, se efectuó dicha vinculación en calidad de cotizante, aspecto que además aparece certificado con la documental que obra dentro del plenario (fl, 13 ibídem), situación que fue admitida como cierta en la contestación de la demanda (fls, 158 ej) y confesado en el interrogatorio de parte que absolvió el representante legal de Saludcoop E.P.S., de lo cual se desprende sin hesitación alguna que la reclamación aquí efectuada surge a raíz de un contrato para la prestación de servicios médicos, de ahí que lo pretendido no es otra cosa que se declare a la demandada civil y contractualmente responsables por los perjuicios ocasionados por el incumplimiento defectuoso de ese convenio.

*4.3.-Entonces, resulta evidente que equivocó su decisión la Juez de primer grado al estudiar este asunto bajo las reglas de la responsabilidad civil extracontractual, pues se itera, que la controversia gira en torno a la presunta mala praxis médica en la que incurrió la demandada o sus agentes, cuando la paciente fue atendida en calidad de beneficiaria y, posteriormente, en condición de afiliada, razón por la cual el estudio debió orientarse a la luz de las normas que regulan la **responsabilidad civil contractual**.*

De la legitimación

5.- Decantado lo anterior, se adentrará la Sala en el estudio del segundo de los problemas jurídicos propuestos, esto es, si las partes cuentan con legitimación en la causa tanto por activa como por pasiva para incoar la acción indemnizatoria de perjuicios y soportar las pretensiones, respectivamente.

Frente a este tema en particular, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, ha expresado que:

*“...la legitimación en la causa, ha dicho insistentemente la Corte, es cuestión propia del derecho sustancial y no del procesal, por cuanto alude a la pretensión debatida en el litigio y no a los requisitos indispensables para la integración y desarrollo válido de éste. Por eso, su ausencia no constituye impedimento para resolver de fondo la litis, sino motivo para decidirla adversamente, pues ello es lo que se aviene cuando **quien reclama un derecho no es titular o cuando lo aduce ante quien no es llamado a contradecirlo**, pronunciamiento ese que, por ende, no sólo tiene que ser desestimatorio sino con fuerza de cosa juzgada material para que ponga punto final al debate, distinto de un fallo inhibitorio carente de sentido lógico por cuanto tras apartarse de la validez del proceso siendo éste formalmente puro, conduce a la inconveniente práctica de que quien no es titular del derecho*

insista en reclamarlo o para que siéndolo en la realidad lo aduzca nuevamente frente a quien no es el llamado a responder”¹.

Concretando su criterio sobre el punto, hizo la siguiente exposición: “Según concepto de Chiovenda, acogido por la Corte, la legitimatio ad causam consiste en la identidad de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción (legitimación activa) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (legitimación pasiva). Conviene desde luego advertir, para no caer en el error en que incurrió el Tribunal que cuando el tratadista italiano y la Corte hablan de “acción” no están empleando ese vocablo en el sentido técnico procesal, esto es como el derecho subjetivo público que asiste a toda persona para obtener la aplicación justa de la ley a un caso concreto, y que tiene como sujeto pasivo al Estado, sino como sinónimo de “pretensión”, que se ejercita frente al demandado. Para que esa pretensión sea acogida en la sentencia es menester, entre otros requisitos, que se haga valer por la persona en cuyo favor establece la ley sustancial el derecho que se reclama en la demanda, y frente a la persona respecto de la cual ese derecho puede ser reclamado. De donde se sigue que lo concerniente a la legitimación en la causa es cuestión propia del derecho sustancial y no del derecho procesal, razón por la cual su ausencia no constituye impedimento para desatar en el fondo del litigio sino motivo para decidirlo en forma adversa al actor. Si el demandante no es titular del derecho que reclama o el demandado no es persona obligada, el fallo ha de ser adverso a la pretensión de aquél, como acontece cuando reivindica quien no es el dueño o cuando éste demanda a quien no es poseedor.”

“Por cuanto una de las finalidades de la función jurisdiccional es la de componer definitivamente los conflictos de interés que surgen entre los miembros de la colectividad, a efecto de mantener la armonía social, es deber del juez decidir en el fondo las controversias de que conoce, a menos que le sea imposible hacerlo por existir impedimentos procesales, como ocurre cuando faltan los presupuestos de capacidad para ser parte o demanda en forma. La falta de legitimación en la causa de una de las partes no impide al juez desatar el litigio en el fondo, pues es obvio que si se reclama un derecho por quien no es su titular o frente a quien no es el llamado a responder, debe negarse la pretensión del demandante en sentencia que tenga fuerza de cosa juzgada material, a fin de terminar definitivamente ese litigio, en lugar de dejar las puertas abiertas, mediante un fallo inhibitorio para quien no es titular del derecho insista en reclamarlo indefinidamente, o para que siéndolo lo reclame nuevamente de quien no es persona obligada, haciéndose en esa forma nugatoria la función jurisdicción cuya característica más destacada es la de ser definitiva.”².

*5.1.- Ahora bien, en lo relativo al tipo de responsabilidad originada por la desatención de los deberes médicos importa resaltar para el caso que nos ocupa, que ésta se fundamenta legalmente, para **la paciente** y el padre de la menor, en una responsabilidad contractual, ya que*

¹ (Corte Suprema De Justicia. Sentencia de agosto 14 de 1995. Expediente 4628. M.P. Nicolás Bechara Simancas).

² (CXXXVIII. 364/365).

como se dijo con anterioridad, para la época de la ocurrencia de los hechos (año 2003) Yeini Ascanio Sepúlveda se encontraba afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud en calidad de beneficiaria de Jose Evelio Ascanio, mientras que **frente a los terceros ajenos a dicho vínculo contractual la responsabilidad es aquiliana o extracontractual**, temática frente a la cual la H. Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, se ha pronunciado en los siguientes términos:

“...la responsabilidad civil en general, y a la médica, en particular, conocida es su clasificación en contractual o extracontractual (cas. civ. sentencias de marzo 5 de 1940, 26 de noviembre de 1986, 30 de enero de 2001, exp. 5507, septiembre 11 de 2002, exp. 6430). Aquélla, exige una relación jurídica preexistente entre las partes, o, lo que es más general y frecuente, la existencia y validez de un contrato, su incumplimiento, el daño y la relación de causalidad (cas. civ. sentencia de 12 de julio de 1994, exp. 3656). En cambio, en la última, el quebranto se produce al margen de cualquier vínculo jurídico previo entre aquellos que se relacionan con ocasión del daño.”

(...) “...Con relación al afiliado o usuario, la afiliación, para estos efectos, materializa un contrato, y por tanto, en línea de principio, la responsabilidad es contractual, [...]. Contrario sensu, la responsabilidad en que pueden incurrir las Entidades Promotoras de Salud (EPS) respecto de terceros perjudicados por los daños al afiliado o usuario con ocasión de la prestación de los servicios médicos del plan obligatorio de salud, es extracontractual.” (Negrilla por la Sala) (Sent. Cas. Civ. de 17 de noviembre de 2011. M. P. Dr. William Namén Vargas).

5.2.- En este contexto, surge evidente que en ejecución de aquel contrato de afiliación a la paciente en calidad de beneficiaria de José Evelio Ascanio Sepúlveda (padre) se le dictaminó cáncer de ovario, razón por la lo cual se le practicó una ooforectomía, la que a su vez le trajo como consecuencia la aparición de bridas y fistulas, y de contera la esterilidad, y en tales condiciones, jure proprio, reclaman la ocurrencia de una responsabilidad civil contractual para que se le resarzan los perjuicios a ellos -padre e hija- irrogados con ocasión de una aparente mala praxis en que incurrió la parte demandada.

Por su parte, Martha Sepúlveda Ascanio (madre), Davison Walter Ascanio Sepúlveda, Diego Ascanio Sepúlveda y Evelyn Yeraldi Ascanio Sepúlveda (hermanos), también solicitaron la indemnización de los perjuicios jure proprio que les causó el actuar de la convocada, invocándose, según se infiere del mismo libelo genitor, el mismo tipo de responsabilidad reseñado en precedencia, sin embargo, se tiene que aquellos no hacen parte del vínculo contractual génesis de esta controversia, de ahí que no se encuentran legitimados para reclamar la contractual, sino la extracontractual.

5.3.- De lo que viene de señalarse es perfectamente claro, que **cuando el perjuicio reclamado tiene su génesis en un contrato surgido** con ocasión de un procedimiento médico, como es el caso que ocupa la atención de la Sala, si resulta lesionado el paciente la indemnización a pedirse

no será por responsabilidad civil extracontractual, sino la contractual, atendiendo a que precisamente ésta tiene su fuente en un contrato y quién **ejerce la acción es directamente el afectado y no sus causahabientes ni terceros**, en tales condiciones es evidente que para el paciente el reclamo de la responsabilidad debe encausarse por la contractual, ya que media un negocio jurídico de prestación de servicios médicos, mientras que para los hermanos y madre, se itera sería la aquiliana, empero, como así no ocurrió, es claro que la madre y los hermanos no cuenta con legitimación en la cusa por activa.

Puestas las cosas de la anterior manera, de conformidad con lo establecido en el artículo 281 del C. G. P. la sentencia que se profiera en cada litigio debe estar en consonancia con lo **pretendido en la demanda**, pues de lo contrario se vulneraría el principio de congruencia, ya que el fallo que decide una controversia debe ser acorde con los hechos y las pretensiones invocados en la demanda, de tal modo que si la responsabilidad peticionada respecto de Yeini Ascanio Sepúlveda y José Evelio Ascanio fue una contractual, dadas sus condiciones de afiliado beneficiario y cotizante, respectivamente, no es posible abordar su estudio a la luz de una extracontractual para Martha Sepúlveda Ascanio (madre), Davison Walter Ascanio Sepúlveda, Diego Ascanio Sepúlveda y Evelyn Yeraldi Ascanio Sepúlveda (hermanos).

Temática frente a la que el máximo órgano de cierre de la especialidad civil expresó:

“Es evidente que para no sacrificar el derecho sustancial, le corresponde al fallador interpretar la demanda cuando esta es oscura o imprecisa, en aras desentrañar la pretensión en ella contenida, sin que tal facultad llegue al extremo de enmendar desaciertos de fondo, o de **resolver sobre pretensiones no propuestas o decidir sobre hechos no invocados**”³.

Y, en posterior fallo puntualizó:

“...el juzgador, en pos de interpretar la demanda, no puede modificar sensiblemente los términos en los que su autor la concibió” (G.J., t. CIVIL, pág.139); y respecto de la congruencia también esa Alta Corporación ha dicho que: “**la sentencia para ser congruente debe decidir sólo sobre los temas sometidos a composición del juez y con apoyo en los mismos hechos alegados como causa petendi**, pues si se funda en supuestos fácticos que no fueron oportunamente invocados por las partes, lesionaría gravemente el derecho de defensa del adversario, al sorprender con hechos de los que, por no haber sido alegados, no se le habría dado oportunidad para contradecir. Tal el fundamento para afirmar que igual da condenar a lo no pedido, que acoger una pretensión deducida, pero con causa distinta a la invocada, es decir, con fundamento en hechos no alegados” (Cas., 27 de noviembre de 1977); que “...La inconsonancia del fallo, como lo tienen dicho doctrina y jurisprudencia, se refiere a la falta de armonía o de correspondencia que debe existir entre lo resuelto por el juzgador y lo que constituye la materia litigiosa, bien porque se

³ Sentencia de 21 de enero de 2000, M. P. Dr. Nicolás Bechara Simancas, Exp. No. 5346

condena a más, o menos, de lo pedido, bien porque se decide sobre algo a que no se refieren las súplicas de la parte actora, bien, en fin, porque se resuelve oficiosamente sobre excepciones perentorias que, sin ser alegadas por el demandado, requieren de esta exigencia...’’⁴.

5.4.- En suma, se itera, es evidente que para este particular evento en los demandantes Yeini Ascanio Sepúlveda y José Evelio Ascanio, concurre la legitimación en la causa por activa, mientras que para Martha Sepúlveda Ascanio (madre), Davison Walter Ascanio Sepúlveda, Diego Ascanio Sepúlveda y Evelyn Yeraldi Ascanio Sepúlveda (hermanos), tal presupuesto sustancial no se encuentra presente, de tal modo que frente a estos últimos habrá de declararse probada de forma oficiosa la falta de legitimación en la causa por activa.

6.- Puntualizado lo anterior, acomete la Sala el estudio de los elementos esenciales de la responsabilidad civil contractual en los que respecta a Yeini Paola Ascanio Sepúlveda y José Evelio Ascanio Sepúlveda, por la supuesta mala praxis en la que incurrió la convocada.

Responsabilidad médica

7.- Pues bien, para el surgimiento de la responsabilidad civil concebida como aquél deber legal de reparar, resarcir o indemnizar un daño, es necesario la concurrencia íntegra de los elementos estructurales que la componen (el hecho, el daño y el nexo de causalidad entre el hecho dañino y el daño), cuya demostración, salvo norma expresa en contrario, corresponde al demandante, incluyendo en este caso particular la culpa, habida cuenta que la responsabilidad médica es de carácter subjetivo, temática que desde vieja data ha sido estudiada y analizada desde la óptica contractual y extracontractual, por parte de la H. Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, así:

“Factor común a la culpa contractual y la aquiliana es que la primera se presume cuando la prestación incumplida conlleva una obligación de resultado, que es el mismo fenómeno que se presenta en la segunda cuando el daño a reparar ha tenido lugar en desarrollo de actividades reputadas por la doctrina como peligrosas, de las cuales da claro ejemplo el artículo 2356 del Código Civil, Por los demás; aspectos una y otra presentan diferencias fundamentales, como lo ha dicho repetidamente la Corte, principalmente en lo que tiene que ver con su trato jurídico, el sistema probatorio aplicable y la titularidad de la acción que una y otra genera, fuera de que, como ya se dijo, tienen distinto origen.

’En lo tocante a la consagración legal, la culpa contractual está reglamentada en el Código Civil en el título XII, libro IV, previéndose allí tres distintas categorías de la misma, al paso que de la aquiliana se ocupa el título³⁴ que no prevé para ésta sino una sola modalidad, de tal manera que los principios legales o las reglas atinentes a cada una de

⁴ Cas. 22 de enero de 1980

ellas no pueden aplicarse indistintamente para la una o para la otra. Esa la razón por la cual la Corte sostuvo en sentencia de 17 de junio de 1964 que 'dado el distinto tratamiento que el estatuto civil da a una y a otra en títulos diversos del mismo y la manifiesta diferencia que hay entre ellas, no ha aceptado que se pueda aplicar a la culpa contractual los preceptos que rigen la extracontractual, ni al contrario sino que cada una se regula por las disposiciones propias'⁵

"En materia probatoria, se distingue entre las obligaciones de medio y las de resultado que puede conllevar la responsabilidad contractual, para determinar conforme a la misma a quién corresponde la carga de la prueba en cada caso particular, en tanto que en la extracontractual el acreedor debe demostrar la culpa del deudor, a menos que se trate del ejercicio de actividades peligrosas, donde ésta se presume. Además, como ya se indicó, la responsabilidad contractual puede ser grave, leve o levísima acorde con el beneficio reportado por el acuerdo, característica ésta que no va con la culpa aquiliana desprovista de gradación.

"Por el aspecto del ejercicio de la acción que ellas generan, son también distintas una y otra de dichas culpas, porque la contractual sólo está en cabeza de quienes tomaron parte en el acuerdo o de sus causahabientes, que por la misma razón no pueden demandar por fuera de esa relación jurídica preexistente la indemnización del daño causado por la inejecución de las obligaciones acordadas, relación material ésta en la que ninguna injerencia tienen terceros, quienes por el contrario sólo son titulares de la acción de responsabilidad nacida de hecho ilícito, de la que también se pueden servir los herederos del contratante afectado por el incumplimiento del acuerdo, cuando la culpa en que incurre el deudor les acarrea un daño personal"⁶.

*Ahora bien, respecto a la responsabilidad médica, se ha dicho, es una especie de la responsabilidad profesional, y por lo tanto, sujeta a las reglas del ejercicio de la profesión de la medicina, y cuando en cualquiera de sus fases (prevención, pronóstico, diagnóstico, intervención, tratamiento, seguimiento y control), se causa un daño, **acreditados los demás presupuestos axiológicos de la responsabilidad civil**, surge ineluctablemente la obligación de repararlo, pues: "el acto médico puede generar para el profesional que lo ejercita obligaciones de carácter indemnizatorio por perjuicios causados al paciente, como resultado de incurrir en yerros de diagnóstico y de tratamiento, ya porque actúe con negligencia o impericia en el establecimiento de las causas de la enfermedad o en la naturaleza misma de ésta, ora porque a consecuencia de aquello ordene medicamentos o procedimientos de diversa índole inadecuados que agravan su estado de enfermedad, o bien porque ese estado de agravación se presenta simplemente por exponer al paciente a un riesgo injustificado o que no corresponda a sus condiciones clínico – patológicas"⁷*

Empero, jamás puede perderse de vista que, la

⁵ Gaceta judicial No. CVII, del 2 de mayo de 1970. Pag. 333

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 9 de abril de 1993. MP. Pedro Lafont Pianetta.

⁷ Cfr, sentencia de 13 de septiembre de 2002, exp. 6199.

*obligación de los profesionales de la medicina es de medio y no de resultado. Este contrato de servicios profesionales, ha indicado la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil: “implica para el galeno el compromiso si no exactamente de curar al enfermo, sí al menos de suministrarle los cuidados concienzudos, solícitos y conformes con los datos adquiridos por la ciencia, según expresiones con que la jurisprudencia francesa describe su comportamiento. Por tanto, el médico tan sólo se obliga a poner en actividad todos los medios que tenga a su alcance para curar al enfermo, **de suerte que en caso de reclamación éste deberá probar la culpa del médico, sin que sea suficiente demostrar ausencia de curación**”⁸.*

*En igual sentido se pronunció la Corte posteriormente, en sentencias de 26 de noviembre de 1986 G. J. T. CLXXXIV (184) pág. 359 y 1º de febrero de 1993. En la primera de las referidas sentencias, tras aseverar la Corporación que la profesión médica cumple una función social que implica obligaciones de carácter ético y profesional para quienes la ejercen, de tal manera que en ejercicio de esa función existe el deber de cuidado y diligencia frente a los pacientes con el fin de obtener la curación o mejoría de los mismos, al punto que puede verse comprometida la responsabilidad cuando por negligencia, descuido u omisión se causan perjuicios en la salud de éstos, más adelante dijo: “Mediante contrato el médico se compromete con su paciente a tratarlo o intervenirle quirúrgicamente, a cambio de una remuneración económica, en la mayoría de los casos, pues puede darse la gratuidad con el fin de liberarlo, en lo posible de sus dolencias; para este efecto, **aquél debe emplear sus conocimientos profesionales en forma ética, con el cuidado y diligencia que se requieren, sin que, como es lógico, pueda garantizar al enfermo su curación ya que ésta no siempre depende de la acción que desarrolla el galeno, pues pueden sobrevenir circunstancias negativas imposibles de prever**”.*

En suma, la obligación a que se compromete el médico es de medio, como lo concluyó tempranamente la jurisprudencia y la doctrina tanto nacional como extranjera, toda vez que éste se obliga simplemente a emplear en el tratamiento del enfermo la prudencia y diligencia requerida, no se compromete, en manera alguna, a sanar al enfermo, sino a desplegar todos los cuidados y precauciones que las reglas propias de su profesión exigen.

*De manera que si no logra alcanzar el objetivo propuesto con el tratamiento o la intervención realizada, solamente podrá ser declarado el médico civilmente responsable y condenado a pagar perjuicios si se demuestra que incurrió en culpa por haber abandonado o descuidado el enfermo o por no haber utilizado diligentemente en su atención sus conocimientos científicos o por no haberle aplicado el tratamiento adecuado a su dolencia, a pesar de que se sabía que era el indicado. De todas maneras, para la prosperidad de la acción es menester establecer que **“sea imputable al profesional o institución médica correspondiente y que además sea la causa eficiente de los perjuicios que se ocasionen al paciente, esto es, es igualmente***

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 12 de septiembre de 1985. G. J. T. CLXXX, pág. 420

indispensable que exista relación de causalidad entre la primera y los últimos”⁹.

Al unísono con lo anterior, y en lo que concierne a la carga de la prueba en materia de responsabilidad médica, ha pregonado la jurisprudencia:

“ (...) En tratándose de la responsabilidad directa de las referidas instituciones, con ocasión del cumplimiento del acto médico en sentido estricto, es necesario puntualizar que ellas se verán comprometidas cuando lo ejecutan mediante sus órganos, dependientes, subordinados o, en general, mediando la intervención de médicos que, dada la naturaleza jurídica de la relación que los vincule, las comprometa. En ese orden de ideas, los centros clínicos u hospitalarios incurrirán en responsabilidad en tanto y cuanto se demuestre que los profesionales a ellos vinculados incurrieron en culpa en el diagnóstico, en el tratamiento o en la intervención quirúrgica del paciente. Por supuesto que, si bien el pacto de prestación del servicio médico puede generar diversas obligaciones a cargo del profesional que lo asume, y que atendiendo a la naturaleza de éstas dependerá, igualmente, su responsabilidad, no es menos cierto que, en tratándose de la ejecución del acto médico propiamente dicho, deberá indemnizar, en línea de principio y dejando a salvo algunas excepciones, los perjuicios que ocasione mediando culpa, en particular la llamada culpa profesional, o dolo, cuya carga probatoria asume el demandante, sin que sea admisible un principio general encaminado a establecer de manera absoluta una presunción de culpa de los facultativos¹⁰”.

“Empero, a esa conclusión no se opone que el juez, atendiendo los mandatos de la sana crítica y mediante diversos procedimientos racionales que flexibilizan el rigor de las reglas de la carga de la prueba, asiente determinadas inferencias lógicas enderezadas a deducir la culpabilidad médica en el caso concreto. En efecto, como quiera que es posible que una rigurosa aplicación de la disposición contenida en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil puede aparejar en este ámbito el fracaso de la finalidad reparadora del régimen de la responsabilidad civil, particularmente, por las dificultades probatorias en las que se puede encontrar la víctima, no es insensible la Corte ante esa situación, motivo por el cual asienta que, teniendo en consideración las particularidades de cada caso en concreto, lo que repele indebidos intentos de generalización o de alteración de los principios y mandatos legales, y en la medida que sea posible, puede el juez acudir a diversos instrumentos que atenúan o “dulcifican” (como lo denominan la doctrina y la jurisprudencia españolas) el rigor del reseñado precepto”.

“Así, dependiendo de las circunstancias del asunto, se insiste una vez más, es posible que el juez, con sujeción a las normas jurídicas y de la mano de las reglas de la experiencia, el sentido común, la ciencia o la lógica, deduzca ciertas presunciones (simples o de hombre) relativas a la culpa galénica; o que lo haga a partir de indicios endoprosesales

⁹ Cas. Civil de 12 de julio de 1994.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias de 5 de marzo de 1940, reiterada en providencias de 12 de septiembre de 1985, 30 de enero de 2001, entre otras

derivados de la conducta de las partes (artículo 249 *Ibídem*); o que acuda a razonamientos lógicos como el principio *res ipsa loquitur* (como cuando se olvida una gasa o material quirúrgico en la zona intervenida, o se amputa el miembro equivocado, etc.); o teniendo en consideración la manifiesta anormalidad de las consecuencias del acto médico deduzca una “culpa virtual” o un “resultado desproporcionado”, todo lo anterior, se reitera aún a riesgo de fastidiar, sin que sea admisible la aplicación de criterios generales que sistemática e invariablemente quebranten las reglas de distribución de la carga de la prueba previstos en el ordenamiento”¹¹ (negrillas para destacar).

No obstante, por las condiciones especiales de indefensión en que se encuentra por lo general el paciente al momento de las intervenciones quirúrgicas y para una adecuada protección de la víctima puesta en tal estado, la Jurisprudencia patria ha tomado el camino de introducir la teoría de la “carga dinámica de la prueba”, según la cual las cargas probatorias dinámicas, imponen el peso de la prueba en cabeza de aquella parte que por su situación se halla en mejores condiciones de acercar la prueba a la causa, sin importar si es actor o demandado, atendiendo desde luego el principio de la buena fe y los deberes de colaboración de las partes con el órgano jurisdiccional, para la práctica de pruebas y diligencias.

Esta doctrina la sintetizó la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos: “...en torno a ese panorama axiológico debe operar el principio de la carga de la prueba (artículo 177 del Código de Procedimiento Civil), visto con un sentido dinámico, socializante y moralizador, esto es, **distribuyéndola entre las partes para demandar de cada una la prueba de los hechos que están en posibilidad de demostrar y constituyen fundamento de sus alegaciones**”¹²..

Últimamente en el tema esa misma Corporación expresó que:

“Fruto de la evolución jurisprudencial que en Colombia ha tenido la responsabilidad médica, desde hace algún tiempo se venía aplicando la “teoría de la carga dinámica de la prueba”, en virtud de la cual debe identificarse si “es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos” o si, por el contrario, esa facilidad la tiene la parte opuesta, tanto en lo que refiere a la “falla del servicio” como a la “relación de causalidad”, planteamiento que el a quo sustentó con transcripción de un fallo de esta Corporación, y cuya aplicación reclama la parte actora en la apelación para aducir que era a la demandada a quien correspondía aportar en forma completa la historia clínica que debía dar cuenta de todo el tratamiento y las intervenciones de que fue objeto el paciente cuya indemnización se reclama, señalando como pudo apreciarse que aquella se allegó incompleta, con ausencia de la mayoría de las cirugías practicadas, impidiendo llegar a firmes conclusiones sobre su calificación.”¹³ Énfasis de la Sala.

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 22 de julio de 2010, expediente No. 2000-00042-01. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

¹² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. Dr. José Fernando Ramírez Gómez. Sentencia del 30 de enero de 2001., Expediente No. 5507

¹³ Op-cit. sent. SC21828-2017 de 19 de diciembre de 2017. M.P. Álvaro Fernando García Restrepo

7.1.- *En este contexto, es evidente que la obligación del médico tratante para este caso en particular es de medio y no de resultado, quien debe emplear todos sus conocimientos científicos en procura de obtener un diagnóstico apropiado y oportuno para la patología que presente el paciente, además el facultativo está en el imperativo de informar de manera veraz y clara, a través de una comunicación de fácil entendimiento cuál sería el procedimiento a seguir de acuerdo a la enfermedad que padece y cuales sus beneficios y sus riesgos. Así mismo, se tiene que en esa obligación existe una solidaridad entre el galeno, las EPS y las IPS.*

7.2.- *Puntualizado lo anterior, procede ahora la Sala a analizar si, como corresponde en esta especie de responsabilidad, la contractual, se establecieron los requisitos consistentes en la demostración del i). vínculo obligacional, ii). el cumplimiento o incumplimiento del convenio, en orden a lo cual ha de analizarse el elemento subjetivo, así como también el presupuesto referido al iii). daño, como consecuencia del comportamiento descuidado del extremo demandado.*

Con otras palabras, siendo así que esta responsabilidad se configura cuando en el tratamiento se incurre en negligencia por parte de la institución o del médico y, como consecuencia forzosa, se le producen perjuicios al paciente, hay que convenir en que para la prosperidad de la acción es menester establecer que: “...sea imputable al profesional o institución médica correspondiente y que además sea la causa eficiente de los perjuicios que se ocasionen al paciente, esto es, es igualmente indispensable que exista relación de causalidad entre la primera y los últimos”¹⁴.

Preexistencia del vínculo contractual

8.- *En ese orden, como quedó analizado al interpretarse la demanda, se tiene que ninguna objeción admite el vínculo contractual encaminado a la prestación de servicios profesionales médicos entre los actores Yeini Paola Ascanio Sepúlveda y José Evelio Ascanio Sepúlveda y la demandada Saludcoop E.P.S., como quiera que ninguno negó ese hecho, al punto que la convocada aceptó que la atención brindada lo fue con ocasión de ese vínculo contractual.*

El daño

9.- *Es punto pacífico en el expediente que al demandante se le detectó cáncer de ovario en el año 2003 y con ocasión de ello se le practicó una ooforectomía, la que a su vez le trajo como consecuencia la aparición de bridas y fistulas, y de contera la esterilidad (fls. 25 a 97 c, 1 c.1), lo cual se correlaciona con lo expuesto en la demanda (hechos 4 a 18 fls, 123 a 126 ibídem), supuestos fácticos que fueron aceptados parcialmente por la convocada ya que en punto de la atención brindada y las dolencias padecidas se atenía a lo que estuviera consignado en la historia clínica (fls. 158 a 192 ib.), en tanto que de dicho legajo efectivamente se desprende la dolencia que la*

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 12 de julio de 1994.

aquejaba y las intervenciones quirúrgicas que le realizaron, por ende, se establece claramente el segundo de los presupuestos que viene de referirse, esto es, la ocurrencia del hecho dañoso.

Incumplimiento del contrato o cumplimiento defectuoso y conducta culposa del extremo demandado

10.- Teniendo en cuenta lo hasta aquí discurrecido habrá lugar a establecer si el daño reclamado, esto es, la infertilidad que padece la convocante efectivamente es producto del supuesto diagnóstico tardío que se le realizó, pues a pesar de consultar desde el año 1999 por un dolor pélvico solamente hasta el año 2003, le fue descubierto un cáncer de ovario que la privó de la posibilidad de ser madre, lo que a la postre, le ha causado tristeza, acongoja y dolor, o si por el contrario, la síntomas que padecía en esa oportunidad no permitían sospechar del tumor maligno.

10.1.- En este contexto, prontamente advierte el Tribunal que en verdad en esta causa no está demostrado con el rigor que se requiere que el daño reclamado haya sido producto de una mala praxis o de un diagnóstico equivocado, ya que dentro del expediente no existe ni un solo elemento de convicción que así lo evidencie, pues la parte demandante descuido su deber de probar la culpa en cabeza de la persona jurídica convocada y el nexo de causalidad, como enseguida se explica:

10.2.- En efecto, conviene memorar que dos son los temas a los cuales se contraen los reparos planteados por los recurrentes en su apelación: **uno**, la necesidad del dictamen pericial; y **dos**, la responsabilidad del juez y las partes frente a los elementos de juicio.

10.3.- Entonces, en cuanto a lo primero, es decir la necesidad del dictamen pericial, prevé el artículo 226 del Código General del Proceso que dicho medio de prueba resulta útil y por tanto “procedente para verificar hechos que interesen al proceso **y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos**”, y con el que operador judicial pueda apoyar de manera fundada su decisión, dada la especial disciplina en la cual gravite el objeto del litigio; para ello, téngase presente que “**toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso**” (art. 164; eiusdem).

Según lo ha decantado la Corte Suprema de Justicia, en materia de responsabilidad civil, en pro de “establecer ese nexo de causalidad es preciso acudir a las máximas de la experiencia, a los juicios de probabilidad y al buen sentido de la razonabilidad, pues solo éstos permiten aislar, a partir de una serie de regularidades previas, **el hecho con relevancia jurídica que pueda ser considerado como la causa del daño generador de responsabilidad civil**”¹⁵.

¹⁵ CSJ – S.C. Sentencia del 9 de diciembre de 2013. Rad. 88001-31-03-001-2002-00099-01. M.P. Ariel Salazar Ramírez.

Sin embargo, **“cuando de asuntos técnicos se trata, no es el sentido común o las reglas de la vida los criterios que exclusivamente deben orientar la labor de búsqueda de la causa jurídica adecuada, dado que no proporcionan elementos de juicio en vista del conocimiento especial que se necesita, por lo que a no dudarlo cobra especial importancia la dilucidación técnica que brinde al proceso esos elementos propios de la ciencia –no conocidos por el común de las personas y de suyo sólo familiar en menor o mayor medida a aquellos que la practican- y que a fin de cuentas dan, con carácter general, las pautas que ha de tener en cuenta el juez para atribuir a un antecedente la categoría jurídica de causa. En otras palabras, un dictamen pericial, un documento técnico científico o un testimonio de la misma índole, entre otras pruebas, podrán ilustrar al juez sobre las reglas técnicas que la ciencia de que se trate tenga decantadas en relación con la causa probable o cierta de la producción del daño que se investiga. Así, con base en la información suministrada, podrá el juez, ahora sí aplicando las reglas de la experiencia común y las propias de la ciencia, dilucidar con mayor margen de certeza si uno o varios antecedentes son causas o, como decían los escolásticos, meras condiciones que coadyuvan pero no ocasionan. De la misma manera, quedará al abrigo de la decisión judicial, pero tomada con el suficiente conocimiento aportado por esas pruebas técnicas a que se ha hecho alusión, la calificación que de culposa o no se dé a la actividad o inactividad del profesional, en tanto el grado de diligencia que le es exigible se sopesa y determina, de un lado, con la probabilidad de que el riesgo previsto se presente o no y con la gravedad que implique su materialización, y de otro, con la dificultad o facilidad que tuvo el profesional en evitarlo o disminuirlo, asuntos todos que, en punto de la ciencia médica, deben ser proporcionados al juez a efectos de ilustrarlo en tan especiales materias”**¹⁶.

Lo anterior, resulta más que suficiente para establecer la necesidad de un dictamen pericial, documento técnico científico o testimonio de la misma índole, en tratándose de casos en los que del especial campo del conocimiento dependa la decisión judicial a adoptar, sin que, como se observó anteriormente, “bast[e] acudir y aplicar las reglas de la sana crítica, especialmente lógica y reglas de la experiencia más la prueba indiciaria” como lo señalaron los inconformes en su recurso, “dado que no proporcionan elementos de juicio en vista del conocimiento especial que se necesita”, por lo que “**quedará al abrigo de la decisión judicial, pero tomada con el suficiente conocimiento aportado por esas pruebas técnicas (...), la calificación que de culposa o no se dé a la actividad o inactividad del profesional**”, en otras palabras, y a riesgo de ser reiterativos, dichos elementos técnicos resultan más que necesarios en la decisión que se adopte.

Para el caso sub judice, sin lugar a hesitación alguna, las resultas del proceso pendían necesariamente de la incorporación de elementos de juicio técnicos-científicos, con base en los cuales, pudiera el operador judicial dilucidar “con mayor margen de certeza” si las circunstancias alegadas por el extremo demandante (eventual falta de diligencia y cuidado en la prestación del servicio de salud que llevó a la demandada a un diagnóstico tardío), correspondían o no a la causa

¹⁶ *Ibidem*. Sentencia del 26 de septiembre de 2002. Expediente No. 6878. M.P. Jorge Santos Ballesteros.

determinante que contribuyó a la realización del daño (ooforectomía, que trajo como consecuencia la aparición de bridas y fistulas, y de contera la esterilidad) en la humanidad de Yeini Paola Ascanio Sepúlveda, o si por el contrario, fueron hechos circunstanciales que no desencadenaron el daño.

Sin duda alguna, bien acierta la falladora de primer grado cuando señaló que el juez “no es la persona más apta para emitir un concepto de una ciencia que no es su especialidad”, pues, evidentemente en casos como el presente, de la historia clínica que parcialmente allegaron en diferentes oportunidades los distintos sujetos procesales, no puede desprenderse con alto grado de verosimilitud la existencia de un errado, prima facie, o tardío diagnóstico por parte del personal de la salud encargado de la atención médica de Yeini Paola Ascanio Sepúlveda, ni tampoco si los síntomas que presentaba dicha paciente las veces que acudió al servicio de medicina de su EPS (entre los años 1999 a 2003), eran indicativos de otra patología (cáncer) diferente a la que en su momento le fue diagnosticada (colitis parasitaria).

Incluso la jurisprudencia en un caso de connotaciones similares al presente, en punto a la Historia Clínica señaló que:

“Todas estas probanzas dan cuenta de hechos, conductas, situaciones especiales y tratamientos practicados, para cuya adecuada ponderación resulta menester el auxilio de la prueba pericial que el mismo Tribunal echó de menos y que en el cargo el recurrente cree suplir con los solos documentos que se dejaron resumidos. Pero nótese que con ellos el investigador, el juez, ajeno a la ciencia médica, no puede con certeza determinar si es causa adecuada del doloroso resultado padecido por GEORGINA, el mismo grave estado que padecía, o las preexistencias que tenía, o el tratamiento que se le practicó en la clínica de la Salud, o la demora si la hubo. En fin, no puede la Corte desconocer que la relación causal que correspondía acreditar al demandante en forma principal no quedó despejada, porque con la lectura de las piezas clínicas resumidas, sin ayuda de la pericia que las interprete y valore científicamente anda el juez a tientas, en caso como éste, en el que para determinar si la tardanza en la remisión fue o no causa del daño cuyo resarcimiento se pide, debe antes valorarse si lo que se estaba haciendo en la clínica era o no un tratamiento adecuado y pertinente según las reglas del arte, según la práctica médica aceptada.”¹⁷

Ahora bien, plantean los recurrentes que cuando a la juez de primer grado la asaltó la duda sobre la eventual culpa en el proceder de la demandada y su respectiva conexidad con el daño irrogado, en “concepto” de su apoderado, “la demandada debió iniciar, desde que ingresó en el año de 1999 (...) [a] practicarle un diagnóstico adecuado a través del examen que le hubiera permitido detectar el cáncer de ovario debido a los dolores abdominales que presentaba desde que ingresó (...) tan solo en el año 2003 resolvió hacerle el diagnóstico adecuado con la sorpresa de que le detectan el cáncer de ovario, cuando ya estaba invadida por la infección que le causó el cáncer”; sin embargo, lo afirmado recae en el mero dicho de los

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 26 de septiembre de 2002. M.P. Jorge Santos Ballesteros. Exp. 6878.

demandantes sin soporte alguno, pues téngase presente que sin sustento científico pretende hacer prevalecer su “concepto” personal frente a determinadas circunstancias que recaen en una ciencia que no es su especialidad, afirmando, por ejemplo, “la invasión de una infección”, el “diagnóstico adecuado” sin la indicación de cuál, incluso llegando a abarcar la data en la que era “oportuno” comenzar el tratamiento médico.

Y que no se diga, que la necesidad de tales elementos técnico-científicos, “convertirían a esta prueba en una tarifa legal” como lo califican los recurrentes, pues no es la ley la que hace exigible el empleo de dicho medio cognoscitivo, sino precisamente las circunstancias particulares del caso son las que hacen indispensable la utilización de una fuente de conocimiento fidedigna, calificada y especializada, con base en la cual se aminore el eventual riesgo de un error judicial. Incluso, no hay lugar tampoco a tal calificación, por cuanto en aras de dotar al juez de los elementos de juicio necesarios sobre la materia objeto del litigio, las partes bien pueden servirse tanto de un dictamen pericial, como de un documento técnico científico o un testimonio de la misma índole, entre otras pruebas que con un alto grado de certeza permitan dilucidar sin asomo de duda la cuestión a decidir.

10.4.- Ahora, en cuanto a la responsabilidad del juez y las partes frente a los elementos de juicio, consagra el artículo 167 del C.G.P. que, en primera medida, **es a las partes a quien incumbe “probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”**. Téngase presente que, de acuerdo a la dogmática procesal civil, en virtud del principio dispositivo, a las partes les corresponde estimular la actividad judicial y aportar los medios de prueba necesarios, además de los principios de celeridad y economía procesal que han inspirado al legislador en las últimas codificaciones procesales.

Por su parte, prevé el numeral 4° del artículo 42 *eiusdem*, que es deber del juez **“emplear los poderes que este código le concede en materia de pruebas de oficio para verificar los hechos alegados por las partes”**, y a voces del artículo 169 *ibid.* **“las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte o de oficio cuando sean útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes”**.

De lo anterior, y en aras de una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, resulta propicio inferir que el deber del juez frente al decreto oficioso de pruebas, es de manera supletiva ante la carga de la prueba de las partes, siempre que “san útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes”, sean oportunamente¹⁸ advertidos de esta manera por el operador judicial y surja por tanto la necesidad de esclarecer espacios oscuros de la controversia, y no haya precedido sobre la prueba en concreto desistimiento de la parte que la solicitó,

¹⁸ Artículo 170; C.G.P.: “El juez deberá decretar pruebas de oficio, **en las oportunidades probatorias del proceso y de los incidentes y antes de fallar**, cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de la controversia”.

bien de manera explícita, ora, de manera tácita, dado precisamente el carácter dispositivo que ampara este tipo de juicios.

En el asunto que concita la atención del Tribunal, se encuentra sin ambages, que sobre la prueba pericial en comento hubo desistimiento de manera tácita por todos los sujetos procesales acá interesados en la misma.

En efecto, la señalada pericia fue solicitada tanto por los demandantes como por la demandada y su llamada en garantía, de ahí que, según auto del 21 de julio de 2014 dicha prueba fuera decretada de manera conjunta ante el Instituto de Medicina Legal (fl. 238 c. 1, tomo 1); y en cumplimiento del mismo se elaboró el respectivo oficio ante dicho organismo, siendo tramitado únicamente por la demandada (fl. 259 ibíd.), en la respuesta tal Instituto manifestó su imposibilidad de practicar el dictamen solicitado como quiera que no cuenta en su planta de personal con médicos especialistas en las áreas requeridas (fl. 435; ej.), ocurrido el traslado de la misma, la única interesada que se pronunció fue la Corporación IPS Saludcoop (llamada en garantía), en el sentido de solicitar se oficiara al Instituto Nacional de Cancerología, tal y como fue sugerido por la encargada de rendir el trabajo encomendado (fl. 440 c. 1.).

Así mismo, mediante auto del 8 de agosto de 2016, se ordenó comunicación en ese sentido a la última entidad en cita para que remitiera un listado de 5 especialistas en el área de oncología (fl. 443 ídem); Ibíd.), se procedió a elaborar el respectivo oficio y mediante auto del 16 de febrero de 2017 se requirió al demandante para que lo tramitara (fl. 26 c. 1, tomo 2), contra dicha providencia los actores interpusieron recurso de reposición, oportunidad en la que señalaron que la misiva al Instituto de Cancerología fue solicitado por la IPS (fl. 28 ejusdem), en razón de lo anterior el 25 de abril de 2018 se revocó por completo el numeral que contenía tal requerimiento (fl. 36, c. 1 tomo 2).

De igual forma, se tiene que por auto de la misma fecha, se ordena a las partes aportar la experticia que se requiere elaborada por un perito particular (fl. 37, ib.), posteriormente, con auto del 26 de octubre de 2018 se requirió a las partes para que aduzcan dicho trabajo, concediéndoseles un término 30 días (fl. 91 ej) y, finalmente, en proveído de 2 de abril de 2019 se tuvo por desistida el trabajo en comento, toda vez que ninguna de las partes allegó la misma (fl. 94 id.), la cual no fue objeto de recurso alguno, solo hasta ahora, con motivo de la alzada los accionantes refirieron no haberla realizado por el alto costo.

Por lo expuesto, resulta evidente la improcedencia del decreto oficioso sobre un medio de prueba que por desidia o incuria de las partes, principalmente de los demandantes, dejó de practicarse y sobre la cual operó, además, el desistimiento, lo que de suyo imposibilita la práctica de dicha prueba en segunda instancia, según lo previsto en el numeral 2° del artículo 327 del C.G.P. (“Cuando decretadas en primera instancia, se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió”), y es que memórese, que en virtud

del principio <<nemo auditur propiam turpitudinem allegans>>, nadie pueda alegar en su favor su propia culpa.

Y puntualmente sobre la afirmación en punto a que sobre el dictamen la juez de primer grado “incluso estaba obligada a decretarlo de oficio, para que entre ambas partes se hubiera pagado su costo”, habrá de decirse que dicho argumento no tiene soporte jurídico alguno, pues el decreto oficioso de pruebas no tiene como propósito prorratear las costas o cargas económicas al interior del proceso.

11.- Desde esta perspectiva, surge incuestionable que los reparos formulados por la parte demandante a la decisión proferida en primer grado no tienen visos de prosperidad.

12.- En conclusión, habrá de adicionarse la decisión cuestionada en el sentido de declarar probada oficiosamente la excepción de falta de legitimación en la causa por activa, en lo que respecta a los demandantes Martha Sepúlveda Ascanio, Davison Walter Ascanio Sepúlveda, Diego Ascanio Sepúlveda y Evelyn Yeraldi Ascanio Sepúlveda, por lo ya expuesto y confirmarla en lo demás, con la consecuyente condena en costas a la parte recurrente ante la improsperidad de su alzada de acuerdo con lo establecido en el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P.

V. DECISION

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

RESUELVE:

1.- ADICIONAR la sentencia de fecha 4 de noviembre de 2020, proferida por el Juzgado 46 Civil del Circuito de Bogotá, en el siguiente sentido:

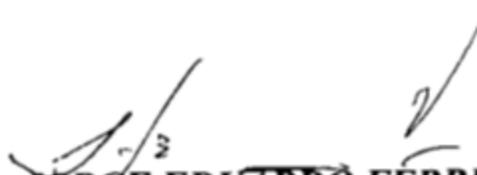
1.1.- DECLARAR oficiosamente la excepción de **FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA** respecto de los demandantes Martha Sepúlveda Ascanio, Davison Walter Ascanio Sepúlveda, Diego Ascanio Sepúlveda y Evelyn Yeraldi Ascanio Sepúlveda, por las razones expuesta en la parte motiva.

2.- CONFIRMAR en lo demás el fallo impugnado.

3.- CONDENAR en costas de esta instancia a la parte recurrente. Tásense.

3.1.- De conformidad con lo previsto en el numeral 3° del artículo 366 del Código General del Proceso, en la liquidación de costas causadas en segunda instancia, inclúyase como Agencias en Derecho la suma de \$1.000.000.00. Para la elaboración de la misma síganse las reglas previstas en dicha norma.

CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE


JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO

Adriana Ayala Pulgarín

ADRIANA AYALA PULGARÍN

Magistrada


MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA
Magistrada

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

*Bogotá D.C., veintiséis (26) de abril de dos mil
veintiuno (2021).*

*Ref: EJECUTIVO SINGULAR de HERNAN
FRANCO ARCILA contra KINGKOLOR S.A.S. y LUIS CARLOS
VALENZUELA JAIMES. Exp.2014-00517-03.*

**MAGISTRADO PONENTE: JORGE EDUARDO
FERREIRA VARGAS.**

*Discutido y aprobado en Sala de Decisión de 7 de
abril de 2021.*

*Decide la Corporación el recurso de apelación
interpuesto por la parte ejecutada EDITORIAL EDUCATIVA KINGKOLOR
S.A.S. contra la sentencia dictada en audiencia celebrada el quince (15) de
enero de dos mil veintiuno (2021), por el Juzgado Treinta y dos (32) Civil
del Circuito de la Bogotá, por la cual se ordenó continuar adelante con la
ejecución.*

I. ANTECEDENTES

*1.- El 18 de diciembre de 2019 (fl. 54 c, 1)
HERNÁN FRANCO ARCILA en calidad de cesionario de ASDRUBAL
LÓPEZ OROZCO, actuando en causa propia, presentó demanda ejecutiva
contra la persona jurídica KINGKOLOR S.A.S. y LUIS CARLOS
VALENZUELA JAIMES, pretendiendo se libere mandamiento de pago por la
suma de \$68'945'400.00, correspondiente a la condena impuesta en la parte
resolutiva de la sentencia dictada en el Juzgado 32 Civil del Circuito de
Bogotá el día 22 de julio de 2016 y confirmada por la Sala Civil del Tribunal
Superior de Bogotá, en fallo adiado 23 de septiembre de 2019, más los
intereses legales a la tasa del 6%, desde el 27 de julio de 2016 y hasta que
se verifique su pago (fl, 49 ibidem).*

*2.- Las súplicas se apoyan en los fundamentos de
facto que a continuación se sintetizan (fl, 50 c.1):*

Exp. 2014-00517-03. Ejecutivo de Hernán Franco Arcila contra Kingcolor S.A.S. y otro.

2.1.- ASBRUBAL LÓPEZ OROZCO, representado judicialmente por HERNÁN FRANCO ARCILA, interpuso proceso verbal en contra de los aquí ejecutados, profiriéndose sentencia el 22 de julio de 2016, en la que se declaró que KINGCOLOR S.A.S. y LUIS CARLOS LÓPEZ OROZCO vulneraron los derechos morales del escritor demandante, razón por la cual se les condenó a pagar la suma base del cobro ejecutivo.

2.2.- Aduce que la sentencia en cuestión fue objeto de apelación por las dos partes contendientes, recurso que fue resuelto a través de sentencia adiada 23 de septiembre de 2019, confirmándose la pronunciada en la primera instancia.

2.3.- La parte allá convocante presentó recurso extraordinario de casación, siendo admitido a trámite el 10 de octubre de 2019, no obstante, el aquí ejecutado no ha cancelado las sumas a las que fue condenado y que se encuentra en firme.

2.4.- Que entre el beneficiario de la condena y su representante legal se suscribió un contrato de cesión de derechos en punto de las condenas impuestas en los numerales 5° y 6° de la decisión proferida en primera instancia, las cuales prestan mérito ejecutivo, ya que contienen una obligación, clara, expresa y actualmente exigible, conforme a lo previsto en el artículo 422 del C.G.P.

3.- La ejecutada se notificó en la forma dispuesta en los artículos 291 y 292 ejusdem, oportunidad en la que se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo la excepción de mérito que denominó: “Compensación”. (fls. 72 ídem).

4.- En audiencia celebrada el 15 de enero de 2021, se dictó sentencia anticipada en razón a que no había pruebas que practicar, oportunidad en la que declaró no probada la excepción de compensación y, en consecuencia, se ordenó seguir adelante la ejecución, decisión que no compartió la parte convocada, por lo que interpuso la alzada de ahora se analiza.

II. LA SENTENCIA DE PRIMER GRADO

5.- Luego de encontrar reunidos los presupuestos procesales el Juez a-quo refiere que concurren los requisitos exigidos por el artículo 422 del C.G.P., pues se está de cara a una obligación clara, expresa y exigible, como lo son los fallos de primer y segundo grado en el que se condenó a los demandados en la suma aquí reclamada.

Continúa afirmando que el ejecutante también está facultado para reclamar la condena impuesta a los demandados en razón al contrato de cesión que efectuó Asdrúbal López Orozco en condición de

Exp. 2014-00517-03. Ejecutivo de Hernán Franco Arcila contra Kingkolor S.A.S. y otro.

cedente a Hernán Franco Arcila en calidad de cesionario, a través del cual se transfirieron puntualmente las condenas impuestas en los numerales quinto y sexto de la sentencia de primer grado del 22 de julio del 2016, la cual fue aceptada por auto adiado 4 de febrero de 2020 y dicho fenómeno jurídico se encuentra autorizado por el artículo 33 de la Ley 57 de 1887, subrogado en el canon 1959 del Código Civil.

Así mismo, aclara que tan sólo fue procedente la ejecución por la condena de los perjuicios morales en razón a que para la época en la que se presentó la demanda, las costas todavía no se habían liquidado ni aprobado.

En punto de la excepción de mérito planteada, aduce que el numeral 2° del artículo 442 del Código General del Proceso contiene los supuestos bajo los cuales se puede acudir a la compensación cuando se está cobrando una obligación contenida en providencia, siempre que se base en hechos posteriores a la misma, empero, no es el caso de autos, ya que de acuerdo con la comunicación proveniente del Juzgado 27 Civil Municipal de Bogotá es evidente que allí se tramita un proceso ejecutivo de Editorial Educativa Kingkolor S.A.S. contra Asdrúbal López Orozco desde la anualidad 2015, es decir, que ese asunto es anterior a la obligación que se ejecuta en esta oportunidad, ya que la misma fue reconocida en fallo de 22 de julio del 2016, lo que de suyo permite colegir que es posterior al proceso tramitado en el estrado reseñado en precedencia, de ahí que no se den los presupuestos señalados en la norma citada, esto es, que se base en hechos posteriores a la respectiva providencia materia de cobro coercitivo.

Agrega que, si en gracia de discusión se aceptara que la excepción cumple el requisito procesal al que se ha hecho alusión, nótese que en todo caso no están presentes los elementos contenidos en la norma sustancial para la prosperidad de la misma, ya que de acuerdo con el artículo el 1714 del Código Civil, como quiera que aquella es procedente cuando dos personas son deudoras una de otra, aspecto que no se cumple ya que la ejecución la adelanta Hernán Franco Arcila y no aparece acreditado que él sea deudor de Editorial Educativa Kingkolor S.A.S., toda vez que quién es deudor del crédito que se está cobrando en el Juzgado 27 Civil Municipal de Bogotá es Asdrúbal López Orozco, persona esta última que no hace parte de este litigio.

III. LA IMPUGNACIÓN

6.- La parte ejecutada presentó recurso de apelación, sin que en esa oportunidad haya expuesto sus reparos concretos, sin embargo, dentro del término previsto en el artículo 322 del C.G.P. presentó escrito contentivo de los mismos. la cual se edifica en torno a los siguientes puntos, a saber:

Exp. 2014-00517-03. Ejecutivo de Hernán Franco Arcila contra Kingkolor S.A.S. y otro.

(i).- En primer lugar, afirma que es claro que cuando el Juzgado 27 Civil Municipal de Bogotá en oficio No. 1852 emitido dentro del proceso ejecutivo singular que adelanta la aquí convocada contra Asdrúbal López, comunicó el embargo de los remanentes sobre el proceso que ahora se analiza, lo hizo en el entendido que existía apariencia del buen derecho a fin de salvaguardar los intereses de la ejecutada en esta causa, en tanto que el Juzgado 32 Civil del Circuito de Bogotá ha incurrido en mora judicial, pues a pesar que dicho cautela se radicó el 5 de septiembre de 2019, respecto del cual se pronunció en una primera oportunidad el 15 de noviembre de 2019, haciéndole saber a la autoridad judicial que ordenó la misma que el proceso se encontraba en el Tribunal Superior de Bogotá y que una vez regresara adoptaría la decisión que legalmente corresponda, la verdad es que ello no aconteció, ya que cuando se pidió la ejecución no tomó ninguna determinación y solo negó la misma en la data en la que dictó sentencia anticipada, lo que conlleva un desacato a una orden judicial, sumado a que para ese momento en estricto derecho y de acuerdo con lo establecido en el artículo 543 del C.P.C. hoy 466 del C.G.P. ya estaba consumada dicha medida.

(ii).- En segundo lugar, indica que la “cesión de los derechos litigiosos” aprobada por la primera instancia en la cual Asdrúbal López transfirió sus derechos a Hernán Franco Arcila no debió tenerse en cuenta, ya que la misma va en contravía del embargo que con anterioridad se había decretado, de ahí que ese acto se encuentra viciado de nulidad y es que al no ser válido el mismo ello necesariamente conllevaría a la prosperidad de la excepción de compensación.

(iii) En tercer término, aduce que equivocó su decisión el Juez de primer grado al fundamentar su negativa en el artículo 422 (sic) del C.G.P. en el sentido que la compensación solo es procedente cuando se basa en hechos posteriores, pues en su sentir, dicho embargo recae sobre la sentencia proferida por el 22 de julio de 2016, en tanto que el oficio No. 1852 data del 14 de agosto de 2019, de tal modo que, es posible establecer la procedencia de la compensación pues es evidente que se trata de hechos posteriores, sumado a la circunstancia que, en ningún momento fueron notificados de la cesión (derivado No. 14 exp. digital).

6.1.- Así mismo, por auto adiado 3 de marzo de la presente anualidad se ordenó correr el traslado previsto en el inciso 3° del artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, a la parte apelante con el propósito que sustente su alzada.

6.2.- A través de escrito enviado por correo electrónico a la Secretaría de este Tribunal la sociedad inconforme - demandada- presentó memorial dando cumplimiento a lo ordenado en el auto que antecede, en tanto que su contraparte en tiempo se pronunció al respecto.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

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

3.- Desde esta perspectiva, el problema jurídico a resolver se circunscribe a determinar: (i) si equivocó su decisión el Juez a quo al negar la excepción de compensación o, si por el contrario, dicha determinación se encuentra dentro de los parámetros legales que regentan la materia, pues en lo medular en tales aspectos gira la inconformidad de la parte apelante.

De la acción ejecutiva

4.- Es evidente que el proceso ejecutivo es tal vez el único que se inicia con una providencia de fondo y no simplemente con una decisión formal, por lo tanto el operador judicial al examinar el título que el demandante aduce, debe verificar que la obligación sea explícita y determinada en el mismo en cuanto a su naturaleza y elementos, que se pueda reclamar su cumplimiento bien porque la obligación sea pura y simple o porque el plazo expiró o por que la condición a la cual estaba sometida se cumplió, amén de que el mismo provenga del deudor y constituya prueba en su contra, concluyendo así que éste reúna las exigencias legales. Resulta evidente entonces, que el control de la legalidad que debe ejercer el Juez en este tipo de contención va más allá de la revisión de las simples formalidades, pues al librar la orden de pago resuelve sobre el derecho sustancial invocado, constatando las exigencias que se predicen del título adosado.

El aspecto medular de todos los procesos de ejecución, sin excepción alguna, se encuentra establecido en el artículo 422 del Código General del Proceso, preceptiva que, en forma clara, categórica y por demás, obligatoria, exige que con la demanda compulsiva se allegue

Exp. 2014-00517-03. Ejecutivo de Hernán Franco Arcila contra Kingkolor S.A.S. y otro.

documento apto al fin pretendido, o sea idóneo para impulsar ese cobro coercitivo.

Bajo la cardinal aserción consistente en que en esta clase de procesos su base la configura la existencia de un derecho cierto y la correlativa prestación a cargo de una persona, tiénese dicho que la obligación a cargo del demandado, además de constituir plena prueba contra el mismo, por no haber duda sobre la autenticidad del documento debe ser exigible y expresar con claridad en qué consiste.

Según lo han expresado la jurisprudencia y la doctrina, para que la obligación se ajuste a los presupuestos requeridos por la ley que la regula, deben estar completamente expresados en el título los términos esenciales de la misma, tales como el contenido y las partes vinculadas a él, de suerte que per se resulte inequívoca e inteligible. De ahí que, en torno a los conceptos de claridad, expresividad y exigibilidad de la obligación, se tenga por averiguado que ésta carece de tales exigencias cuando es equívoca, ambigua o confusa, por no tener la suficiente inteligencia para distinguir en forma palmaria el contenido o alcance del objeto o de la prestación, o cuando solo ostenta expresiones implícitas y presuntas, como también cuando está sometida al cumplimiento de una condición.

4.1.- De lo hasta aquí referido puede afirmarse, en compendio, que para incoar la acción ejecutiva es menester aducir con el acto introductorio un título, el cual forzosamente debe estructurar a cabalidad los presupuestos tanto generales como especiales previstos por la ley para ello.

*En lo que atañe con la **claridad** en el documento, consiste en que por sí solo se extrae el alcance de las obligaciones que cada una de las partes se impuso, para que el juzgador no tenga que acudir a razonamientos u otras circunstancias aclaratorias que no estén consignadas allí o que no se desprendan de él, esto es, que el título sea inteligible, es decir que la redacción se encuentre estructurada en forma lógica y racional; que sea explícito, lo cual significa que las obligaciones aparezcan consignadas de manera evidente; y, exista precisión y exactitud, en cuanto al número, cantidad y calidad objeto de la obligación, así como de las personas que intervinieron en el acuerdo. Así que la obligación no será clara cuando la redacción del documento sea ininteligible e inextricable, es decir, cuando su lectura es muy intrincada y confusa.*

*La **expresividad** significa que en el documento debe consignarse lo que se quiere dar a entender, así que no valen las expresiones meramente indicativas, representativas, suposiciones o presunciones de la existencia de la obligación, como de las restantes características, tales como partes, plazos, monto de la deuda etc., salvo el caso de la confesión ficta, y en este caso, únicamente de las preguntas asertivas formuladas en el interrogatorio escrito que admitan prueba de confesión; por consiguiente,*

Exp. 2014-00517-03. Ejecutivo de Hernán Franco Arcila contra Kingkolor S.A.S. y otro.

las obligaciones implícitas, que están incluidas en el documento, sin que estén expresamente declaradas no pueden ser objeto de ejecución.

*Mientras que la **exigibilidad** supone que la obligación puede pedirse y cobrarse sin tener que esperar plazo o condición alguna que la enerve temporalmente.*

Consecuente con lo anterior, el mandamiento se produce siempre y cuando se acompañe a la demanda un documento que preste mérito ejecutivo, es decir, que reúna las características mencionadas y se constate la fuerza ejecutiva e idoneidad que le permita constituirse en el fundamento de la orden de pago que se deba proferir.

4.2.- Ahora bien, el documento puede ser cualquier instrumento con el que se pretenda probar, demostrar o justificar una cosa ó una representación de un hecho. Al referirse a documento, no se habla de una singularidad, sino, que puede tratarse de una pluralidad de documentos que en su conjunto o integridad conforman o constituyen uno sólo, definido en la doctrina como título ejecutivo complejo, y al no acompañarse alguno de ellos, el título complejo pierde su esencia y deja de ser título ejecutivo, pues el o los preteridos acompañar son necesarios para su conformación, por ende, no presta mérito ejecutivo y no hay lugar a librar mandamiento ejecutivo.

A este tipo de proceso se debe aportar desde el inicio el título completo, pues ya trabada la contención no es posible optar por el decreto de prueba oficiosa para superar la falencia probatoria que se detecte en el mismo, menos aún en el curso de la segunda instancia.

4.3.- En el caso examinado, se tiene que el título ejecutivo está contenido en las sentencias de fecha 22 de julio de 2016 proferida en el Juzgado 32 Civil del Circuito de Bogotá, a través de la cual en el numeral 5º se condenó a Luis Carlos Valenzuela Jaimes y Editorial Educativa Kingkolor S.A.S., a pagar a favor de Asdrúbal López Orozco la suma de \$68.945.400.00 a título de perjuicios morales, siendo confirmada en ese aspecto el día 23 de septiembre de 2019 por ésta la Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior de Bogotá. Decisión sobre el cual en principio sólo puede proponerse como excepción la de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia y, la de nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento y la de la pérdida de la cosa debida (arts. 306 C.G.P. en concordancia con el 442 ejusdem).

5.- Desde esta perspectiva, se adentrará la Sala en el estudio de la inconformidad planteada, esto es, la aplicación de la figura de la compensación, por ello, pertinente resulta memorar que el modo normal de extinguir los vínculos obligacionales que atan a los deudores y los colocan en la necesidad de realizar prestaciones en provecho de sus acreedores, es el cumplimiento de éstas, pues con ello satisfacen el derecho

Exp. 2014-00517-03. Ejecutivo de Hernán Franco Arcila contra Kingkolor S.A.S. y otro.

del acreedor, quien ya no puede exigirle nada al deudor por razón de haber saneado ese pasivo que lo vinculaba, es decir, que el nexo jurídico que los unía se extingue, se soluciona por regla general.

La compensación está reglada en el artículo 1714 del Código Civil y puede definirse como la extinción de dos obligaciones recíprocas, entre unas mismas personas, hasta la concurrencia de la de menor valor, de manera que hace inútil el pago efectivo que de otro modo tendría que hacerle una a la otra.

6.- De lo preceptuado en los artículos 1715 y 1716 ejúsdem infiere la Sala que para la admisibilidad de la compensación de índole legal es necesario que se llenen las siguientes exigencias:

*a) **Que ambas partes sean personal y recíprocamente deudoras y acreedoras**, es decir, el actor sea acreedor y al mismo tiempo deudor del demandado y, éste a su vez, se encuentre en la misma relación con aquél, es decir, que sean obligaciones propias de las personas cuyas obligaciones se extinguen.*

*b) **Que ambas cosas sean de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad**, esto es, que las dos obligaciones sean análogas, por cuanto la compensación es un pago doble y recíproco y el acreedor no puede ser obligado a recibir cosa distinta de la que se le debe, ni aún a pretexto de ser de igual o mayor valor que la ofrecida (artículo 1627 del Código Civil).*

*c) **Que ambas obligaciones sean líquidas**, y una prestación tiene tal connotación, de líquida, cuando se conoce con toda exactitud su existencia y su monto, o sea, que será ilíquida, cuando se desconoce a ciencia cierta su existencia, como si una de las partes pretende exigir indemnización de perjuicios a la otra y se discute ante los estrados judiciales la procedencia o improcedencia del perjuicio, y en lo referente a su cuantía cuando conocida su existencia, se ignora, sin embargo, el quantum de la misma, como cuando por sentencia judicial se reconoce una indemnización y ésta todavía no se ha determinado.*

*d) **Que sean actualmente exigibles**, lo que quiere decir que el acreedor de cada una de estas obligaciones esté en la situación jurídica de hacer efectivo su cumplimiento; que no haya ningún obstáculo jurídico para que el acreedor pueda compeler al deudor a la ejecución de la prestación.*

7.- En este contexto, surge incontrovertible que la compensación aludida por la parte demandada no puede salir avante en esta oportunidad porque en estricto rigor aquí no concurren las condiciones para la prosperidad de la misma, por las razones que enseguida se explican:

Exp. 2014-00517-03. Ejecutivo de Hernán Franco Arcila contra Kingkolor S.A.S. y otro.

7.1.- En efecto, nótese que dentro del expediente no obra ni una sola prueba documental que permita inferir de manera razonada que el aquí ejecutante Hernán Franco Arcila es acreedor y al mismo tiempo deudor de los ejecutados Luis Carlos Valenzuela Jaimés y la persona jurídica Editorial Educativa Kingkolor S.A.S., lo anterior, atendiendo a que si bien es cierto que en un principio el beneficiado con las sentencias aquí ejecutadas fue Asdrúbal López Orozco, también es verdad que éste realizó la cesión del crédito a la primera persona natural citada, la cual fue aceptada por el Juzgado de primera instancia a través del auto adiado 4 de febrero de 2020, en tanto que el enteramiento al aquí ejecutado de dicha determinación se surtió de acuerdo con lo previsto en el inciso 2º del artículo 94 del C.G.P., quien en ese momento mostró conformidad frente a este tópico, de ahí que no es posible a través del recurso de apelación revivir oportunidades fenecidas sin que la parte interesada haya hecho uso de los mecanismos procesales previstos para ese propósito para controvertir las decisiones allí adoptadas.

7.2.- Pero si en gracia de discusión se omitiera el anterior requisito, se tiene que los tres restantes tampoco se cumplen en la medida que no existe ninguno de los elementos de juicio que permita inferir de manera razonada que efectivamente lo adeudado sea una suma de dinero líquida y que la misma sea actualmente exigible, puesto que aun cuando existe prueba documental de la audiencia de que tratan los artículos 327 y 373 C.G.P., celebrada en el Juzgado 24 Civil del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ejecutivo adelantado por Editorial Educativa Kingkolor S.A.S. contra Asdrúbal López Orozco, a través del cual se revocó la sentencia proferida en el Juzgado 27 Civil Municipal de esta ciudad y se ordenó seguir adelante con la ejecución, en la forma estipulada en el mandamiento de pago, también es cierto que aquí no obra esa pieza procesal, de ahí que resulta imposible determinar si lo adeudado era una suma líquida de dinero, ni menos aún, su monto y, en todo caso, a riesgo de ser reiterativo, la persona natural allí ejecutada no es Hernán Franco Arcila.

7.3.- De igual forma, se tiene que tal y como acertadamente lo concluyó el Juez de primera instancia, en este asunto tampoco se cumple la regla segunda¹ prevista en el artículo 442 del C.G.P. en la medida que como se acaba de reseñar en el proceso que cursa en el Juzgado 27 Civil Municipal de Bogotá se dictó sentencia de segunda instancia el día 11 de octubre de 2017, en tanto que en el proceso ordinario que dio origen a la sentencia que ahora se ejecuta el fallo de segundo grado se profirió el 23 de septiembre de 2019, es decir, que la compensación alegada no tiene su fundamento en hechos posteriores, sino todo lo contrario, es evidente que se trata de presupuestos fácticos anteriores.

¹ Numeral 2º del artículo 442 del C.G.P. “2. Cuando se trate del cobro de obligaciones contenidas en una providencia, conciliación o transacción aprobada por quien ejerza función jurisdiccional, sólo podrán alegarse las excepciones de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia, la de nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento y la de pérdida de la cosa debida.”

Exp. 2014-00517-03. Ejecutivo de Hernán Franco Arcila contra Kingkolor S.A.S. y otro.

8.- En este sentido, recuérdese que el artículo 167 del C.G.P. consagra que: “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen...”.

El principio de la necesidad de la prueba le indica al juzgador el deber de tomar toda decisión judicial con apoyo en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso (artículo 164 ejúsdem), esto es, que los medios probatorios para poder ser valorados deben aportarse en los términos señalados de manera taxativa por el legislador, contrario sensu, su apreciación cercenaría el derecho de defensa y de contradicción de la contraparte.

Entretanto, el principio de la carga de la prueba (artículo 167 ibídem) le impone a las partes la obligación de probar los supuestos de hecho en que edifica sus excepciones, para este caso concreto, o sea, que consiste en lo que a cada parte le asiste interés en probar, de modo que si el interesado en suministrarla no lo hace, o la allega imperfecta, se descuida o equivoca su papel de probador, necesariamente, ha de esperar un resultado adverso a sus pretensiones; claro está que como las pruebas una vez allegadas son consideradas o vistas del proceso y no de las partes, las recaudadas por la actora sirven para demostrar los hechos en que se apoyan las excepciones de la contraparte y viceversa.

De tal modo, que a nadie le es dado el privilegio de que su mero dicho sea prueba suficiente de lo que afirme, tal como lo ha precisado la H. Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil:

“es verdad que, con arreglo al principio universal de que nadie puede hacerse su propia prueba, una decisión no puede fundarse exclusivamente en lo que una de las partes afirma a tono con sus aspiraciones. Sería desmedido que alguien pretendiese que lo que afirma en un proceso se tenga por verdad, así y todo sea muy acrisolada la solvencia moral que se tenga. De ahí que la Corte Suprema de Justicia haya dicho en un importante número de veces... que ‘es principio general de derecho probatorio y de profundo contenido lógico, que la parte no puede crearse a su favor su propia prueba. Quien afirma un hecho en un proceso tiene la carga procesal de demostrarlo con alguno de los medios que enumera el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil, con cualesquiera formas que sirvan para formar el convencimiento del Juez. Esa carga... que se expresa con el aforismo onus probandi incumbit actori no existiría, si al demandante le bastara afirmar el supuesto de hecho de las normas y con eso no más quedar convencido el Juez” (Sent. de 12 de febrero de 1980 Cas. civ. de 9 de noviembre de 1993. G.J. CCXXV, pag. 405).

9.- Desde esta perspectiva, es evidente que los reparos presentados por la parte ejecutada no se encuentran llamados a prosperar por varias razones a saber:

9.1.- En efecto, nótese que para el 5 de septiembre de 2019 -época en la que se radicó el embargo de remanentes comunicado a través del oficio No. 1852 adiado 14 de agosto de 2019, en el proceso

Exp. 2014-00517-03. Ejecutivo de Hernán Franco Arcila contra Kingkolor S.A.S. y otro.

ordinario que adelantó Asdrúbal López Orozco contra Luis Carlos Valenzuela Jaimés y Editorial Educativa Kingkolor S.A.S., ni siquiera se había dictado la sentencia base de este recaudo, como quiera que el fallo de segunda instancia que dirimió esa controversia data el 23 de ese mismo mes y año, en tanto que la orden de apremio para el recaudo de la suma de dinero allí contenida se produjo el 13 de febrero de 2020, de ahí que no resulta acertado afirmar que dicha medida se consumó en la misma data en la que se radicó, pues para ese momento esta ejecución aún no se adelantaba, de ahí que como ya se analizó en este evento no se dan las condiciones que reclama el canon 442 del C.G.P.

9.2.- Así mismo, se tiene que dicha cautela por sí sola no demuestra los elementos necesarios de la prosperidad de la excepción de compensación planteada por el demandado, sumado a la circunstancia que nada impedía que se realizaré la cesión del crédito ya que ella se materializó antes de dictarse la orden de apremio, en tanto, se reitera que, el convocado mostró conformidad en esa oportunidad, de ahí que el reparo se plantea resulta ser un hecho nuevo que no fue sometido a controversia en su debido momento procesal, es decir, oportunamente.

10.- En tales circunstancias, habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia, con la consecuente condena en costas a la parte apelante ante la improsperidad de la alzada de conformidad con lo previsto en el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

1.- CONFIRMAR la sentencia dictada en audiencia el quince (15) de enero de dos mil veintiuno (2021) en el Juzgado Treinta y Dos Civil del Circuito de la ciudad, por las razones plasmadas en la parte motiva.

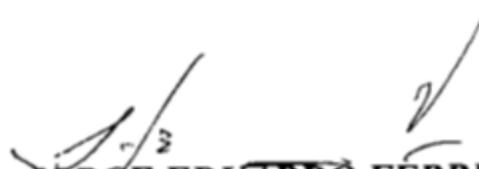
2.- CONDENAR en costas de esta instancia a la parte demandada -recurrente. Tásense.

2.1.- De conformidad con lo previsto en el numeral 3º del artículo 366 del Código General del Proceso, en concordancia con el artículo 5º del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016, en la liquidación de costas causadas en segunda instancia, inclúyase como Agencias en Derecho el

Exp. 2014-00517-03. Ejecutivo de Hernán Franco Arcila contra Kingkolor S.A.S. y otro.

monto correspondiente a dos (2) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes de la anualidad que avanza. Para la elaboración de la misma síganse las reglas previstas en dicha norma.

CÓPIESE Y NOTIFIQUESE


JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO

Adriana Ayala Pulgarín

ADRIANA AYALA PULGARÍN

Magistrada


MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA
Magistrada

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEPTIMA DE DECISIÓN CIVIL

Bogotá D. C., veintiséis de abril de dos mil veintiuno

11001 3103 033 2018 00513 01

Ref. Proceso de ejecutivo singular de PERI SAS contra Constructora MPF S.A.S y Mauricio Patiño Fuentes (y otros)

Se confirmará el auto que, el 21 febrero de 2020, profirió el Juzgado 33 Civil del Circuito de Bogotá (alzada que fue repartida a este despacho el **18 de marzo de 2021**), por cuyo conducto y con soporte en el numeral 1° del artículo 317 del C. G. del P., decretó el desistimiento tácito del proceso ejecutivo de la referencia, por no haberse notificado del mandamiento de pago al extremo pasivo, cual se había exhortado por auto de 9 de agosto de 2019.

Fundamentos del auto apelado. Recordó el mismo fallador, que, si bien por auto de 9 de agosto de 2019 se decretó el embargo de acciones en una sociedad mercantil, el oficio fue retirado por el ejecutante; que las medidas cautelares se encontraban practicadas y se tornó procedente la declaración de desistimiento tácito, porque no encontró satisfecha la orden que impartió a la parte actora, en la providencia conminatoria.

El RECURSO DE APELACIÓN. La ejecutante destacó que el 9 de agosto de 2019 se profirieron dos autos, con uno se otorgó el término de 30 días para notificar del auto de apremio a los ejecutados y con el otro, se decretó el embargo de acciones; que el oficio de rigor sólo fue elaborado hasta el 25 de septiembre de 2019 (aunque la solicitó desde el 8 de mayo de 2019); que al estar en ejecución las medidas cautelares (art. 317 num. 1 inc. 4) que a la presente no ha logrado materializar, no era procedente el desistimiento tácito, y que “se han realizado varios intentos de notificación judicial”, de lo cual ofreció alguna ilustración.

Para decidir SE CONSIDERA:

1. Sea lo primero anotar que el Juez *a quo* declaró el desistimiento tácito, con fundamento en el numeral primero del artículo 317 del C. G. del P., por lo que, precisado lo anterior, cabe añadir que fueron varias, y muy serias, las omisiones en las que incurrió la parte actora, que incidieron en el proferimiento del auto apelado y que hoy imponen su refrendación.

En primer lugar, obsérvese que la ejecutante no recurrió, y con ello permitió que cobrara firmeza, el auto de 9 de agosto de 2019, con el que se le conminó para que acometiera -dentro del término que allí se dispuso- la notificación del mandamiento de pago a la parte ejecutada.

Aquí cabe añadir que, en la motivación de ese auto conminatorio de 9 de agosto de 2019, se hizo expresa alusión a la urgencia del surtimiento de la notificación ordenada, esto con motivo del inminente vencimiento del término para proferir sentencia, según lo prevé el artículo 121 del C. G del P. Es más, en esa misma providencia se dispuso la prórroga, por seis meses, para finiquitar la instancia inicial.

Con motivo de haber cobrado firmeza ese auto de 9 de agosto de 2019, no es de recibo plantear -en sede de apelación y como argumento para que se revoque el auto que decretó el desistimiento tácito- que la orden que con esa providencia (ejecutoriada) se impartió a la parte ejecutante era improcedente, en tanto que existían medidas cautelares pendientes por consumar.

A estos respectos se ha precisado que “el concepto de la preclusión lo ha entendido generalmente la doctrina moderna y la jurisprudencia como ‘la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal, y resulta ordinariamente, de tres situaciones procesales: a) **por no haberse acatado el orden u oportunidad preestablecido por la Ley para la ejecución de un acto**; b) por haberse realizado una actividad incompatible con el ejercicio de otra; c) por haberse ejercido ya, anterior y válidamente esa facultad”¹.

3. Pese a que cobró firmeza el auto con el que se le conminó, según recién se resaltó, dentro del término que se le concedió para que notificara a la contraparte del mandamiento de pago, la parte actora no adelantó gestión alguna en ese interregno para materializar la orden que se le impartió.

En forma reiterada ha sostenido este despacho² que la declaratoria del desistimiento tácito, con soporte en el numeral 1° de la norma en mención, sólo es viable cuando la omisión de la parte interesada -que se pudiera mostrar como el factor determinante del estancamiento procesal que el legislador quiere evitar, y por contera, de la sanción que contempla el artículo 317 de la Ley 1564 de 2012-, haya tenido lugar **dentro de los 30 días siguientes** a la notificación del último auto contentivo del requerimiento de rigor, término que en el presente litigio feneció el **26 de septiembre de 2019** (pues el auto conminatorio del 9 de agosto de 2019, que cobró ejecutoria, se notificó por estado el día 12 del mismo mes y año [fl. 31 PDF 01Cuaderno]).

Resalta el suscrito Magistrado que, la foliatura no reporta que **en el aludido plazo** (el cual, se insiste, es el único relevante para determinar la viabilidad de aplicar el desistimiento tácito del proceso), la sociedad actora hubiera acometido gestión alguna, en orden a notificar a los demandados del auto que libró mandamiento ejecutivo, carga que (amén de indispensable para superar el estancamiento procesal en que se encontraba el

¹ MORALES MOLINA, Hernando, Curso de Derecho Procesal Civil – Parte General, Bogotá, Editorial ABC, 8ª edición, 1983, págs. 194 y 195.

² TSB, autos de octubre 10 de 2012, exp. 2010 00182, y enero 17 de 2013, exp. 2011 00197 01.

litigio **desde hace casi 5 meses**³), le fue impuesta a la hoy apelante, con suficiente claridad, en el auto conminatorio del 9 de agosto de 2019.

4. Se colige, así, que se imponía disponer la terminación del proceso por desistimiento tácito, pues la parte actora estuvo lejos de satisfacer (con la celeridad y diligencia debidas) las específicas cargas de cuyo cumplimiento oportuno y eficaz pendía la continuación de esta tramitación, lo que imponía aplicar la sanción prevista en el artículo 317 de la Ley 1564 de 2012, pues como con suma claridad lo precisó la Corte Suprema de Justicia, el desistimiento tácito “constituye un efecto que debe soportar la parte que habiendo promovido un trámite, **desatiende una carga procesal necesaria para la prosecución del mismo** y que a pesar de su requerimiento para que en el lapso allí previsto lo cumpla, no lo hace”⁴.

5. Por ende, no prospera el reseñado recurso vertical.

DECISIÓN

Así las cosas, el suscrito Magistrado CONFIRMA el auto que el 21 de febrero de 2020, profirió el Juzgado 33 Civil del Circuito de Bogotá, en el asunto de la referencia.

Sin costas de segunda instancia, por no aparecer justificadas. Devuélvase la actuación al juzgado de origen.

Notifíquese

OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA
Magistrado

Firmado Por:

OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA

MAGISTRADO

**MAGISTRADO - TRIBUNAL 011 SUPERIOR SALA CIVIL DE LA CIUDAD DE BOGOTÁ,
D.C.-BOGOTÁ, D.C.**

³ Téngase en cuenta que el auto que libró mandamiento de pago se profirió el 19 de febrero de 2019 (fl. 26 PDF 01Cuaderno).

⁴ CSJ, autos de 9 de junio de 2011, exp. 2003 00263 y mayo 7 de 2012, exp. 2008 01758. En el mismo sentido se ha pronunciado esta Sala de Decisión en autos de febrero 10 de 2012, exp. 2009 00797 y octubre 10 de 2012, exp. 2010 00182.

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

Código de verificación:

214cde7c4ef2f3b6f31576d50bd2a0cd86d2d8e488fe7239d2428b6c94e5aba2

Documento generado en 26/04/2021 07:54:33 AM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

*Bogotá D. C., veintiséis (26) de abril de dos mil
veintiuno (2021).*

*Ref: EJECUTIVO de LIGIA LEONOR PIRABAN
DIAZ contra LUIS EDUARDO OLIVARES LIS. Exp. 038-2018-00565-01.*

**MAGISTRADO PONENTE: JORGE EDUARDO
FERREIRA VARGAS.**

*Discutido y aprobado en Sala de Decisión de 14 de
abril de 2021.*

*Decide el Tribunal el recurso de apelación
formulado por la parte demandante contra la sentencia anticipada dictada el
dieciocho (18) de noviembre de dos mil veinte (2020), en el Juzgado 38 Civil
del Circuito de Bogotá, por el cual se declaró probada la excepción de
prescripción.*

I. ANTECEDENTES

*1.- El 3 de Octubre de 2018 (fl. 9) LIGIA LEONOR
PIRABAN DIAZ entabló demanda ejecutiva contra LUIS EDUARDO
OLIVARES LIS, pretendiendo se libere mandamiento de pago respecto del
cheque base del recaudo por la suma de \$200'000.000.00, por concepto de
capital, el valor de \$20'000.000.00 correspondiente a los intereses de plazo
causados entre los meses de marzo de 2017 a agosto de 2018 de los que canceló
algunos valores de manera parcial, así como el monto de \$40'000.000.00, por
la sanción del del 20% -devolución del título valor impagado-, más los réditos
moratorios liquidados a la tasa legal permitida, causados desde el 24 de agosto
de 2018 y hasta que se verifique su pago, (fl. 7 c. 1, exp. digital).*

*2.- Las súplicas se apoyan en los fundamentos
fácticos que enseguida se sintetizan (fls. 6 y 8 ibidem):*

*2.1.- Ligia Leonor Piraban Díaz el día 23 de febrero
de 2017, entregó en mutuo la suma \$200'000.000.00, a Luis Eduardo Olivares
Lis, obligándose a pagar intereses a la tasa del 1,5% mensual hasta el 23 de
agosto de 2018.*

2.2.- *Afirma que el deudor se sustrajo de su obligación de cancelar los intereses de plazo en la forma y tiempos estipulados, razón por la cual la acreedora el día 21 de septiembre de 2018, consignó el título valor base del recaudo el cual fue devuelto por la causal de fondo insuficientes.*

2.3.- *Adiciona que se trata de una obligación clara, expresa y exigible, en tanto que el instrumento fue endosado en procuración para su cobro.*

3.- *El demandado fue notificado a través de curador ad litem, el día 2 de diciembre de 2019, oportunidad en la que formuló la excepción de mérito que denominó: “PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO” (fls. 38 a 40 ídem).*

4.- *Finalmente, en sentencia anticipada dictada el 18 de noviembre de 2020, se declaró probada la excepción de prescripción y, en consecuencia, negó las pretensiones de la demanda, ordenó levantar las medidas cautelares, decisión que no compartió el extremo ejecutante por lo que interpuso la alzada que ahora se analiza.*

II. PROVIDENCIA APELADA

5.- *La Juez a quo inicia su fallo haciendo alusión a los acostumbrados antecesores, posteriormente, adujo que resulta pertinente dictar sentencia anticipada toda vez que se reúne los presupuestos procesales, como son demanda en forma, competencia, capacidad para comparecer y para ser parte, en tanto que, la relación jurídico procesal fue debidamente integrada con el demandado quien se notificó por intermedio de curador ad litem, oportunidad en la que propuso la excepción de prescripción.*

Posteriormente hizo alusión a lo previsto en el artículo 2512 del Código Civil y al canon 730 del Código de Comercio, recalcando que ésta última norma dispone que la acción cambiaria del cheque prescribe en seis meses contados desde la presentación de ese instrumento para ser cancelado.

Adujo que en el caso concreto, los dineros incorporados en ese cartular debían solucionarse el día 23 de agosto de 2018, en tanto que el mismo fue presentado en el banco librado para su pago en la data 21 de septiembre de 2018, de ahí que dicho término en principio culminaría el 22 de marzo de 2019, empero, nótese que la demanda se radicó el 3 de octubre de la primera anualidad reseñada, en tanto que la orden de apremio se profirió el 9 de ese mismo mes y año, notificada por estado al ejecutante el 12 siguiente.

Agregó que de acuerdo con lo previsto en el artículo 94 del Código General del Proceso, a partir de la fecha últimamente señalada contaba con el termino de un (1) año para notificar el mandamiento de pago al convocado si lo pretendido es que la interrupción surtiera efecto, de ahí que

dicho término vencía el 13 de octubre de 2019, mientras que el curador ad litem se enteró tan solo el 2 de diciembre hogaño, de lo cual resulta palmario que la presentación de la demanda no logró el fin perseguido, de tal modo que no existe duda que se configuró la prescripción de la acción cambiaria.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

6.- Alega el recurrente, en síntesis, que el a quo hizo caso omiso a los argumentos puestos al descorrer el traslado de la excepción, los cuales son objetivos demostrándose que la actividad del ejecutante tendiente a lograr el enteramiento del ejecutado en los términos del artículo 94 del C.G. del P., fue diligente.

Adiciona, que de acuerdo con lo establecido en el canon 228 de la Constitución Política, se debe dar prevalencia al derecho sustancial sobre las formas ya que está acreditado que el libelo se presentó el 3 de octubre de 2018, en tanto que, el mandamiento se notificó por estado a la parte demandante el 12 del mismo mes y año; además, constituye un hecho notorio el cese de actividades de la Rama Judicial entre el 31 de octubre y el 19 de diciembre de 2018, sin permitirse el ingreso de los usuarios a las instalaciones del juzgado durante ese lapso, sumado a que se produjo la vacancia la cual se prolongó hasta 11 de enero de 2019.

Adiciona que entre el 29 de abril y el 5 de junio de esa misma anualidad se realizaron las gestiones tendientes a lograr la notificación del demandado sin éxito, razón por la cual se hizo necesario su emplazamiento y la posterior designación de curador ad litem con quien finalmente se logró integrar el contradictorio el día 2 de diciembre de 2019, de ahí que resulte aplicable el presente contenido en la sentencia de tutela dictada en el expediente T11001002030002018-02989-00, con ponencia del Magistrado Ariel Salazar Ramírez, proferida por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

Agrega que, en razón de lo anterior deben descontarse del término prescriptivo todos aquellos espacios temporales en los que se demuestra la diligencia del actor en aras de vincular al ejecutado, lo que no se logró por causas atribuibles a la administración de justicia, de ahí que resulte acertado afirma que dicho fenómeno no opera por el simple paso del tiempo sino que es necesario un elemento subjetivo, consistente en la desidia del ejecutante aspecto que no se cumple en sub-judice.

6.1.- Así mismo, por auto adiado 23 de marzo de la anualidad que avanza se ordenó correr el traslado previsto en el inciso 3° del artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, a la parte apelante con el propósito que sustente su alzada.

6.2.- A través de escrito enviado por correo electrónico a la Secretaría de este Tribunal la parte inconforme -demandante-presentó escrito dando cumplimiento a lo ordenado en el auto que antecede, en tanto que su contraparte en tiempo emitió pronunciamiento.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

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

3.- Desde esta perspectiva, se tiene que el problema jurídico a resolver consiste en determinar si en verdad operó la prescripción de la acción cambiaria, o si por el contrario, tal situación no se verifica en el plenario, pues en tal aspecto gravita la inconformidad de la parte convocante en el presente litigio.

4.- Es ampliamente conocido que, entre otras, las únicas obligaciones que pueden demandarse coercitivamente, a través de la acción ejecutiva son aquellas que tengan las características de ser claras, expresas y exigibles, que se encuentren plasmadas en documentos provenientes del deudor o de su causante y constituyan plena prueba contra él. Claro está que por el mismo procedimiento pueden hacerse cumplir las sentencias de condena de cualquier jurisdicción, las providencias que tengan fuerza ejecutiva conforme al legislador, las providencias dictadas en procesos contenciosos administrativos o de policía que aprueben liquidación de costas o señalen honorarios a auxiliares de la justicia (art. 422 del C. G. del P.).

De ahí que el juzgador, al encontrarse de frente con el documento aportado como venero de ejecución, debe examinar si esos presupuestos se cumplen en él, pues la ausencia de siquiera uno de ellos da al traste con el pedimento invocado en la demanda; esos supuestos son: a) Que la obligación sea clara, expresa y exigible; b) que ésta conste en documento que provenga del deudor o de su causante; y, c) que constituya plena prueba contra él -deudor-.

En lo que atañe con la **claridad** en el documento, consiste en que por sí solo se extraiga el alcance de las obligaciones que cada una de las partes se impuso, para que el juzgador no tenga que acudir a razonamientos u otras circunstancias aclaratorias que no estén consignadas allí o que no se desprendan de él, esto es, que el título sea inteligible, es decir que la redacción se encuentre estructurada en forma lógica y racional; que sea

explícito, lo cual significa que las obligaciones aparezcan consignadas de manera evidente; y, exista precisión y exactitud, en cuanto al número, cantidad y calidad objeto de la obligación, así como de las personas que intervinieron en el acuerdo. Así que la obligación no será clara cuando la redacción del documento sea ininteligible e inextricable, es decir, cuando su lectura es muy intrincada y confusa.

*La **expresividad** significa que en el documento debe consignarse lo que se quiere dar a entender, así que no valen las expresiones meramente indicativas, representativas, suposiciones o presunciones de la existencia de la obligación, como de las restantes características, tales como partes, plazos, monto de la deuda etc., salvo el caso de la confesión ficta, y respecto, únicamente, de las preguntas asertivas formuladas en el interrogatorio escrito que admitan prueba de confesión; por consiguiente, las obligaciones implícitas, que están incluidas en el documento, sin que estén expresamente declaradas no pueden ser objeto de ejecución.*

*A su vez, la **exigibilidad** supone que la obligación puede pedirse, cobrarse o demandarse y está ligada íntimamente con el plazo y la condición. Los títulos valores, para ser considerados como tales y, por ende, tengan fuerza ejecutiva, deben reunir unos requisitos llamados generales y otros esenciales; los de estirpe general son aquéllos comunes a todos los títulos valores, a saber: **El derecho que el título incorpora y la firma de quién lo crea**, consagrados en el artículo 621 del C. de Comercio; mientras que los esenciales son aquéllos señalados por el legislador comercial, especiales para cada uno de los indicados en el Libro III, Título III de la obra en comento, y para el caso del cheque, de acuerdo al artículo 713, son los siguientes: a) La orden incondicional de pagar una determinada suma de dinero; b) el nombre del banco librado, y c) la indicación de ser pagadero a la orden o al portador.*

5.- Entonces, lo que la ley exige es que los documentos allí enumerados contengan un mínimo de requisitos literales para que se produzcan los efectos cambiarios, tal cual lo prevé el artículo 620 de esa codificación, de suerte que, valga reiterarlo, son por lo menos estos supuestos los que los particulares no pueden soslayar, pudiendo sí agregar o adicionar otros, siempre y cuando con estas complementaciones no desnaturalicen el título mismo. Los referidos requisitos de orden especial no deben faltar en el documento que contiene aquélla, pues la omisión de cualquiera de éstos no afectará la validez del negocio jurídico que le dio origen al cheque, pero éste perderá su calidad de título valor.

Reunidos todos los supuestos requeridos por los artículos 621 y 713 del Código de Comercio, resulta indudable que allí también se encuentran imbuidos los requisitos de expresividad, claridad y exigibilidad reclamados por el artículo 422 C. G. del P.

6.- Así mismo, en tratándose del cheque, relevante es anotar que es de su naturaleza ser pagadero a la vista, esto es, en el mismo instante que sea presentado al banco girado siempre y cuando se cumplan algunas exigencias de tipo formal y sustancial, tales como las vertidas en los artículos 712 y 713 del Código de Comercio y que el cuentacorrentista tenga provisión de fondos disponibles en el banco librado y si los fondos disponibles

no fueren suficientes el girado debe ofrecer al tenedor pago parcial; de ahí, que cualquier anotación en contrario se tendrá por no escrita, por lo que el cheque posdatado se cancelará a su presentación (artículo 717 del Código de Comercio); así que cuando el librador gira un cheque posfechado y lo entrega al beneficiario, consiente, conforme a la ley de circulación, que el tenedor, pueda cobrarlo aún antes de la fecha estampada en él; si el tenedor, contrariando, aparentemente los términos del cheque posfechado, lo presenta para su pago antes del día allí señalado, con ello no cambia arbitrariamente la forma de circulación, sino que, por el contrario, se acomoda a la que lo rige, pues el precitado artículo 717 dispone terminantemente que el cheque posfechado es pagadero a su presentación, pues ésta clase de bien mercantil por esencia es un medio de pago y no un instrumento de crédito.

Frente a la afirmación de ser el cheque un medio de pago y no un instrumento de crédito ha puntualizado la doctrina: “El cheque siempre es pagadero a la vista, aunque tenga una posdata, la letra pue de ser girada a la vista, a día cierto, después de la fecha o de la vista y con vencimientos ciertos sucesivos; en estricto sentido, el cheque es un medio de pago, es simplemente una forma de disponer de una suma de dinero que tiene el banco-librado, (...) entonces, se deduce que en el cheque no hay la figura de la aceptación por parte del banco librado, pues sólo es un delegado que efectúa los pagos; en las letras de cambio sí hay la aceptación, salvo en los casos en que son giradas a propio cargo del girador...” (énfasis de la Sala) (Peña Nossa, Lisandro, Ruíz Rueda, Jaime. Curso de títulos valores. Editorial Librería del Profesional, 1986, pág. 174).

7.- Revisados los documentos aportados con la demanda como sostén de la ejecución, observa la Sala que cumplen con los requisitos de orden general y especial que señala el legislador comercial, previa advertencia que ellos no circularon, es decir, a la contienda concurren las partes originales, razón por la cual se adentrará la Sala en el estudio de la prescripción de la acción cambiaria.

8.- Al respecto ha de memorarse que la institución de **la prescripción** cumple dos funciones en la vida jurídica, una como modo de adquirir el dominio de las cosas ajenas y otra como medio de extinguir las acciones o derechos ajenos, cuando ambas han dejado de ejercerse durante cierto tiempo; denominase la primera usucapión o prescripción adquisitiva, a través de la cual quien ha poseído por un período determinado y con el lleno de los demás requisitos de ley, gana así el derecho real de los bienes ajenos corporales, raíces o muebles que se encuentran en el comercio humano; en cambio la segunda prescripción **extintiva o liberatoria**, que no se trata de un mecanismo de adquirir sino una manera de extinguir las acciones o derechos personales de quien ha dejado de ejercerlos por un tiempo determinado, sin que implique, por otra parte, determinación del nuevo titular del derecho de dominio.

8.1.- Así mismo, invocada la prescripción como medio exceptivo, el juzgador **motu proprio** debe investigar acerca de si hubo renuncia o interrupción por parte de los beneficiarios. La renuncia se tipifica solamente cuando la prescripción ya se ha cumplido y puede ser expresa o tácita (artículo 2514 del C.C.); mientras que la interrupción se da aún sin haberse cumplido aquélla, y también es de dos clases: **Natural y Civil**; la

primera cuando el deudor reconoce la deuda, pide plazos o cancela intereses atrasados, y la segunda, por el hecho de la presentación del libelo genitor, siempre y cuando concurren los requisitos señalados en el artículo 90 del C. de P. Civil.

*Una de las formas de borrar el término prescriptivo que ha corrido y, por consiguiente, revivir el derecho de acción que le asiste al acreedor es la **interrupción**, que puede ser natural o civil. Se presenta la primera -natural- cuando el deudor de manera consciente reconoce la obligación, acepta la deuda, ya expresa o tácitamente (art. 2539 C. C.); será expresa cuando el reconocimiento de la obligación es claro, nítido, sin ambages y tácito cuando la aceptación se deduce de otros actos.*

*Otra manera de volver a hacer nacer el derecho de accionar del acreedor, el cual se encuentra sepultado con ocasión de la prescripción, ocurre cuando el deudor conciente o voluntariamente **renuncia** a ella, también expresa o de forma tácita; se presenta renuncia tácita cuando “...el que puede alegarla manifiesta por un hecho suyo que reconoce el derecho del dueño o del acreedor...” (art. 2514 *ibídem*) y el mismo legislador coloca el ejemplo de que “...cuando cumplidas las condiciones legales de la prescripción, el poseedor de la cosa la toma en arriendo, o el que debe dinero paga intereses o pide plazos” (art. 2514 *ejúsdem*).*

*En este contexto, se tiene que para la procedencia de la prescripción deben concurrir varios requisitos, a saber: a) **transcurso del tiempo**, b) **inacción del acreedor**, c) **alegarse expresamente** y, d) **que no se haya renunciado, interrumpido o suspendido**.*

8.2.- Desde esta perspectiva, nótese que las acciones cambiarias derivadas del cheque prescriben así: (i) las del último tenedor, en seis meses, contados desde la presentación; y, (ii) las de los endosantes y avalistas, en el mismo período, contado desde el día siguiente a aquel en que paguen el cheque (artículo 730 del Código de Comercio), igualmente, nótese que el legislador comercial en el artículo 718 señaló unos plazos perentorios según el lugar de expedición del cheque, dentro de los cuales el beneficiario debe presentar el título para su pago, repercutiendo esta última en varios fenómenos jurídicos, entre ellos, la sanción comercial del 20%, prima facie surge el interrogante ¿a partir de cuándo empieza a computarse el término semestral de prescripción?.

8.3.- En este contexto, interpretando la disposición señalada en líneas anteriores, es posible sostener que: a) si el cheque se presenta en un día cualquiera pero dentro del plazo legal dado, los seis meses se computarán a partir de la presentación; b) pero si no se presentó en el lapso señalado por la norma, el lapso semestral de la prescripción correrá a partir del día siguiente al vencimiento del término legal.

Partiendo de la anterior precisión, se tiene que el cheque fue entregado para ser pagadero el día 23 de agosto de 2018 y presentado al banco librado con ese propósito el día 21 de septiembre la misma anualidad, es decir que, por fuera de los 15 días previsto en el artículo 718 del Código de Comercio, ya que dicho lapso fenecía el 13 de septiembre de esa

misma anualidad, de ahí que equivocó su decisión la Juez a quo al iniciar a contabilizar el término de prescripción de seis meses previsto para la acción cambiaria del este instrumento cartular desde la segunda de las datas señaladas, sin advertir que para esa época los términos para el pago se encontraban expirados, de ahí que la fecha que debe tenerse en cuenta a efectos de contar el término prescripción no puede ser otra que la última señalada.

En este contexto, si como se acaba de mencionar la fecha para presentar el cheque al Banco librado feneció el 13 de septiembre de 2018, ello quiere decir que principio, el término de prescripción culminaba el 13 de marzo de 2019, en tanto que, la demanda se presentó el 3 de octubre de 2018, esto es, antes de que transcurriera ese plazo, es decir, que en principio, la presentación de la demanda tuvo la virtualidad de interrumpir civilmente el término que se venía contando, en razón a que aún no había corrido el semestre que se requiere para que opere dicho fenómeno.

*En efecto, nótese que el auto que libró mandamiento de pago data del 9 de octubre de 2018 el cual fue notificado al extremo demandante por anotación por estado No. 063 del día 12 del mismo mes y año (pag. 3 pdf derivado 3, ibidem) y, éste a su vez notificado al demandado por intermedio de curador ad litem el **2 de diciembre de 2019** (pag. 31 ejusdem), data para la cual no sólo se había vencido el término de un (1) año de que trata el artículo 94 del C. G. del P., sino también el plazo extintivo de la acción cambiaria de seis (6) meses -art. 718 Estatuto Mercantil, este último contado desde la fecha en que culminó el lapso para ser presentado para su pago al banco librado -**13 de septiembre de 2018**-, lo que de suyo permite colegir que operó el fenómeno de la prescripción.*

9.- Desde esta perspectiva, surge incuestionable que los argumentos expuestos por la parte recurrente no pueden tener acogida en ésta oportunidad, ya que contrario a lo expresado por el inconforme, en el proceso no se demostró que el término prescriptivo tantas veces mencionado fue interrumpido en forma natural o civil según lo establecido en el artículo 2539 del C.C., como quiera que no obra prueba que demuestre que el convocado, en forma tácita o expresamente, reconoció la existencia de obligación.

De igual modo, al analizar un caso similar la Corte Suprema de Justicia expresó que:

*“El tema no ha sido pacífico y al respecto existen dos teorías, la objetiva y la subjetiva. **Los partidarios de la primera sostienen que el cómputo del indicado término debe hacerse de manera objetiva, esto es, que se hace de corrido, sin ninguna clase de pausas ni interrupciones relacionadas con el tiempo en el que el expediente haya estado en el despacho para resolver cualesquiera clase de solicitudes o por las demoras en las que incurran los funcionarios o empleados del juzgado en el cumplimiento oportuno de sus deberes o las maniobras elusivas de la parte que debe ser enterada de la providencia de iniciación del trámite.** Los que apoyan la segunda, por el contrario, afirman que de la contabilización en cuestión sí se deben excluir todas, o parte, de las actuaciones que se acaban de mencionar, esto teniendo en cuenta si participan de una posición amplia o restrictiva al respecto, lo*

que debe ser motivo de estudio en cada caso particular.”¹ (Énfasis de la Sala).

Así mismo, un reconocido tratadista al estudiar el tema del que se viene hablando ha expresado que:

“Para que se tenga como fecha de interrupción de la prescripción o de inoperancia de la caducidad la presentación de la demanda al juzgado al cual va dirigida y si son varios con idéntica competencia al reparto o a la oficina judicial encargada de hacerlo, será menester que una vez admitida la demanda o proferido el mandamiento ejecutivo, dentro del año siguiente al de la notificación al demandante del auto que admite o contiene el mandamiento, que se efectúa por estado, se realice la notificación de ésta al demandado bien de manera personal directa o a través de curador, **pues lo único que exige la disposición es que dentro de ese amplísimo término se logre dicha finalidad.**

Si no es posible lo anterior, lo que realmente implicaría negligencia del apoderado del demandante, parte sobre quien recae la carga de lograr que la misma se realice oportunamente y máxime si se considera la facilidad que existe para notificar prevista en el artículo 292 del CGP, se tendrá como fecha de interrupción aquélla en la cual se realice la notificación del auto que admite la demanda o el mandamiento de pago al demandado o al curador, consagrándose una solución objetiva; es decir, no se puede entrar a realizar análisis acerca de si la demanda no se notificó en tiempo por negligencia del demandado o del juzgado. Basta que no ocurra la notificación dentro del plazo del año, sin que importe por culpa de quién, para que, inevitablemente, sea la fecha de notificación al demandado la que se toma en cuenta para precisar si existe oportuna interrupción.

Recuérdese que el problema de la urgencia en obtener la notificación dentro del plazo previsto únicamente se da cuando se deja para última hora la presentación de la demanda, pues si lo anterior se efectúa con la suficiente antelación, viene a ser indiferente que se interrumpa en la fecha de la presentación o en la de la notificación de la demanda al demandado, por cuanto en los dos eventos usualmente aún no ha corrido todo el lapso de prescripción y se estaría en oportunidad para hacer generar los efectos, **de ahí que cuando se deja para esos últimos momentos, así sean aún oportunos, se está corriendo un riesgo, lo cual, como ha dicho la Corte², ‘implica culpa para los efectos que se examinan’ por cuanto es claro que ‘dentro de los conceptos de prudencia y diligencia del demandante está la previsión de introducir su demanda con anticipación suficiente’, argumentos estos que sirven para corroborar el porqué de mi tajante afirmación atiente a que con lo señalado en el artículo 94 queda desterrada la interpretación que propendía porque se buscara quién era el culpable en la demora en la notificación, porque basta que objetivamente transcurra ese plazo independientemente de cualquier otra circunstancia, por ejemplo la práctica de medidas cautelares, sin que se haya logrado la notificación para que se tome inexorablemente como fecha de interrupción la de notificación de la demanda, no la de su presentación.”³ (Negrilla por fuera del texto original).**

10.- Desde esta perspectiva, es indudable que ese lapso corre de forma objetiva tal y como lo ha reconocido el órgano de cierre

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 13 de mayo de 2008. M.P. Ruth Marina Díaz Rueda. Exp. N° 1100131030012001-00927-01.

² Corte Suprema de Justicia, sentencia de sala Plena del 20 de noviembre de 1986 al resolver demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 90 del C. de P. C.

³ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, Código General del Proceso, parte general. Dupre Editores, Bogotá D.C. –Colombia 2016, pag. 565 a 567.

en la justicia ordinaria, criterio que por supuesto es acogido por esta Sala de Decisión, lo que de suyo permite colegir que con independencia de las vicisitudes que hayan ocurrido en su devenir, esto es, la demora en el trámite de las notificaciones, el cese de actividades de la Rama Judicial a finales del año 2018 y la diligencia que mostró o no la parte en procurar el enteramiento de la orden de apremio, es incuestionable que la obligación del actor no era otra que integrar el contradictorio con el demandado dentro de su debida oportunidad, esto es, antes del 12 de octubre de 2019 para que la presentación de la demanda cumpliera ese especial propósito de interrumpir el término prescriptivo, empero, como así no ocurrió, iterase, se configuró el fenómeno prescriptivo.

10.1.- En tal sentido, resulta intrascendente cualquier consideración encaminada a determinar si se debe descontar el término del cese de actividades de la Rama Judicial o las oportunidades en las que el expediente ingresó al Despacho, pues ello sería procedente solamente en la medida en que se fuese a adoptar el criterio subjetivo, pero como se anunció en precedencia el razonamiento adoptado es el objetivo, de tal modo, que ninguna elucubración cabe hacer en ese particular evento, pues, itérese que la presentación de la demanda no logró interrumpir la prescripción extintiva de la acción, en razón a que el convocante no notificó al ejecutado dentro del término del año previsto en el artículo 94 del C.G.P.

10.2.- Así mismo, nótese que la norma adjetiva establece un término legal -art. 117 C.G.P.-, que por definición es perentorio e improrrogable y sin que se encierre por otra parte consideración alguna en torno a la existencia de disposición en contrario, que habilite eventualmente su desconocimiento, es decir, en su interpretación y aplicación no es posible desconocer ese límite temporal (art. 27 del C.C.).

10.3.- Y es que en esta línea de razonamiento, en pronunciamiento del 13 de agosto de 2015, efectuado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, al resolver una acción de tutela en un asunto afín con el que ahora ocupa la atención del Tribunal indicó que:

“A más, dedujo que las circunstancias exculpatorias expuestas por la sociedad enjuiciante, para denotar la contingente imposibilidad de una oportuna citación, no eran de buen recibo por cuanto el plazo que avanzaba mal podía variarse en su discurrir so pretexto de los imponderables que a ese fin aquella realizó, esto es, que el cómputo que al efecto había de verificarse es netamente objetivo.

*Todo ello, deparó el parcial y anticipado acogimiento de la excepción mixta de prescripción tras verificarse un plausible cómputo del nuevo lapso que corrió, hermenéutica respetable que, cardinalmente, se basó en los artículos 90, 97, 174, 177 y 187 de la ley de ritos civiles, 2341, 2344, 2513, 2536, 2539 y 2540 del Código Civil y 23 de la Ley 256 de 1996 «[p]or la cual se dictan normas sobre competencia desleal», **la que desde luego no puede ser alterada por esta vía**, todo lo cual no merece reproche desde la óptica ius fundamental para que deba proceder la inaplazable intervención del juez de amparo. (Destaca la Sala).*

4.4.- Esta Corporación ha sostenido, de una parte, que «el juez de tutela no es el llamado a intervenir a manera de árbitro para determinar cuáles de los planteamientos valorativos y hermenéuticos del juzgador, o de las partes, resultan ser los más acertados, y menos acometer, bajo ese pretexto, como lo pretende

la actora, la revisión oficiosa del asunto, como si fuese uno de instancia» (CSJ STC, 7 mar. 2008, rad. 2007-00514-01) y, de otra, que «la adversidad de la decisión no es por sí misma fundamento que le allane el camino al vencido para perseverar en sus discrepancias frente a lo resuelto por el juez natural» (CSJ STC, 28 mar. 2012, rad. 00022-01), entre otras cosas, «pues lo que en últimas pretende la accionante es que por esta vía constitucional se reviva una discusión suficientemente ventilada ante la justicia ordinaria, en la que se debatieron las excepciones propuestas en la contestación de la demanda, además, quien acudió a esta sede, contó con las posibilidades de contradicción y defensa en las dos instancias autorizadas por la ley» (CSJ STC, 2 may. 2011, rad. 00012-01)”⁴.

10.4.- En este contexto, cabe destacar que la sentencia de tutela a las que hizo referencia el censor emitida por el máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria solo tiene efectos inter-partes, máxime si en cuenta se tiene que en la misma no se analizaron iguales supuestos fácticos a los aquí estudiados.

11.- En conclusión, al haber operado la prescripción extintiva de la acción cambiaria, se deberá confirmar el proveído censurado con la consecuente condena en costas a la parte recurrente.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

1.- **CONFIRMAR**, por las razones expuestas en esta providencia, la sentencia anticipada dictada el 18 de noviembre de 2020, en el Juzgado Treinta y Ocho Civil del Circuito de Bogotá, por las razones aquí condensadas.

2.- **CONDENAR** en costas de esta instancia a la parte recurrente. Tásense.

2.1.- De conformidad con lo previsto en el numeral 3º del artículo 366 del Código General del Proceso, en concordancia con el artículo 5º del AcuerdoPSAA16-10554 de 2016, en la liquidación de costas causadas en segunda instancia, inclúyase como Agencias en Derecho el monto correspondiente a un (1) Salario Mínimo Legal Mensual Vigente de la anualidad que avanza. Para la elaboración de la misma síganse las reglas previstas en dicha norma.

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sent. STC10744-2015 de 13 de agosto de 2015. M.P. Margarita Cabello Blanco, exp. 11001-02-03-000-2015-01546-00, reiterada con la STC2474-17, exp. 2017-00353-00.

CÓPIESE Y NOTÍFIQUESE


JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO

Adriana Ayala Pulgarín

ADRIANA AYALA PULGARÍN

Magistrada


MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA
Magistrada