

110013103032201500299 01

RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C.
S E C R E T A R I A
SALA CIVIL
Avenida Calle 24 No. 53 - 28 Oficina 305 C
Teléfono: 4233390

Magistrado : **JUAN PABLO SUAREZ OROZCO**

Procedencia : 032 Civil Circuito

Código del Proceso : 110013103032201500299 01

Instancia : Segunda Instancia

Clase de Juicio : Verbal

Recurso : Queja

Grupo : 32

Repartido_Abonado : REPARTIDO

Demandante : GLORIA NELLY GARCIA Y OTROS

Demandado : CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR CAFAM Y OTROS

Fecha de reparto : 22/6/2021



REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA
SALA CIVIL
ACTA INDIVIDUAL DE REPARTO

Fecha : 22/jun./2021

110013103032201500299 01

Página

1

*~

GRUPO RECURSOS DE QUEJA

CD. DESP

SECUENCIA

FECHA DE REPARTO

008

4633

22/jun./2021

REPARTIDO AL DOCTOR (A)

JUAN PABLO SUAREZ OROZCO

IDENTIFICACION

NOMBRE

APELLIDO

PARTE

516949101

GLORIA NELLY GARCIA Y OTROS

01

*~

86001357031

CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR
CAFAM Y OTROS

02

*~

אזהרה: המסמך נבחר על ידי המערכת

OBSERVACIONES:

BOG03TSBL024

nguayacv

FUNCIONARIO DE REPARTO

https://etbcsi-my.sharepoint.com/:f:/r/personal/ccto33bt_cendoj_ramajudicial_gov_co/Documents/07.%20TRIBUNAL/01%20PROCESOS%20LISTOS/11001310303220150029900?csf=1&web=1&e=DgIRVO

LINK QUEJA 32 2015 299 01 DR SUAREZ OROZCO

 [11001310303220150029900](#)

Honorables Magistrados
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA CIVIL
M.P.: Dra. ADRIANA SAAVEDRA LOZADA
E. S. D.

Referencia: Proceso Verbal de **EGOTUR LTDA.** contra **AEROVÍAS DE INTEGRACIÓN REGIONAL AIRES S.A.**

Radicado: 2017 – 00503

Asunto: Sustentación del recurso de apelación formulado contra la Sentencia de Primera Instancia

MARÍA VICTORIA MUNÉVAR TORRADO, mayor de edad, vecina y domiciliada en la ciudad de Bogotá D.C., abogada titulada e inscrita, identificada con la cédula de ciudadanía número 1.032.371.319 de Bogotá D.C. y portadora de la tarjeta profesional de abogado número 195.682 del Consejo Superior de la Judicatura, en mi calidad de apoderada judicial de **AEROVIAS DE INTEGRACION REGIONAL S.A. (“Aires”)**, dentro del proceso de la referencia y encontrándome en la oportunidad procesal correspondiente, de la manera más respetuosa y en los términos del Artículo 14 del Decreto 806 del 2020 y del Artículo 322 y siguientes del Código General del Proceso, me permito **SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN** contra la sentencia de primera instancia, dictada en la audiencia del 5 de abril de 2021 (la “Sentencia”).

I. TABLA DE CONTENIDO

I. TABLA DE CONTENIDO	1
II. ANOTACIÓN PRELIMINAR.....	2
III. OPORTUNIDAD DEL PRESENTE ESCRITO	3
IV. DEFINICIONES	4
V. CONTEXTO FÁCTICO DEL PROCESO.....	5
VI. RESUMEN DE LA SENTENCIA	7
VII. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN.....	11
A. Desconociendo el Contrato de Agencia y Mandato Mercantil, la ley y la jurisprudencia en la materia, así como la ejecución de la relación comercial, la Sentencia analizó incorrectamente las implicaciones que frente a la tarifa administrativa reclamada tuvo la existencia de una relación de agencia comercial entre las partes.	11

B. La Sentencia analizó erradamente el contenido, antecedentes y obligaciones derivadas de la Resolución 3596 del año 2006 de la Aeronáutica Civil, incurriendo igualmente en errores probatorios e interpretativos.....	27
C. La Sentencia concluyó, sin análisis y pruebas que lo respalden, que Aires tendría una supuesta posición dominante frente a Egotur y que habría abusado de la misma.....	32
D. La sentencia contiene un análisis errado sobre el objeto, alcance, renunciaciones, cláusulas, consideraciones y efectos del Contrato de Transacción, así como sobre el cumplimiento de dicho contrato de todos los requisitos establecidos por la ley para dicho tipo de contratos – habiendo debido concluir que en este caso operó la excepción de cosa juzgada y transacción.....	35
E. La Sentencia se basó en una errada y parcializada valoración probatoria.....	49
F. Otras omisiones y errores en que incurrió la Sentencia	55
VIII.SOLICITUD.....	59

II. ANOTACIÓN PRELIMINAR

Como podrá evidenciar el Honorable Tribunal al leer la Sentencia y cotejarla con las pruebas recaudadas, la providencia impugnada carece de un riguroso análisis de fondo, está plagada de contradicciones, otorgó valor probatorio a declaraciones realizadas por la propia demandante para supuestamente justificar sus pretensiones, por testigos a quienes no les constan hechos relevantes para el proceso y, así, permite que se materialice una injusticia.

En efecto, la Sentencia hace a un lado la ejecución práctica del Contrato de Agencia y Mandato Mercantil que durante casi una década sostuvieron las Partes y que ninguna de ellas ha desconocido y el cual cerraron a través de un contrato de transacción cuya validez no ha sido cuestionada por ellas, para conceder prestaciones económicas que carecen de fundamento. La Sentencia apelada brilla por un sinnúmero de contradicciones que pretendieron crear una apariencia de sustento para pretensiones que no lo tienen.

Como si lo anterior no fuera lo suficientemente grave, la Sentencia desconoce las características y elementos sustanciales del contrato de agencia comercial, para, de manera forzada, darle la razón a la parte demandante. Contradictoriamente, la Sentencia declaró que la parte demandante fue un agente comercial de Aires -en lo que están de acuerdo las partes- pero al mismo tiempo estableció que Egotur no actuó por cuenta y riesgo del principal -siendo ese uno de los principales elementos de la agencia comercial como lo reconoce la ley y la jurisprudencia-.

Por otro lado, la Sentencia fundó la condena en la existencia de un supuesto abuso de posición dominante de Aires sobre el cual no existe ni una sola prueba en el expediente. El análisis jurídico de la Sentencia en ese punto, adicionalmente, es abiertamente antitécnico, confundiendo el abuso de posición contractual, con el abuso del derecho a litigar y el abuso

de posición dominante en el mercado, sin hacer un estudio juicioso de ninguna de dichas de figuras y, reitero, sin advertir de que la Demandante no cumplió su carga probatoria en lo mas mínimo.

En efecto, la Sentencia apelada, es producto de una decisión que carece de un correcto y suficiente análisis jurídico, fáctico y probatorio. Basta con escucharla para encontrar que la misma se fundó en múltiples conjeturas que muestran un desprecio frente a Aires, sin que se tenga prueba, ni sustento jurídico de ellas. Se afirmó en la Sentencia por ejemplo: “*ese poder dominante o superior propio de la empresa*”, “*su posición privilegiada y por demás dominante*”, “*como suele pasar en muchos casos en este país*”, lo que denota un evidente sesgo respecto a las “empresas grandes” que afectó la Sentencia al punto de imponer una condena completamente carente de sustento.

Lo anterior se cristalizó en un erróneo, escueto e insuficiente examen probatorio que conllevó a otorgar a Egotur unos derechos económicos que nunca estuvieron en su cabeza, desconociendo las normas aplicables, dos contratos suscritos por las Partes y permitiendo a Egotur beneficiarse de propia culpa y mala fe.

La Sentencia, además, condenó a Aires sin si quiera analizar la totalidad de las excepciones presentadas. La única excepción que escuetamente pretendió analizar la Sentencia fue la de cosa juzgada al existir un contrato de transacción entre las partes que cobija las pretensiones de Egotur. Para descartar esa excepción, la Sentencia opto por desconocer la literalidad y alcance del contrato de transacción y crear requisitos no previstos en la ley, los cuales el Honorable Tribunal encontrará que carecen de sustento jurídico.

Por estos y los demás argumentos que pasan a desarrollarse, el Honorable Tribunal deberá revocar la Sentencia y, en su lugar, declarar no probadas las pretensiones de Egotur y probadas las excepciones de mérito formuladas por Aires, lo que hacen improcedente el reconocimiento de cualquier valor económico a Egotur.

III. OPORTUNIDAD DEL PRESENTE ESCRITO

El Artículo 14 del Decreto 806 de 2020 establece: “*[e]jecutoriado el auto que admite el recurso o el que niega la solicitud de pruebas, el apelante deberá sustentar el recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes*”.

Mediante auto del 4 de junio de 2021, notificado por estado del 9 de junio de 2021, el Honorable Tribunal admitió el recurso de apelación formulado por Aires en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado 34 Civil del Circuito de Bogotá en audiencia del 5 de abril de 2021. El auto admisorio del recurso de apelación quedó ejecutoriado el 15 de junio de 2021 y, por lo tanto, hoy 22 de junio de 2021, estando dentro del término de los cinco días siguientes, presento oportunamente la sustentación al recurso de apelación interpuesto por Aires.

Sin perjuicio de lo anterior, en el evento en que el Honorable Tribunal profiera un auto posterior para conceder el término legal de 5 días para sustentar el recurso de apelación, respetuosamente Aires se reserva el derecho de complementar y presentar la sustentación de la apelación en dicha oportunidad.

IV. DEFINICIONES

En el presente escrito se utilizarán las siguientes definiciones:

Aires o Demandada

Es la Sociedad AEROVÍAS DE INTEGRACIÓN REGIONAL S.A. identificada con el NIT 890704196-6.

La Sociedad también usa las siglas AIRES S A Y/O LATAM AIRLINES COLOMBIA S.A Y/O LATAM AIRLINES COLOMBIA Y/O LAN COLOMBIA AIRLINES S A Y/O LAN COLOMBIA AIRLINES.

Contrato o Contrato de Agencia y Mandato

Es el Contrato de Agencia y Mandato Mercantil suscrito el 17 de enero de 2003 entre Aires y Egotur y el cual terminó el 8 de julio de 2012.

Contrato de Transacción

Es el Contrato suscrito entre Aires y Egotur el 17 de enero de 2013, a través del cual las Partes transigieron y terminaron todas las controversias que tuviesen relación, directa e indirecta, con el Contrato de Agencia Mercantil y Mandato o de cualquier relación

comercial que hubiere podido existir entre las Partes.

Egotur o Demandante

Es la sociedad EGOTUR LIMITADA identificada con el NIT 811015172-6.

Juzgado 34

Juzgado 34 Civil del Circuito de Bogotá.

Partes

Se refiere a la Demandante y la Demandada conjuntamente.

Tarifa Administrativa

Es la Tarifa Administrativa que creó la Aeronáutica Civil a través de la Resolución 03596 de 2006.

Sentencia

Es la Sentencia de Primera Instancia proferida por el Juzgado 34 Civil del Circuito de Bogotá el 5 de abril de 2021.

V. CONTEXTO FÁCTICO DEL PROCESO

1. El 3 de julio de 2003 se celebró un Contrato de Agencia y Mandato Mercantil entre Aires y Egotur. Ese contrato revistió, entre otras, las siguientes características:
 - De acuerdo con la cláusula primera, el objeto del Contrato era el encargo que Aires le hizo a Egotur de, entre otros, promover y vender servicios de transporte aéreo de pasajeros y carga, en favor de Aires, desde Apartadó, que, como mandatario, Egotur cobrara la cartera e hiciera pagos por cuenta de Aires y ejecutara, otros mandatos específicos que Aires le encomiende.
 - La remuneración a Egotur bajo del Contrato era: una comisión del 7,33% sobre el valor de los tiquetes y carga y exajes (excesos de equipajes), descontado diariamente.
 - Dicho valor incluía el descuento de un 0,67% a título de depósito para amortizar cesantía comercial e indemnización si era necesario pagarla al

terminar el Contrato. Pese a que el Contrato terminó bajo sus propios términos y sin reclamaciones, ese depósito nunca se devolvió.

2. El 1 de septiembre de 2006, la Aeronáutica Civil expidió la Resolución 03596 del 2006, la cual:
 - Se emitió por las dificultades que estaban afrontando las agencias de viajes.
 - Facultaba la disminución progresiva de las comisiones que pagaban aerolíneas a agencias de viaje; establece un porcentaje mínimo de comisión.
 - Estableció una Tarifa Administrativa por la expedición de tiquetes en canales asistidos que percibirían exclusivamente las agencias de viajes que actuaban en tal calidad y las aerolíneas conforme lo especificaban sus artículos Séptimo -modificado por la Resolución 4360 de 2007- y Décimo Primero¹.
3. El 8 de julio de 2012 se terminó el Contrato de Agencia y Mandato. Aproximadamente seis meses después, el 17 de enero de 2013, las Partes suscribieron el Contrato de Transacción que cubrió y terminó todas las controversias sobre todas las prestaciones directas o indirectas en relación con el Contrato de Agencia Mercantil y Mandato o de cualquier relación comercial que hubieran podido tener las partes.
4. Conforme a lo anterior, durante todo el proceso fue claro que no existió controversia entre las Partes respecto a que el contrato que enmarcó la relación comercial entre Egotur y Latam fue el Contrato de Agencia Mercantil y Mandato. Así lo establecieron en el Contrato de Transacción y así lo señaló Egotur en su demanda.
5. Durante la ejecución y terminación del Contrato de Agencia y Mandato y la posterior suscripción del Contrato de Transacción, y, en general, durante casi diez años, las Partes, ambas sociedades comerciales legalmente constituidas, profesionales y conecedoras de

¹ “Artículo 7°. A partir de la fecha en que entre en vigencia la presente resolución **las aerolíneas, las agencias de viaje y la IATA** (para las ventas que sean procesadas a través del Billing and Settlement Plan (BSP), deberán presentar un reporte mensual sobre la aplicación de la tarifa administrativa y el pago de comisiones a que se refiere la presente resolución, el cual deberá ser radicado en la Oficina de Transporte Aéreo de la Aeronáutica Civil a más tardar el día 30 del mes siguiente al de la fecha del recaudo correspondiente.

Dicho informe deberá especificar:

-- Nombre de la aerolínea o agencia de viajes

-- Periodo de reporte

-- Número de tiquetes y documentos procesados, discriminando separadamente nacionales e internacionales y especificando los trayectos de ida (One Way) o ida y vuelta (Round Trip) (...).”

“Artículo 11°. El impacto económico tanto para **Agencias de Viajes como para Aerolíneas**, derivado de la aplicación de la presente Resolución, será objeto de revisión en las siguientes fechas (...).”

[Énfasis añadido]

la industria a la cual pertenecen, no tuvieron desacuerdo alguno respecto a la naturaleza de su relación contractual y a la forma en la cual entró a regir un nuevo componente de la tarifa de los tiquetes aéreos: la Tarifa Administrativa. Fue claro para ambas partes que la Tarifa Administrativa surgió como un cobro “*por expedición de tiquetes*”, tal como la misma Resolución 3596 lo manifiesta en su encabezado, y que en el marco del Contrato de Agencia y Mandato, Egotur fungía como un enlace de Aires que era la empresa encargada de la expedición a través de su propio sistema, con su NIT y asumiendo los riesgos y cargas relativas a esa expedición, tal como el IVA aplicable.

6. Para sorpresa de Aires, un año después de que las acciones frente al Contrato de Agencia y Mandato -que se cumplió a cabalidad y así quedó demostrado- prescribieron, es decir en el año 2017, Egotur inició un proceso judicial buscando revivir un Contrato que además de tener una cláusula arbitral, había sido objeto de transacción. El fundamento de la Demanda fue pretender un cobro que nunca se hizo y que en todo caso se transigió con efectos de cosa juzgada en el Contrato de Transacción. Por consiguiente, la Sentencia desconoció y pasó por encima de la realidad de los hechos, pruebas y normas aplicables cuando concedió las pretensiones de Egotur.

VI. RESUMEN DE LA SENTENCIA

7. En la Sentencia, a partir de contradicciones, conclusiones carentes de evidencia e indebidas valoraciones probatorias, el Juzgado 34 condenó a Aires a pagar a Egotur cuantiosos valores por la Tarifa Administrativa, sin que exista soporte jurídico o fáctico alguno que sustente dicha decisión. Pretendiendo sustentar su decisión, el Juzgado 34 dividió su análisis en 4 partes, así: (i) Análisis preliminar de la relación contractual entre las partes. (ii) Génesis de la reclamación pretendida. (iii) Evaluación de la excepción de cosa juzgada. (iv) Concepto y Sujeto Activo de la Tarifa Administrativa. (v) Análisis sobre el abuso del derecho y procedencia de las pretensiones.
8. En el análisis preliminar se declaró -y así se reconoció en la parte resolutive- que entre las Partes existió un Contrato de Agencia y Mandato Mercantil que efectivamente se ejecutó como tal, actuado Egotur como agente comercial de Aires. En esto están de acuerdo las partes e incluso fue claro para el Juzgado 34. Al respecto, estableció la Sentencia “*el objeto del contrato de agencia mandato Mercantil suscrito en julio de 2003 consistían a grandes rasgos, por un lado en que la sociedad Aires encargó a la sociedad EGOTOUR, la responsabilidad de promover y vender el servicio de transporte aéreo de pasajeros y carga y demás servicios prestados por Aires en las rutas que tiene asignadas, cobrar cartera que quedan pagos por cuenta de Aires y cumplir las demás instrucciones que por escrito le sean indicadas*”

9. Para declarar lo anterior, la Sentencia citó jurisprudencia sobre este tipo contractual, e hizo énfasis en que las ventas producto de este Contrato fueron superiores a los nueve mil millones de pesos, como si ese hecho por se condenara a Aires, cuando simplemente es un elemento más que caracteriza el tipo de contrato pactado. Omite la Sentencia, por el contrario, hacer el cálculo de cuánto dinero percibió Egotur, en su calidad de agente comercial, precisamente por la remuneración que a través del pago de comisiones le pagó Aires a Egotur por esas ventas durante la extensa relación comercial.
10. Lo descrito en la sección en mención, se tornó completamente contradictorio con el análisis mediante el cual posteriormente se terminó condenando a Aires. En efecto, en contradicción con el análisis inicial de la Sentencia, el Juzgado 34, sin prueba alguna que lo sustente, luego concluyó que (i) Egotur supuestamente vendía directamente o por cuenta propia y (ii) el Contrato de Transacción celebrado por las partes no cubriría la presente disputa. Resulta completamente contradictorio que se declare que Aires contrató a Egotur para “promover y vender” sus servicios en determinado territorio y que simultáneamente se alegue para pretender justificar el reclamo sobre la Tarifa Administrativa que Egotur vendió directamente tiquetes y servicios de transporte aéreo. No solo se contradice el Juzgado 34, sino que, al no existir, no logra citar una sola prueba contundente y válida sobre la supuestas “ventas directas” que habría realizado Egotur. En efecto, Egotur no aportó una sola factura expedida con su propio NIT que así lo sustente, tampoco logró explicar por qué si realizaba supuestas ventas directas entonces Aires le reconocía una comisión sobre las ventas que, en efecto, eran hechas por Aires.
11. Asimismo, es inaceptable que se diga que las partes rigieron su relación comercial a través de un contrato de agencia comercial respecto del cual se suscribió un contrato de transacción con efectos de cosa juzgada, pero, posteriormente se desconozcan dichos efectos cuando la Tarifa Administrativa reclamada tendría origen en esa misma relación contractual. Razones todas estas para revocar la Sentencia.
12. En lo que denomina el Juzgado 34 la “génesis de la reclamación” se evidencian igualmente un sinnúmero de contradicciones que denotan la falta de rigurosidad y apego al ordenamiento jurídico que afectan la Sentencia. En dicha sección la Sentencia analiza equivocadamente las normas generales del contrato de mandato -Artículos 1262 y 1263 del Código Civil- y argumenta que siendo la Tarifa Administrativa sobreviniente a la celebración del Contrato de Agencia y Mandato la reclamación de Egotur se trataría de un asunto extracontractual. Concluye que la Sentencia que, al no preverse desde un inicio la existencia de la Tarifa Administrativa, entonces no pudo haberse incluido, por su ejecución y acuerdos posteriores de las partes, en el Contrato de Agencia y Mandato.
13. Contrario a lo establecido en la Sentencia, el cambio normativo que dio lugar a la Tarifa Administrativa fue atendido y aplicado en la práctica por las partes en ejecución del

Contrato de Agencia y Mandato Mercantil. Así lo reconoce la misma parte demandante en su demanda, por lo que al concluir la Sentencia que ello es un asunto ajeno a la relación contractual que vinculó a las partes, desconoce completamente las normas de interpretación de los contratos y los principios de buena fe y actos propios, así como la verdadera naturaleza de contrato de agencia comercial, previamente declarada. La Sentencia asume que todo lo que no fue expresamente regulado por las partes debe ser considerado “fuera del contrato” así la práctica, las normas y la jurisprudencia indiquen lo contrario. Incluso, así sea la misma Egotur haya confesado actuar por instrucciones de Aires, sin haberlas nunca rebatido y habiéndolas atendido por años.

14. La evaluación de la excepción de cosa juzgada y transacción en la Sentencia es aún más ligera que lo anteriormente mencionado. Empieza la Sentencia indicando que esta fue la única excepción alegada, cuando en realidad, en los alegatos de conclusión se explicó cómo otras excepciones quedaron probadas, debiendo, por ley, el Juzgado 34 estudiarlas y declararlas. Inmediatamente después dice que inspeccionó el Contrato de Transacción y que éste no se puede aplicar respecto a la Tarifa Administrativa sin detenerse a analizar el objeto del mismo, el alcance de las renunciaciones allí contenidas e ignorando que la parte Demandada jamás alegó ni solicitó la nulidad o ineficacia del contrato.
15. Para desvirtuar los efectos y alcances del Contrato de Transacción la Sentencia recurrió a crear requisitos no establecidos en la ley y la jurisprudencia. Contrariando la literalidad del mismo, la Sentencia adujo que el Contrato de Transacción es “*general y poco detallado*” y que al no incluir expresamente la expresión “Tarifa Administrativa”, entonces la misma no estaría cubierta por las renunciaciones, desistimientos y efectos de cosa juzgada de la transacción que cubren todo tipo de pagos, remuneraciones y conceptos relacionados o no con el Contrato de Agencia y Mandato Mercantil. Añadió la Sentencia que los contratantes no previeron incluir la Tarifa Administrativa, y que Egotur no habría renunciado a la misma, basando tal conclusión exclusivamente en el interrogatorio de parte de la misma representante legal de Egotur. Cierra el ilógico análisis con la siguiente frase: “*El contrato de transacción invocado por ser extrajudicial y por no haber existido proceso judicial con anterioridad entre los intervinientes no había sido sometido a consideración de un juez de la república*”. Es decir, la Sentencia crea un nuevo requisito para que los contratos de transacción sean válidos: la aprobación de estos por parte de un juez de la república. Sobra decir que todo este análisis es completamente incorrecto y reprochable.
16. Como si lo anterior no fuera lo suficientemente carente de sustento, la Sentencia estableció que en los contratos de transacción no se podría usar un formato, ni tampoco renunciar a conceptos o valores de origen legal. Según el Juzgado 34 sólo sería posible renunciar mediante un contrato de transacción a conceptos o pagos de origen exclusivamente contractuales. Nada más alejado de la ley y de la jurisprudencia. La

conclusión de la Sentencia equivale a afirmar que la responsabilidad extracontractual sería intransigible. Este análisis es completamente inaceptable y termina soslayando la voluntad de las partes consignada literalmente en el Contrato de Transacción, y que era terminar, cerrar y desistir de cualquier reclamación pasada, presente o futura relacionada o no con la relación de agencia comercial que sostuvieron durante varios años.

17. Continúa la Sentencia con el análisis de la Tarifa Administrativa. Al respecto, concluye que la Tarifa Administrativa le pertenece a quién realiza la venta directa de los tiquetes para el servicio de transporte aéreo. Inobservando las características propias del Contrato de Agencia y Mandato y la forma como Aires y Egotur lo ejecutaron, la Sentencia declaró que Egotur habría realizado ventas directas de tiquetes aéreos simplemente porque, en su rol de agente comercial, Egotur tenía contacto con la clientela. No obstante, como se ha dicho no hay una sola prueba que demuestre esa supuesta venta directa, por el contrario, en el mismo dictamen pericial presentado por Egotur se echa de menos facturas que soporten tales ventas. Tales facturas no existen, pues quién emitía las mismas y realizaba las ventas era Aires. La conclusión de que Egotur realizaba la venta directa no solo carece de prueba, sino que es completamente contradictoria con los elementos propios del Contrato de Agencia y Mandato destacados en la parte inicial de la Sentencia.
18. Dicha conclusión además de incorrecta es contraevidente al hecho de que en un contrato de agencia el agente obra por cuenta y riesgo del principal y, como en este caso, precisamente percibe una comisión, sin asumir el riesgo de cartera o las cargas que asume el principal. Si Egotur realizaba ventas directas ¿para qué Aires lo contrataba y, además, le remuneraba su rol como agente comercial? La Sentencia ni si quiera se tomó el trabajo de analizar o incluir los múltiples argumentos presentados por Aires que desvirtúan completamente ese análisis y demuestran que fue Aires quién expidió directamente los tiquetes, con su código IATA, a través de su propia plataforma de expedición, asumiendo todos los impuestos sobre tales ventas y generando las facturas y tiquetes con su propio NIT.
19. Finalmente, culmina la sentencia con un deficiente e injustificado análisis de la figura del abuso del derecho. Inicia esa sección de la Sentencia con una cita del abuso del derecho a litigar, cuestión que nunca fue reclamada o discutida en el proceso y que, de existir recae es en Egotur por demandar a Aires solicitando pagos a los que no tiene derecho y a los que, en todo caso, renunció en el Contrato de Transacción. Este punto de la Sentencia se pretende justificar, además, en jurisprudencia completamente ajena y lejana al caso que nos ocupa, tal como, casos de compraventa de vivienda de interés social y abuso de posición dominante en el mercado (institución jurídica completamente diferente al supuesto abuso de posición contractual).

20. Al respecto, cabe destacar el desconocimiento de las figuras de abuso de posición dominante -de origen extracontractual y violatoria del derecho a la libre competencia- y la declaratoria y efectos de que una parte tenga una posición de dominio en un contrato, caso que nunca ocurrió en los hechos debatidos en el proceso. Ya hacia el final sin prueba alguna se declara que (i) Aires tenía una posición dominante, y (ii) abusó de esa posición. Esa declaración se sustenta en frases carentes de toda prueba en las que el Juzgado 34 se refiere a Aires como “*simplemente impositiva*” “*no se abrió ningún espacio para el diálogo*”, “*la agente confío en la buena fe, rectitud y ética*”. No obstante, no se cita una sola prueba diferente a las respuestas de la misma demandante.

VII. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

21. Sin existir prueba alguna que lo fundamente, el Juzgado 34 reconoció a favor de Egotur unos derechos económicos a los que esta no tiene derecho, y cuyas correlativas cargas tributarias nunca fueron asumidas, desconociendo las normas aplicables y la realidad contractual de la relación comercial ejecutada por las partes, incluso cuando las pruebas documentales, interrogatorios de parte, testimonios, declaración de parte, dictamen pericial y demás medios probatorios demuestran lo contrario: que Egotur nunca tuvo, ni tiene hoy, derecho a percibir la Tarifa Administrativa prevista en la Resolución 3506 de la Aeronáutica Civil.
22. Por consiguiente, la Sentencia erró al declarar procedentes las pretensiones principales de la Demanda y al condenar a Aires sin fundamento jurídico, ni probatorio y con base en meras hipótesis que, además de ilógicas, nunca fueron alegadas, ni probadas por la Demandante, como se explica a continuación.

A. Desconociendo el Contrato de Agencia y Mandato Mercantil, la ley y la jurisprudencia en la materia, así como la ejecución de la relación comercial, la Sentencia analizó incorrectamente las implicaciones que frente a la tarifa administrativa reclamada tuvo la existencia de una relación de agencia comercial entre las partes.

1. La Sentencia desconoció lo pactado por las Partes en el Contrato de Agencia y Mandato Mercantil y la forma como estas ejecutaron dicha relación

23. La Sentencia nunca analizó el objeto del Contrato de Agencia y Mandato, sus cláusulas y mucho menos su ejecución práctica. No revisó cuáles fueron las características que diferenciaban un agente comercial de un mero mandatario o de un agente de viajes, tema desarrollado a fondo más adelante. Tampoco se refirió tan si quiera una sola vez a las

repercusiones jurídicas, económicas y fácticas que para este caso concreto reviste que Egotur haya tenido la calidad de agente comercial de Aires.

24. Este es un caso atípico en el cual la parte principal se defiende afirmando que en realidad existió un contrato de agencia comercial y que por consiguiente debe ser respetado. Mientras que el agente, luego de obtener todos sus beneficios económicos busca salirse de ese esquema contractual con argumentos erróneos y aceptados en la Sentencia.
25. Puntualmente, una de las contradicciones y errores más graves de la Sentencia fue el declarar, por una parte, que *“el objeto contractual contenido en el instrumento denominado “Contrato de Mandato y Agencia Mercantil” suscrito entre los acá intervinientes fue cumplido”*, y al mismo tiempo establecer que el agente comercial *“sí vendió de forma directa los tiquetes aéreos ofertados por Latam”*, incurriendo en la contradicción de desconocer que, en este caso, Egotur, en el marco de una típica relación de agencia comercial² ejecutó actividades comerciales por cuenta y riesgo de Aires, el principal o agenciado,. Por el contrario, la Sentencia asumió sin prueba alguna que, si bien la naturaleza del contrato era una agencia comercial, que se ejecutó y cumplió como tal, cabalmente, al mismo tiempo uno de los elementos principales del contrato de agencia comercial: actuar en beneficio del principal, no se cristalizó en la práctica porque el agente asumió riesgos y actividades directas como lo es la venta.
26. Sobre este elemento de la agencia comercial, que es propio y característico de dicho tipo de relaciones contractuales, la Corte Suprema de Justicia ha indicado: *“como la actividad se ejecuta en favor de quien confiere el encargo, **actuando el agente por cuenta ajena**, recibe en contraprestación una remuneración dependiendo, en principio, de los negocios celebrados.”* y *“**los efectos económicos de esa gestión repercuten directamente en el patrimonio del agenciado**, viéndose favorecido o afectado por los resultados”*³.
27. Junto a lo anterior, la Corte Suprema también ha sido consistente, enfática y reiterativa al señalar como elementos del contrato de agencia comercial:

“a) la actividad se ejecuta en favor de quien confiere el encargo, actuando el agente por cuenta ajena, recibe en contraprestación una remuneración dependiendo, en principio, de los negocios celebrados. b) Que los efectos económicos de esa gestión repercuten directamente en el patrimonio del agenciado, viéndose favorecido o afectado por los resultados que arroje; además de que la clientela pasa a ser suya, pues, la labor es de enlace únicamente. c) Que existe independencia y autonomía del

² Ver artículos 1317 y Ss. del Código de Comercio.

³ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 21 de julio de 2020, Exp. 2010-00450-01 M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

agente, por ser ajeno a la estructura organizacional del empresario, sin que ello impida que éste le imparta ciertas instrucciones para el cumplimiento de la labor encomendada, al tenor del artículo 1321 ibídem. d) Que tiene un ánimo de estabilidad o permanencia, en la medida que se refiere a la promoción continua del negocio del agenciado y no a un asunto en particular, lo que excluye de entrada los encargos esporádicos y ocasionales⁴”. (Énfasis añadido)

28. Esa distribución del riesgo en la agencia comercial significa que en la relación con Egotur, los ingresos, las pérdidas o ganancias e incluso las tarifas percibidas por la actividad de expedir tiquetes a nombre de Aires, repercutían únicamente en el patrimonio de Aires. A cambio, Egotur recibía una correspondiente comisión del 7,33% sobre el dinero recaudado por cuenta y en nombre de Aires. En esa medida los recursos que Egotur recibía de terceros en el marco de la relación comercial, incluyendo los pagos por la Tarifa Administrativa, no eran recursos que ingresaran o correspondieran al patrimonio de Egotur pues esta tan solo los recibía momentáneamente, por cuenta de Aires, para posteriormente transferírselos.
29. Es importante mencionar también que en el Contrato de Agencia y Mandato Egotur se estableció: *“Objeto (...) 4) (...) Parágrafo.- **Se considera como parte integrante del presente Contrato, las instrucciones, reglamentaciones, tarifas e itinerarios que publica y distribuye AIREs, sobre tarifas y normas comerciales dentro del ramo del transporte aéreo (...), todo lo cual La Agencia declara conocer, acatar y aceptar, especialmente las referentes a manejo de tiquetes”.**”* (Énfasis añadido).
30. Así las cosas, la Sentencia ignoró y pretendió alterar esa realidad contractual, poniendo en cabeza de Egotur los beneficios económicos que le correspondían a Aires en virtud, no solo del mandado expreso de la Resolución 3596 como ya explicaremos, sino también de la estructura de distribución del riesgo propia del contrato de agencia comercial. Tal modificación va absolutamente en contra del contrato y la intención que tuvieron las partes al pactarlo y que reflejaron con claridad al ejecutarlo.
31. En efecto, en el proceso se acreditó cómo, Egotur, actuó siempre como un agente comercial, por cuenta y riesgo de Aires, al demostrarse la manera como en la práctica actuó Egotur durante muchos años que evidencian los diferentes elementos de la agencia comercial:

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación, Sentencia de fecha 9 de mayo de 2017, Magistrada Ponente Margarita Cabello Blanco, página 55

- **Promoción o explotación del negocio de Aires (art. 1317 del Código de Comercio – Cláusula Primera del Contrato):**

- Egotur realizaba actividades intrínsecamente ligadas con el negocio de Aires y necesarias para el transporte de pasajeros y carga de Apartadó a otros destinos. Tal como lo estableció el Contrato de Agencia y Mandato, Egotur era un mandatario de ciertas actividades que requería Aires y su laborar redundaba en beneficio de Aires, como queda evidente a continuación:

contrato de agencia mercantil y mandato comercial el cual se denominará LA AGENCIA, hemos celebrado el PRIMERA. - OBJETO. - El objeto del presente contrato es: 1) El encargo que AIRES le confía a LA AGENCIA de promover y vender el servicio de transporte aéreo de pasajeros y carga y demás servicios que presta AIRES en las rutas que tiene asignadas. 2) El que LA AGENCIA como mandataria, cobre cartería y haga pagos por cuenta de AIRES, y ejecute otros mandatos específicos que AIRES le encomiende por escrito. Es entendido y aceptado...

- Junto a lo anterior, los testigos fueron unánimes al indicar que los empleados de Egotur portaban indumentaria publicitaria suministrada por Aires tales como uniformes. También contaban con material físico publicitario diseñado por Aires y usaban la marca y el logo de la aerolínea. A continuación, algunas transcripciones sobre el tema de lo indicado por los testigos:
 - “Nosotros teníamos uniforme de aerolíneas”; “Las aerolíneas nos suministraba indumentaria, uniformes”⁵
 - “Nosotros vendíamos distintos tiquetes, pero si se iba a ser una visita comercial para ofrecer los servicios de Latam, se usaban los uniformes de Latam”⁶
 - “Si me requerían en el aeropuerto, yo personalmente me ponía el uniforme de LAN”⁷
 - “[Egotur] Hace uso de la marca para hacer la comercialización. Es una representación. [Egotur estaba] como representante.”⁸
- **Esa promoción o explotación del negocio de Aires se hacía de forma independiente: (art. 1317 del Código de Comercio – Cláusula Séptima, Décimo Cuarta, entre otras del Contrato)** Egotur actuaba de forma independiente al ser una persona jurídica diferente que percibía utilidades por sus servicios.

⁵ Audiencia del 17 de febrero de 2021 ante el Juzgado 34 Civil del Circuito, declaración testimonial de Jorge Alexander Gómez.

⁶ Audiencia del 17 de febrero de 2021 ante el Juzgado 34 Civil del Circuito, declaración testimonial de Jorge Alexander Gómez.

⁷ Audiencia del 17 de febrero de 2021 ante el Juzgado 34 Civil del Circuito, declaración testimonial de Pilar Karina Córdoba.

⁸ Audiencia del 17 de febrero de 2021 ante el Juzgado 34 Civil del Circuito, declaración testimonial de Joaquín Burgos

SEPTIMA. - RESPONSABILIDAD. - Los negocios o las ofertas que realice LA AGENCIA en contravención a las estipulaciones consagradas en el presente contrato y a las instrucciones y reglamentaciones hechas por AIRES serán de la exclusiva responsabilidad de LA AGENCIA, lo mismo que los errores u omisiones en que incurriere bien directa o indirectamente y deberá reembolsar en forma inmediata cualquier suma que AIRES tenga que pagar por estos conceptos. Para este efecto, AIRES hará las notas de cargo, las cuales deberá descontar LA AGENCIA de las sumas a su favor por concepto de remuneración establecidas en la cláusula anterior. **OCTAVA. - DURACION.** - El término de duración del

- *Egotur percibía de parte de Aires una remuneración por sus gestiones como agente comercial consistente en una comisión y la cesantía comercial (art. 1322 del Código de Comercio – Cláusula Sexta del Contrato):* Se pactó y Aires pago una comisión del 7,33% sobre el valor de los tiquetes y carga y exajes (excesos de equipajes) y, como lo muestra el mismo dictamen pericial aportado por la Demandante, sobre el mismo recaudo de la Tarifa Administrativa. Fue tan clara la naturaleza de esa remuneración, que el testigo Jorge Gómez, 15 años después de haberse retirado de Egotur, recordaba que en el marco del Contrato “había una comisión como remuneración” que “se calculaba sobre las ventas” y “en el reporte había una cesantía comercial”.

SEXTA. - REMUNERACION. - AIRES reconocerá a LA AGENCIA como contraprestación y a título de total y única remuneración por LA AGENCIA, los depósitos y los mandatos; el Siete punto Treinta y Tres por cien (7.33%) sobre el valor de las ventas de tiquetes, carga y exajes en la oficina centro y aeropuerto. Ese porcentaje será deducido diariamente por LA AGENCIA de las sumas a su favor

- *Vocación de duración (art. 1317 del Código de Comercio – Cláusulas Octava, Novena y Décima del Contrato):* El Contrato tenía un término definido de duración de un año y se preveía su sucesiva renovación.

por concepto de remuneración establecidas en la cláusula anterior. **OCTAVA. - DURACION.** - El término de duración del presente contrato es el de un (1) año contado a partir de la legalización entre las partes y se entenderá renovado por períodos iguales a menos que alguna de las partes manifieste su intención de darlo por terminado antes del vencimiento del término pactado o antes del vencimiento de una de las prorrogas. Cualquiera de las partes se reserva el derecho de darlo por terminado en cualquier tiempo, dando aviso escrito con una antelación no inferior a un (1) mes. **NOVENA - TERMINACION DEL CONTRATO.** - El

- *Actividades realizadas por cuenta y riesgo de Aires (art. 1322 del Código de Comercio – Cláusula Sexta del Contrato):* Cobro de valor de tiquete incluyendo dentro del mismo el cobro de Tarifa Administrativa o cualquier otra componente de la tarifa. Así, Egotur descontaba la comisión y giraba los demás recursos recibidos a Aires:

SEXTA. - REMUNERACION. - AIRES reconocerá a LA AGENCIA como contraprestación y a título de total y única remuneración por LA AGENCIA, los depósitos y los mandatos; el Siete punto Treinta y Tres por cien (7.33%) sobre el valor de las ventas de tiquetes, carga y exajes en la oficina centro y aeropuerto. Ese porcentaje será deducido diariamente por LA AGENCIA del valor de las consignaciones a que hace referencia la cláusula anterior. Igualmente LA AGENCIA retendrá de dichos valores las sumas de dinero a que hace referencia la cláusula décima primera del presente contrato, dineros estos que serán mantenidos por LA AGENCIA a título de depósito para los efectos indicados en dicha cláusula décima primera. Fuera de las sumas antes indicadas, LA AGENCIA no podrá retener ninguna suma de dinero recibida por concepto de ventas realizadas en desarrollo del presente contrato y en caso de que lo haga, no solo incurrirá en la sanción por mora detallada en la cláusula anterior, sino que también responderá de conformidad con las normas que regulan el contrato de depósito. LA AGENCIA expresamente renuncia al derecho de retención sobre bienes o dineros propiedad de AIRES a cualquier título. PARAGRAFO PRIMERO DEVOLUCIONES.- Si después de haber sido reportada una venta por LA AGENCIA y, por lo tanto ésta ya ha recibido la remuneración correspondiente y además ha hecho retención con destino a lo estipulado en la cláusula décima primera, por cualquier causa se tuviese que devolver al presunto usuario del servicio de transporte el dinero, en el siguiente pago debe hacer la respectiva consignación, LA AGENCIA, deberá hacer las complementaciones necesarias, de tal manera que reintegre a AIRES lo recibido por concepto de remuneración por la venta cancelada y reintegre los dineros recibidos a título de depósito. Si en el siguiente pago no se alcanzare a efectuar la totalidad de la compensación, deberá completarse en el ó en los siguientes pagos. PARAGRAFO SEGUNDO. - Si la devolución de un tiquete vendido obedece única y exclusivamente a la cancelación de la operación del vuelo correspondiente, el monto de la comisión de LA AGENCIA se reconocerá al cincuenta por ciento (50%), caso en el cual, se hará la compensación correspondiente conforme a lo establecido en el parágrafo primero anterior.

AV. EL DORADO ENTRADA 1 CENTRO ADMINISTRATIVO AIRES • PBX: 294 03 30

32. La naturaleza de la relación hacía que riesgos de cartera, pago, y pago de obligaciones legales o tributarias derivadas de las ventas no se transmitieran a Egotur, sino que los asumiera Aires directamente.
33. En efecto, el mismo dictamen aportado por la Demandante muestra como los únicos impuestos sobre las ventas e incluso sobre la Tarifa Administrativa misma fueron siempre asumidos por Aires. El único concepto por el cual Egotur asumió impuestos respecto de su relación comercial con Aires, fue sobre los valores recibidos a título de comisión pagada por Aires. ¿Si esto no demuestra que la gestión comercial que realizaba Egotur era por cuenta y riesgo de Aires, qué más podría probarlo? Por lo anterior, erró la sentencia en su análisis de la relación comercial y al desconocer que los derechos de creación legal como la Tarifa Administrativa los obtenía y le corresponden a Aires.
34. Junto a lo anterior es importante mencionar que la Resolución 3596 de 2006 además de crear la Tarifa Administrativa, reguló la comisión a pagarse a las agencias de viaje. Esa comisión disminuyó del 2006 al 2009 del 8% al 1%. Sin embargo, Egotur nunca se vio afectado en este sentido pues, precisamente la voluntad y entendimiento de las Partes siempre fue que la relación comercial era una de agencia comercial y no de agencia de viajes. Así, la comisión de Egotur como agente comercial siempre se mantuvo en el

7.33% desde el inicio y hasta el final del Contrato, se respetó y se pagó por Aires. Estos hechos, completamente ignorados por la Sentencia, desdibujan el trato dado a las agencias de viajes y corrobora la agencia comercial que existió.

35. Tal realidad se probó en múltiples declaraciones que no fueron tenidas en cuenta en la Sentencia, tales como:

- **La Declaración de Parte de Erika Zarante en audiencia del 16 de febrero de 2021:** *“Ellos nunca fueron obligados tributarios ni responsables de cara a una entidad como la Aeronáutica Civil, percibieron comisión incluso por tarifa administrativa; toda obligación o riesgo lo asumió Aires tal como lo establece la normatividad”; “nunca se le disminuyó su remuneración como se le disminuyó a las agencias de viajes en ese momento”.*
- **El testimonio de Joaquín Burgos en audiencia del 17 de febrero de 2021:** *“Egotur representó a Aires en Apartadó en calidad de agente comercial, de mandatario, bajo las condiciones del contrato que regía a las partes y no bajo otros requisitos que exigía la Aeronáutica Civil”.*
- **El testimonio de Jorge Gómez en audiencia del 17 de febrero de 2021:** *“había una comisión como remuneración sobre las ventas que hacíamos”.*

36. No obstante todo lo expuesto, la Sentencia prefirió crear argumentos que favorecieran a Egotur, desconociendo convenientemente la realidad de lo probado y dejando de analizar cómo se dio en la práctica la ejecución contractual.

2. La Sentencia desconoció las normas aplicables al Contrato de Agencia e interpretó erradamente las normas aplicables al Mandato

37. Pese a que en el Capítulo I de la Sentencia denominado “Análisis Preliminar”, se reconoció que la relación que existió entre las partes desde el 30 de julio de 2003 hasta el 8 de julio de 2012 fue el Contrato de Mandato y Agencia, posteriormente en el Capítulo de la Sentencia, denominado “Génesis de la Reclamación”, se cita, sin analizar a profundidad o tan si quiera sucintamente, las normas del Contrato de Mandato, para concluir que el recaudo de la Tarifa Administrativa escapaba del encargo encomendado a Egotur.

38. Indica la Sentencia que *“con fundamento en el artículo 1262 y el inciso primero del artículo 1263 del código de Comercio, en el contrato de mandato deberán indicarse los*

actos para los cuales haya sido conferida tal facultad y aquellos que sean necesarios para su cumplimiento, tal estipulación se torna necesaria en atención de que lo que no se encuentre allí contemplado, escapa de la labor encomendada.” Con base en esa afirmación se estableció que la Tarifa Administrativa no habría sido supuestamente incluida en el “*encargo*” efectuado por Aires a Egotur, al haber surgido dicha tarifa de un hecho posterior al inicio de la relación contractual, sobreviniente y que, en palabras del Juzgado 34, “*escapa de la labor encomendada*”.

39. Todas esas afirmaciones carecen de un raciocinio adecuado y concluyen en una premisa completamente falaz: que el recaudo de la Tarifa Administrativa por parte de Egotur y su transferencia a Aires sería independiente del Contrato de Agencia y Mandato, lo cual, no solo carece de prueba, sino que es contradictorio con otras conclusiones a las que se arribó en la sentencia.
40. Pretendiendo sustentar esta posición, la Sentencia recurre a erradas interpretaciones de las normas previstas en el Código de Comercio para el mandato. Lo anterior supuso un error de interpretación jurídica básico pues, en este proceso, no hubo controversia respecto de que la naturaleza del contrato que rigió a las Partes fue el de una agencia mercantil y el mismo código consagra una regulación especial para el contrato de agencia comercial. La Sentencia desconoció que precisamente los artículos 1324 y 1325 del Código de Comercio definen la agencia comercial como una clase especial de mandato con su regulación propia. También desconoció los Artículos 1317 y 1321 que nunca exigen establecer desde el inicio todos los asuntos encargados, por el contrario, permiten que el empresario instruya al agente según las condiciones del mercado y del negocio.
41. No obstante lo anterior, incluso con base en las normas generales del contrato de mandato, la conclusión de la sentencia es errónea.
42. El Artículo 1263 del Código de Comercio al que hace referencia la Sentencia establece que “[e]l mandato general no comprenderá los actos que excedan del giro ordinario del negocio”. Así, todos los actos que están incluidos dentro del giro ordinario de los negocios de un mandatario, como sería en este caso, el cobro de un componente del precio de los tiquetes ofrecidos por cuenta y riesgo de Aires, efectivamente estarían incluidos en el encargo. Afirmar lo contrario resultaría absurdo, pues en ese caso, presume la Sentencia que Aires habría encargado a Egotur gestiones parciales de recaudo del precio de los tiquetes vendidos por Aires en Apartadó lo cual resultaría completamente ineficiente y, además, no es lo que muestra ni la demanda, ni las pruebas. Nótese que el reclamo mismo de Egotur es el supuesto derecho a ser “reembolsada” en unos valores que por tarifa administrativa recaudó y transfirió a Aires. ¿Qué más prueba de que ese recaudo hacía parte de sus gestiones como agente comercial de Aires?

43. En efecto, dado que el Contrato que dio lugar al proceso fue un contrato de agencia comercial, como lo probó la misma Demandante, Egotur recibió una comisión por sus gestiones como agente, incluyendo una comisión por el recaudo mismo de la Tarifa Administrativa, así como la correspondiente cesantía comercial. La única explicación que tiene que Egotur percibiera una comisión por el recaudo de la Tarifa Administrativa es que precisamente dicha gestión hacía parte de la relación de agencia comercial. La Sentencia desconoció abiertamente esta realidad. Basta con leer los numerales 3) y 4) de la primera cláusula del Contrato de Agencia y Mandato, “Objeto”, para concluir que la Tarifa Administrativa estaba ahí incluida:

... no realizará ninguna actividad destinada a acreditar el nombre comercial y los servicios que presta AIRES en sus propias rutas. 3) LA AGENCIA cumplirá este mandato con estricta sujeción a las instrucciones de AIRES, las cuales se hallan contenidas en las tarifas y condiciones de transporte, ó en instrucciones especiales y en los documentos a que se refiere el párrafo de la presente cláusula, y realizará el encargo como una Empresa comercial autónoma, sin subordinación de ninguna naturaleza, bajo su exclusiva y total responsabilidad y como un acto más de comercio de los que constituyen su objeto social. 4) La venta directa en el aeropuerto y oficinas del centro en Apartadó, de tiquetes, exajes y carga. PARAGRAFO.- Se consideran como parte integrante del presente contrato, las instrucciones, reglamentaciones, tarifas e itinerarios que publica y distribuye AIRES, sobre tarifas y normas comerciales dentro del ramo del transporte aéreo, lo mismo que las cartas en que le formule mandatos específicos, todo lo cual LA AGENCIA declara conocer, acatar y aceptar, especialmente las referentes a manejo de tiquetes y otros títulos de transporte aéreo, tarifas aplicables, descuentos, reembolsos, cartera, reportes periódicos, etc y que AIRES se reserva el derecho de revisar, adicionar, corregir, modificar...

44. La Sentencia debió indicar por qué razón la Tarifa Administrativa se consideró excluida del giro ordinario del negocio celebrado entre Aires y Egotur, pero no lo hizo porque era completamente evidente que sí hacía parte del Contrato de Agencia y Mandato: la Tarifa estaba efectivamente incluida en las gestiones que Egotur desarrolló como agente comercial de Aires. La conclusión de la Sentencia contradice abiertamente el mismo Artículo 1263 que cita como fundamento y las pruebas que obran en el expediente, principalmente el Contrato de Agencia y Mandato que rigió la relación entre las Partes.
45. Esta desnaturalización del Contrato y la búsqueda de cualquier norma que sustente una posición que nunca se alegó es otra clara muestra del análisis parcializado y carente de fundamento probatorio del que adolece la Sentencia.

3. La Sentencia concluyó erradamente que Egotur habría efectuado ventas directas de pasajes aéreos cuando de ello no obra prueba alguna en el expediente y, por el contrario, ello se desvirtuó con base en la

relación bajo el Contrato de Agencia y Mandato Mercantil y lo probado por Aires en el curso del proceso

46. Sea lo primero indicar que la Sentencia asumió que lo importante en este caso era determinar quién había realizado ventas directas de tiquetes aéreos y, sin pruebas que lo sustentaran, concluyó que habría sido Egotur quién las había efectuado.
47. La inadmisibles afirmación de que Egotur realizó las ventas directas, parte de un análisis puramente coloquial que desconoce totalmente los conceptos jurídicos que enmarcan este caso.
48. Para sustentar su sentir, el Juzgado 34 elaboró 8 injustificadas premisas que se mencionan y desvirtúan en la siguiente tabla, y se explican con detalle en las secciones posteriores. Vale la pena destacar que ninguna de esas 8 premisas se construye a partir de pruebas conducentes que obren en el expediente. En efecto, todas se fundan en afirmaciones de la misma representante legal de Egotur y en testigos que dejaron de trabajar en Egotur en el año 2006, año en el cual empezó a regir la Tarifa Administrativa y, por lo cual, sus declaraciones no se relacionan con el periodo de tiempo relevante para este proceso.

Supuesto Sustento de la Sentencia para Afirmar que Egotur Vendió Directamente	Análisis de la Afirmación Frente al Expediente
1. La Representante Legal de Egotur y sus dos testigos indicaron al despacho que Egotur vendió tiquetes de Aires de manera presencial y no mediante plataformas de internet.	El supuesto desconoce la realidad contractual de las partes. Convenientemente se omite en la Sentencia que la venta se hacía en representación y por cuenta y riesgo de Aires y no directamente.
2. Los servicios de transporte de pasajeros eran ofertados de forma directa por Egotur en Apartadó porque Aires no contaba con oficina directa en Apartadó.	Este aspecto es irrelevante para determinar la existencia o no de una venta directa. Una cosa es la promoción que efectúa el agente comercial y otra quién vende el servicio, lo factura, asume el riesgo y los impuestos sobre la venta. Si Aires hubiera tenido oficinas en Apartadó y empleados propios nunca habría contratado con la sociedad Egotur para fungir como su agente comercial.

Supuesto Sustento de la Sentencia para Afirmar que Egotur Vendió Directamente	Análisis de la Afirmación Frente al Expediente
3. Jorge Alexander Gómez y Pilar Carina Córdoba afirmaron que Egotur estudiaba el mercado.	Nuevamente, este aspecto es irrelevante para determinar la existencia o no de una venta directa. Esta es una característica de un contrato de agencia comercial: la promoción del negocio ajeno, más no la prueba de que la venta -y expedición de tiquetes- la hiciera Egotur de forma directa.
4. Jorge Alexander Gómez manifestó que la venta la hacía Egotur porque visitaban a los clientes y les ofrecía el servicio.	Nuevamente el supuesto es irrelevante para determinar una venta directa. Esta es una característica de un contrato de agencia comercial: la promoción del negocio ajeno, más no la prueba de que la venta -y expedición- se hacía de forma directa.
5. Los clientes se contactaban físicamente con Egotur.	Nuevamente, se inobserva la realidad contractual de las partes. Si Aires hubiera tenido oficinas en Apartadó y empleados propios para contactarse físicamente con sus clientes, nunca habría contratado con la sociedad Egotur.
6. La testigo Pilar Carina Córdoba narró que Egotur realizaba visitas comerciales, y que Aires no tenía empleados directos.	En primer lugar, vale la pena llamar la atención sobre la credibilidad de la testigo que parece ser la fuente de la verdad del Juzgado 34. Como se indica en las próximas secciones de este escrito <i>“La Sentencia se basó en una errada y parcializada valoración probatoria”</i> especialmente en <i>“La Sentencia se basó en el testimonio de Pilar Córdoba cuando quedó probado que ella no tenía conocimiento de hechos relevantes y por consiguiente su credibilidad está seriamente afectada”</i> , la señora Córdoba no tuvo conocimiento directo de los hechos que se debaten porque cuando la

Supuesto Sustento de la Sentencia para Afirmar que Egotur Vendió Directamente	Análisis de la Afirmación Frente al Expediente
	<p>Tarifa Administrativa surgió, ella ya no trabajaba en Egotur, como lo declaró durante su testimonio. No obstante lo anterior, en su testimonio insistió en afirmar que la Tarifa Administrativa era del año 2003, hecho que resulta claramente falso y contrario a las demás pruebas del expediente. Por consiguiente, que ahora su declaración resulte ser “la prueba reina” en la Sentencia, es completamente cuestionable.</p> <p>Por otro lado, el hecho de que Egotur realizara visitas comerciales y que Aires no tuviera empleados directos, nuevamente desconoce que esas acciones son propias del elemento de promoción de un contrato de agencia comercial. No se puede asumir que por esta razón Egotur realizara la venta directa -expedición y facturación- de los tiquetes aéreos.</p>
<p>7. Egotur no sólo ofreció, sino que vendió tiquetes aéreos de Aires y esto se prueba con el valor de las ventas.</p>	<p>Esta premisa de la Sentencia es una falacia. Si bien Egotur ofrecía y tiquetes de Aires, no lo hacía directamente, lo hacía por cuenta y riesgo de Aires, conforme a lo pactado. La conclusión de que el valor de las ventas probara la venta directa no tiene ninguna causalidad, pues ese valor de ventas no era un ingreso de Egotur. Como se probó en el proceso, todos esos dineros eran de Aires y así lo trató y, por ende, transfirió Egotur a Aires durante años. El único ingreso que percibía Egotur era la comisión que Aires le pagaba por ser su agente comercial.</p>
<p>8. Aires no pudo vender porque no tenía oficina en Apartadó y las ventas no se</p>	<p>Esta premisa final es una repetición de varias de las anteriores, que no dan cuenta</p>

Supuesto Sustento de la Sentencia para Afirmar que Egotur Vendió Directamente	Análisis de la Afirmación Frente al Expediente
efectuaron por internet. Egotur promocionaba y buscaba clientes por su cuenta y riesgo.	de una venta directa, sino por el contrario de la existencia de contrato de agencia comercial. En cuanto al elemento de “por cuenta y riesgo”, ni si quiera se explica sucintamente la razón por la cual se asume, cuando, en la realidad, ningún riesgo quedó en cabeza de Egotur: Siempre se descontó el porcentaje de comisión pactado.

49. Además de que el sustento de la Sentencia para establecer la supuesta venta directa por parte de Egotur es sesgado y completamente carente de sustento. Egotur actuaba como agente de Aires, para que fuera Aires quien vendiera y prestara el servicio final. Desde esta perspectiva, la venta discutida se enmarca en las normas del contrato de compraventa. Al respecto, el Código de Comercio en su Artículo 905 lo define como *“un contrato en que una de las partes se obliga a transmitir la propiedad de una cosa y la otra a pagarla en dinero”*. En este caso, en lugar de obligarse a transmitir la propiedad, la venta recae sobre la prestación de un servicio. El punto es quién es el obligado y la realidad es que el obligado a prestar el servicio con ocasión de la venta siempre fue Aires y así mismo fue quién siempre asumió absolutamente todos los riesgos derivados de la venta.
50. Desde el punto de vista tributario, también es claro que Egotur no efectuó venta alguna. Tributariamente el sujeto activo de la venta está obligado a cobrar y remitir a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN el Impuesto al Valor Agregado -IVA- que aplica precisamente para la venta de bienes y servicios determinados. Los tiquetes aéreos deben contener tal impuesto a las ventas y quedó completamente demostrado que ese impuesto siempre lo cobró, declaró y remitió Aires a la DIAN⁹.
51. También quedó demostrado en el dictamen pericial contratado por Egotur, que los únicos impuestos que Egotur asumió eran aquellos derivados de las comisiones que Aires le pagó. Pero Egotur nunca asumió IVA, ni ningún otro impuesto por las supuestas “ventas directas” que la Sentencia dice que realizó. La única explicación de esto es que ¡Egotur no efectuó ninguna venta directa! Todo esto se pasó por alto en la Sentencia.

⁹ Ver oficio enviado por la DIAN al Juzgado 34.

52. Por otro lado, el Artículo 3 de la Resolución 3596 de 2006 es claro en establecer como la Tarifa Administrativa surge de la expedición de tiquetes, cosa que Egotur jamás probó haber realizado de manera directa. Indica la Resolución: “(...) *se ordena el cobro obligatorio no reembolsable por expedición de tiquetes o ‘tarifa administrativa’*”. Así, como Aires explicó a lo largo de la etapa probatoria lo fundamental en el análisis sobre a quién le correspondía la Tarifa Administrativa era determinar quién hacía la expedición del tiquete.
53. Efectuada la aclaración anterior, es claro que toda mención que realizó la Sentencia a que Egotur habría “efectuado ventas directas” y que, por consiguiente, debía supuestamente percibir los efectos económicos de la Tarifa Administrativa sería sinónimo de indicar que Egotur expidió tiquetes directamente, por lo que debió percibir la Tarifa Administrativa. Nada más alejado de la realidad probada a lo largo del proceso.
54. Contrario a lo declarado, Egotur no realizó ventas directas, ni expedición de tiquetes de Aires en su propio nombre, mucho menos lo hizo bajo su propia cuenta y riesgo y así se probó en lo referente a la ejecución del Contrato de Agencia y Mandato. Esto quedó demostrado a través la confesión de la representante legal de Egotur¹⁰, la declaración testimonial de Pilar Córdoba,¹¹ Jorge Gómez¹², y Joaquín Burgos¹³, pruebas cuyo análisis se echa de menos en la Sentencia.
55. En efecto, a pesar de que en la Sentencia se declaró que no hubo controversia respecto a la naturaleza del Contrato de Agencia y Mandato, se omitió estudiar lo que ello realmente significaba. El resultado de tal omisión fue malinterpretar elementos propios del Contrato de Agencia y para argumentar la supuesta expedición de tiquetes aéreos por parte de Egotur, cuestión que jamás existió, ni se probó. Tal conclusión además de reprochable, contradice abiertamente lo pactado y ejecutado por las Partes.
56. Expresamente se dijo en la Sentencia que “*por cuanto la sociedad Aires, óigase bien, no contaban y no cuenta con oficina propia para desarrollar su objeto social allá en*

¹⁰ Audiencia de diciembre 14 de 2020, Interrogatorio de parte Egotur Ltda. Minuto 49:46 - 40:32. Posteriormente también indicó en la misma audiencia “al cliente final se le entregaba el tiquete que es equivalente a factura, lo expide aerolínea, queda con toda la información de la aerolínea”.

¹¹ En Audiencia del 17 de febrero de 2021 afirmó: “*El tiquete lógicamente lo expide la aerolínea, entonces queda facturado con toda la información de la aerolínea*”.

¹² En Audiencia del 17 de febrero de 2021 afirmó: “*las diferentes aerolíneas tenían su propio sistema que permitía controlar los tiquetes que nosotros vendíamos*” y “*El sistema para expedir tiquetes era de Aires*”

¹³ En Audiencia del 17 de febrero de 2021 afirmó: “*Los programas de agenciamiento consistían en que yo le entregaba mis programas para que me vendieran mis tiquetes*”; “*nosotros le entregamos el sistema y ellos vendían los tiquetes*”; “*Habían dos sistemas. Uno, se hace uso de la marca para hacer comercialización, mientras en el otro se trabaja con GDS (sistema de distribución global), con unas condiciones reguladas por la aeronáutica civil. En el caso de Egotur funcionaba el primer sistema, porque el sistema de expedir tiquetes era entregado y de propiedad de Aires*”; “*Los tiquetes se vendían a través del programa de aires.*”

Apartadó, incluso el testigo Joaquín Burgos, dio cuenta de tal situación puesto que acepto que en Apartadó la sociedad Aires no tenía oficinas, y que no tenían empleados directos de Aires (minuto 18:20 de la audiencia celebrada el 17 de febrero de 2021 archivo 15 del expediente digital)." Luego de definir uno a uno los elementos de un contrato de agencia comercial que se encuentran en los artículos 1317 y siguientes del Código de Comercio, tal afirmación parece una sátira. Al respecto no queda otra cosa que decir "óigase bien" que si Aires hubiera tenido oficinas en Apartadó y empleados propios nunca habría contratado con la sociedad Egotur quién revistió las características de un agente comercial.

57. Así las cosas, dado que la Sentencia erró completamente en el análisis jurídico y probatorio sobre el concepto de expedición de tiquetes y de las implicaciones que el actuar como un agente comercial tiene frente a dicho concepto la misma debe revocarse.

4. La sentencia omitió analizar de fondo la conducta de las partes desplegada durante la ejecución del Contrato de Agencia y Mandato Mercantil - habiendo debido concluir que Egotur, con su conducta y actos propios, conocía que no tenía derecho a la Tarifa Administrativa, la renunció y, por ello, su demanda carece de todo fundamento

58. Aun, si en gracia de discusión, se aceptara que Egotur tuviera derecho a percibir la Tarifa Administrativa, lo cierto es que la Sentencia desconoció abiertamente que los supuestos derechos sobre la misma fueron renunciados por Egotur tanto en la ejecución del Contrato de Agencia y Mandato Mercantil, como al suscribir el Contrato de Transacción. Así, establecer que Egotur tendría derecho a percibir Tarifa Administrativa es desconocer las pruebas obrantes en el expediente.

59. El artículo 1622 del Código Civil establece la necesidad de analizar un contrato con base en su aplicación práctica o ejecución. Asimismo, la Corte Suprema de Justicia ha destacado la relevancia de observar el comportamiento de las partes en el análisis contractual: "*En el derecho privado nacional en materia de interpretación contractual rige el principio cardinal según el cual la **forma de ejecución** y demás cláusulas son, pues, "ley para los contratantes"; su verdadera voluntad **determina el comportamiento que tiene que observar, la una frente a la otra (Cas. Civ. 15 de marzo de 1985 CXI y CXII, 71)***"¹⁴ (Énfasis añadido).

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 14 de marzo de 1994.

60. Lo anterior, sumado al principio general de buena fe consagrado en el Código Civil¹⁵, Código de Comercio¹⁶ y en la Constitución Política de Colombia¹⁷ hace que lo establecido en la Sentencia respecto a la Tarifa Administrativa sea completamente reprochable.
61. El principio de buena fe contractual indica que *“las personas deben celebrar sus negocios, cumplir sus obligaciones, y, en general, emplear con los demás una conducta leal. La lealtad en el derecho se desdobra en dos direcciones: primeramente, cada persona -tiene el deber de emplear para con los demás una conducta leal, una conducta ajustada a las exigencias del derecho social; en segundo término, cada cual tiene el derecho de esperar de los demás, esa misma lealtad”*¹⁸; es claro que desconocer la realidad contractual ejecutada es completamente desleal.
62. Vale la pena resaltar que la misma Egotur se ocupó de demostrar que durante la ejecución contractual fue ella misma quién voluntariamente entregó el valor correspondiente a la Tarifa Administrativa a Aires. Un claro ejemplo de ello se encuentra en el Informe de Auditoría presentado por la Parte Demandante que se encuentra a folio 227 del expediente digital:

3. Aunque Egotur LTDA reportaba diariamente a LATAM Airlines Group S.A. toda la información sobre sus operaciones comerciales, al momento de consignar lo correspondiente a la venta de tiquetes a LAN se descontaba exclusivamente los valores que en los reportes **DE VENTAS PARA AIRES S.A AEROPUERTO y OFICINA** se denominaban MENOS DEDUCCIONES; es decir, nunca se descontó ni conservó para sí valor alguno por concepto de TASA ADMINISTRATIVA

63. En efecto, se demostró con suficiencia como, por años Egotur desarrolló su relación comercial con Aires y jamás alegó tener derecho a percibir la tarifa administrativa que reclamó en este proceso. Por el contrario, recaudó y giró los valores de dicha tarifa a Aires por más de 6 años sin objeción. Posteriormente, al terminarse la relación comercial de agencia y mandato mercantil entre las partes, Egotur aceptó firmar un contrato de transacción para cerrar con efectos de cosa juzgada y sentencia de última instancia, cualquier reclamación derivada de la relación entre las partes y cualquier reclamación

¹⁵ Artículo 1602

¹⁶ Artículos 863 y 871

¹⁷ Artículo 83

¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 23 de junio de 1958.

futura y ahí tampoco planteó su supuesto descontento por no haber conservado la tarifa administrativa. Declarar que la Tarifa Administrativa no emanaba del Contrato y por consiguiente no fue objeto de la transacción fue asumir que Egotur la hubiera percibido incluso si no hubiera tenido ninguna relación contractual con Aires, lo cual es manifiestamente ilógico.

64. En esta medida, es claro que la demanda carecía de todo sustento jurídico, pues en cabeza de Egotur no se da ninguno de los dos presupuestos contemplados en la Resolución 3596 para que la demandante tuviese derecho a la mencionada tarifa. Todo el material probatorio recaudado probó que no hay discusión de la naturaleza de la relación comercial que tuvieron las partes y que, por consiguiente, es excluyente de la reclamación pretendida. Además, el hecho de que existiera un contrato de transacción respecto del cual nunca se debatió su existencia, validez o eficacia, son prueba de que lo concedido en la sentencia se desvíe de las normas aplicables. Inobservando todo esto, la Sentencia prefirió inclinarse por el dicho de la representante legal de Egotur, quién ni siquiera precisó las circunstancias de modo, tiempo y lugar de cuándo supuestamente esto sucedió.
65. Todo lo anterior y el hecho de que no exista disposición referente a que un agente comercial no pueda renunciar a prestaciones económicas -siendo esto confirmado y declarado por la Corte Suprema de Justicia¹⁹- no podría llevar a otra conclusión diferente que a la necesidad de rechazar lo pretendido por Egotur. No obstante, la Sentencia, pasando por encima de lo probado omitió tanto su análisis, como la correcta conclusión.

B. La Sentencia analizó erradamente el contenido, antecedentes y obligaciones derivadas de la Resolución 3596 del año 2006 de la Aeronáutica Civil, incurriendo igualmente en errores probatorios e interpretativos

66. Si bien equivocadamente la Sentencia indica que este análisis es irrelevante, en realidad es el centro de lo pretendido por Egotur. Al respecto, quedó probado en el proceso que la Tarifa Administrativa se creó en beneficio de quién expidiera tiquetes y, especialmente, de las agencias de viajes (no agentes comerciales) por lo cual Egotur no tiene derecho a percibirla.
67. La Resolución es clara en sus considerandos al establecer que busca proteger las agencias de viaje que legalmente son entidades que promueven el turismo. Así, los considerandos 9 a 11 de la Resolución indican a quién busca proteger la Tarifa Administrativa:

¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 9 de noviembre de 2017. MP. Luis Armando Tolosa Villabona.

- **“Considerando no. 9: Que en atención a los retos y dificultades que afrontan tanto la industria aérea mundial como su canal principal de distribución, léanse agencias de viajes;** y ante las inquietudes expresadas por las empresas y agremiaciones (Atac-Alaico-Anato) que participan de esta actividad en Colombia, la autoridad aeronáutica ha venido estudiando en particular la problemática relacionada con las tarifas de los tiquetes aéreos y el monto de las comisiones que las aerolíneas pagan a las agencias de viajes. Al respecto la autoridad aeronáutica ha venido considerando diferentes medidas de regulación que garanticen el ejercicio de la libertad económica y la libre competencia de las empresas que participan en el sector, a la vez que promuevan la eficiencia y reducción de costos en la prestación de los servicios, de tal manera que se incremente la competitividad del sector y se beneficie a los usuarios de los servicios de transporte aéreo de pasajeros;
 - **Considerando no.10.** Que el Gobierno Nacional en el marco del XI Congreso de **Agencias de Viajes,** manifestó su intención de incentivar el desarrollo de la competitividad para las agencias de viajes con el fin de que estas puedan asumir los retos de la transformación económica que deben emprender;
 - **Considerando no. 11.** Que el presente acto administrativo se expide como resultado de la concertación llevada a cabo entre el Gobierno Nacional, la Asociación Colombiana de Agencias de Viajes y Turismo-Anato, la Asociación de Aerolíneas Internacionales en Colombia-Alaico y la Asociación de Transporte Aéreo en Colombia- Atac;”. [Énfasis añadido]
68. En este mismo sentido, los Artículos 7 y 11 de la Resolución 03596 de 2006 (modificada por la Resolución 4369 de 2007, a la que la Sentencia nunca se refiere), son claros en indicar que los efectos económicos de la Tarifa Administrativa los percibirían **exclusivamente** las agencias de viajes y aerolíneas:

“ARTICULO SEPTIMO: A partir de la fecha en que entre en vigencia la presente resolución las aerolíneas, las agencias de viaje y la IATA (para las ventas que sean procesadas a través del Billing and Settlement Plan (BSP), deberán presentar un reporte mensual sobre la aplicación de la tarifa administrativa y el pago de comisiones a que se refiere la presente resolución, el cual deberá ser radicado en la Oficina de Transporte Aéreo de la Aeronáutica Civil a más tardar el día 30 del mes siguiente al de la fecha del recaudo correspondiente.

Dicho informe deberá especificar:

- Nombre de la aerolínea o agencia de viajes
- Periodo de reporte
- Número de tiquetes y documentos procesados, discriminando separadamente nacionales e internacionales y especificando los trayectos de ida (One Way) o ida y vuelta (Round Trip).

ARTICULO DECIMO PRIMERO. El impacto económico tanto para Agencias de Viajes como para Aerolíneas, derivado de la aplicación de la presente Resolución, será objeto de revisión en las siguientes fechas:

Primera Revisión: 15 de enero de 2008
Segunda Revisión: 15 de mayo de 2009

69. Se resalta el aparte del Artículo Décimo Primero que establece que: “*El **impacto económico** tanto para **Agencias de Viajes como para Aerolíneas**, derivado de la aplicación de la presente Resolución*”. Así, la resolución limita el impacto económico emanado de la tarifa administrativa exclusivamente a las agencias de viajes y a las aerolíneas. No incluye otro tipo de sujetos.
70. Este análisis fue ratificado por la parte Demandante quién expresamente solicitó en su Segunda pretensión principal:

SEGUNDA. Que se reconozca y declare que por mandato legal de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil -Resolución Número 03596 del 01 de septiembre- EGOTUR LTDA, en su calidad de agencia de viaje, tiene derecho al reembolso de las tarifas administrativas recaudadas por ella entre los años 2006 y 2012, y que reposan en la actualidad en poder de LATAM COLOMBIA AIRLINES S.A. -ANTES AEROVÍAS DE INTEGRACIÓN REGIONAL AIRES S.A.-.

71. No obstante, Egotur no probó ser una agencia de viajes de Aires. Por el contrario, Aires probó que ello jamás fue así.

72. En cuanto el Artículo 3 de la Resolución, que menciona por única vez en toda la Resolución la expresión “intermediarios”, a la cual se acude tantas veces en la Sentencia, ese artículo regula únicamente quién **cobra** la tarifa, no quién la **percibe**.
73. En abierta contradicción con lo establecido en la Resolución 3596 y desconociendo el acervo probatorio, la Sentencia declaró que (i) Egotur actuó en calidad de agencia de viajes, y (ii) expidió tiquetes directamente. Todo el análisis al respecto es completamente errado como se describe a continuación.

1. Egotur nunca ostentó -ni mucho menos probó- la calidad de agencia de viajes de Aires, pese a lo indicado en la Sentencia

74. Sin prueba alguna al respecto, la Sentencia determinó que Egotur habría sido una agencia de viajes. Al carecer de prueba concreta, no analizó la Sentencia si dicha tal calidad sería efectivamente respecto de Aires (que sería lo relevante). Pretendiendo ignorar tan importante punto de análisis, la Sentencia fundamentó su afirmación aduciendo que en el objeto social de Egotur indicado en su Certificado de Existencia y Representación Legal se indica la posibilidad de actuar como agencia de viajes. No obstante lo anterior, lo relevante en este caso no era determinar si en abstracto Egotur pudo haber sido una agencia de viajes sino determinar en qué calidad actuó respecto a los tiquetes comercializados por cuenta y riesgo de Aires en Apartadó.
75. Así, el análisis de los requisitos para ser agencia de viajes en abstracto es completamente inocuo y desconocedor de toda la realidad contractual que se ha explicado a lo largo del documento. La Sentencia ni si quiera hizo un esfuerzo por entender por qué era relevante saber si Egotur tuvo o no código IATA. Aires nunca alegó como dice la Sentencia que *“Egotur no era considerada una agencia de viajes precisamente por no haber, dice la pasiva, por no haber estado registrada en la IATA ”*, lo que siempre se alegó es que el hecho de que existiera un Contrato de Agencia y Mandato hacía incompatible la afirmación de que Egotur actuaba como agente de viajes frente a Aires. El hecho de no tener código IATA simplemente ratificaba la realidad de lo ejecutado.
76. Junto a esas erradas consideraciones la Sentencia se equivoca al declarar probado que Egotur actuó como agencia de viajes frente a Aires, cuando Egotur no lo probó.
77. Un agente de viajes promueve y explota su propio negocio y siempre actúa en su propio nombre velando por sus propios intereses, tanto así que son los agentes de viajes los que expiden los tiquetes aéreos por sus canales propios, con su logo, y en nombre propio. Esto nunca ocurrió y lo que se probó fue todo lo contrario: la existencia de un Contrato de Agencia y Mandato que conllevaba a concluir que Egotur nunca actuaba en nombre

propio y por consiguiente no era una Agencia de Viajes frente a Aires por lo cual la Tarifa Administrativa debía percibir la Aires.

78. Lo anterior quedó probado a través de la declaración de Erika Zarante el 14 de diciembre de 2020, prueba que no fue ni controvertida ni valorada, así: *“el ingreso iba al patrimonio de la aerolínea porque así lo establece la norma, así lo establece la resolución 3596, le corresponde la tarifa administrativa al expedidor del tiquete. Si era una agencia de viajes, le correspondía a la agencia de viajes, quién, en su propio nombre expedía el tiquete.”* Además de demostrar que Egotur nunca actuó como agencia de viajes frente a Aires, quedó demostrado también que, por consiguiente, Egotur no realizó ventas directas en su propio nombre de pasajes de Aires, ni mucho menos lo hizo bajo su propia cuenta y riesgo y así se probó porque nunca expidió tiquetes directamente. Erika Zarante afirmó cuando declaró en audiencia del 16 de febrero de 2021 *“por parte de la IATA nuestra área financiera, contactó directamente a la organización internacional de líneas aéreas y quién tiene registro de agencias de viajes no sólo por compañías sino en el mercado completo y a través de correo electrónico (...) respondió no, [Egotur] ellos nunca habían sido registrados ni acreditados. (...) Adicional pueden haber agencias de viajes que se registren a través de la compañía, yo hice la validación a nivel interno, de nuestra área de ventas, si Egotur había registrado como agencia de viajes y en correo electrónico de nuestra área de ventas obviamente aparece únicamente con las remuneraciones que se le hacían del Contrato de Agencia y mandato mercantil.”* Tal prueba de descartó sin surtirse la respectiva valoración.
79. Así, la Sentencia en lugar de incluir lo verdaderamente probado, decide afirmar hechos carentes de sustento tals como que *“el origen de la tarifa administrativa es justamente procurar garantizar los gastos administrativos en los cuales se incurre al momento de vender el servicio de transporte aéreo”*. No hay aparte alguno de la Resolución que indique lo afirmado en la Sentencia. Ni siquiera la Parte Demandante insinuó algo medianamente similar. Por consiguiente, no hay sustento para todo lo afirmado y concluido.
80. Lo anterior, sumado a que la Sentencia usó elementos del Contrato de Agencia y Mandato para probar la supuesta venta directa es clara muestra de la errónea y sesgada Sentencia. Además, establecer que Egotur tendría derecho a percibir Tarifa Administrativa por ser una agencia de viajes, en abierto desconocimiento de Contrato de Agencia y Mandato, raya en lo absurdo.

C. La Sentencia concluyó, sin análisis y pruebas que lo respalden, que Aires tendría una supuesta posición dominante frente a Egotur y que habría abusado de la misma

81. El Capítulo de la Sentencia referente al Abuso del Derecho es verdaderamente infundado. Esta parte corrobora el sesgo del Juzgado 34 y muestra la ausencia total de sustento fáctico o jurídico de la Sentencia, al punto que recurre a argumentos que ni si quiera fueron alegados por la Parte Demandante, configurándose un claro evento de un fallo extra y/o ultra petita, lo que, por sí solo, resulta suficiente para revocarlo. Veamos:
82. En las pretensiones principales de la demanda se solicitó la declaración del abuso del derecho por parte de Aires, específicamente respecto a la supuesta retención de dineros transferidos por concepto de Tarifa Administrativa, como se puede ver en este ejemplo:

CUARTA. Que se declare que existió un abuso del derecho por parte de LATAM COLOMBIA AIRLINES S.A. -ANTES AEROVÍAS DE INTEGRACIÓN REGIONAL AIRES S.A.- en contra de la sociedad EGOTUR LTDA., representada por FADYEE BETANCUR QUINTERO, por la retención indebida de las tarifas administrativas consignadas por dicha compañía en el año 2007, equivalentes a la suma de OCHENTA Y UN MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y UN MIL SETENTA Y CUATRO PESOS (\$81.731.074), las cuales se descuentan de las ventas totales realizadas por EGOTUR LTDA por concepto de venta de tiquetes aéreos de pasajeros de dicha aerolínea durante ese año.

83. A pesar del alcance limitado de las pretensiones, la Sentencia se alejó de lo pedido y, sin un análisis jurídico aplicable al presente caso, ni prueba alguna que lo sustente, declaró la existencia de instituciones jurídicas diferentes a las alegadas por la Demandante como una supuesta posición dominante de Aires en el mercado, un supuesto abuso de posición dominante contractual, y unas conductas abusivas de Aires. Nada de esto lo probó Egotur.
84. Al respecto, se debe subrayar que la Sentencia confundió la posición dominante en el mercado con la posición dominante contractual e incorrectamente analizó las figuras de forma combinada.
85. Una parte ejerce posición dominante en el mercado -cosa que en este proceso jamás se alegó, ni se probó- cuando tiene la posibilidad de determinar directa o indirectamente las condiciones de un mercado²⁰. De esta forma existe posición de dominio en un mercado relevante cuando “(...) un agente económico ostenta el control efectivo o potencial de su mercado relevante y esa posición le brinda la posibilidad de obstaculizar la competencia efectiva o le permite actuar en el mercado con independencia del

²⁰ Artículo 45 del Decreto 2153 de 1992

*comportamiento de sus competidores, sus clientes y los consumidores, sin que lo anterior implique necesariamente que exista un único productor o vendedor (...)*²¹”.

86. De esta forma, la noción de posición dominante es propia del derecho de la competencia y, por ende, completamente ajena a la relación contractual que nos ocupa, razón por la cual el concepto no es aplicable. Por demás, la Sentencia no analizó siquiera cual sería ese mercado relevante, ni qué pruebas supuestamente sustentarían que Aires tiene dicha posición de dominante. Nada se dijo al respecto en la Sentencia.
87. Ahora, respecto a la posición de dominio contractual, la misma sólo es relevante a la hora de interpretar un contrato, sus cláusulas, su ejecución y el uso que cada parte hizo de sus derechos bajo el mismo.
88. Claro ejemplo de ello es el artículo 1624 del Código Civil el cual establece la “*Interpretación contra Proferentem*”, según la cual las cláusulas ambiguas deben interpretarse contra quien las redacta. “*Pero si la cláusula es clara y no presenta aspectos oscuros ni vacíos, no es procedente la aplicación de la citada regla, de manera que las estipulaciones unívocas deben tener cabal observancia*”²²”.
89. En este caso, Egotur no alegó ningún tipo de abuso de posición contractual, ni que ello debería conducir a una u otra interpretación de una determinada estipulación contractual. Por ello, erró abiertamente la Sentencia al referirse a ello.
90. Por demás, no hubo ningún abuso de Aires, quién tenía la posición de principal agenciado y actuaba como tal, siempre respetando la ley y lo pactado en el contrato por las partes. Tanto en el Contrato de Agencia como en el de transacción Aires efectuó todos los pagos debidos y correspondientes. No hay prueba que demuestre una inconformidad alguna de Egotur durante la ejecución del Contrato, por el contrario, quedó probado que la relación contractual transcurrió de forma normal y amigable entre las Partes²³.
91. Junto a lo anterior, cabe resaltar que al ser Egotur la Demandante, la carga de la prueba respecto a los supuestos abusos estaba en su cabeza. Por consiguiente, no bastaba con establecer que Aires abusó, había que probarlo. La Sentencia, en lugar de resaltar que no había prueba de abusos tales como prerrogativas unilaterales, desequilibrios del contrato, favorecimiento de los clientes de Egotur a la terminación del Contrato, o algún hecho

²¹ Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 02001054 del 20 de febrero de 2002.

²² Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil. Sentencia del 9 de septiembre de 1977.

²³ Audiencias de Interrogatorio de Partes, y de Declaraciones testimoniales del 14 de diciembre de 2020 17 de febrero de 2021.

siquiera similar, decidió permitir que, en contradicción de lo ejecutado, Egotur se favoreciera sin fundamento alguno.

92. Tal falta de fundamento se encuentra a lo largo de toda esa sección de la Sentencia, la cual no cita una sola prueba, se basa en el propio dicho de la representante legal de la parte demandante, omitiendo en el análisis el derecho que Aires tiene de presentar su caso y ejercer el derecho de defensa, es decir, violando abiertamente dos premisas fundamentales que se incluyen en el derecho a un debido proceso. Además, anuncia una “confesión táctica” de la Representante Legal de Aires porque la misma afirmó que era Egotur quien cobraba y transfería la Tarifa Administrativa.
93. En conclusión, el capítulo de la Sentencia referente al abuso del derecho se basó enteramente en apreciaciones subjetivas carentes de sustento. La subjetividad de dicho análisis se evidencia en múltiples oportunidades en que la Sentencia se refiere a Aires como “*ese poder dominante o superior propio de la empresa*”, y se menciona una supuesta, pero no probada, “*posición privilegiada y por demás dominante*”, “*como suele pasar en muchos casos en este país*” “*un experto en la industria aeronáutica tan grande, tan poderoso, tan fuerte económicamente hablando*”. La Sentencia no explica ni una sola vez en qué fundamenta estas despectivas definiciones que al final repercuten de forma errónea en lo concluido.
94. Como si lo anterior no fuera lo suficientemente grave, la Sentencia concluyó, mediante la cita de jurisprudencia que carece de relación con los hechos de este proceso y a pesar de una total ausencia de prueba al respecto, que Aires habría supuestamente abusado del ejercicio de sus derechos bajo el Contrato.
95. Además de omitir pruebas de los supuestos abusos de Aires diferentes a dichos de la propia Egotur, e ignorar que era Egotur quién ejecutaba la transferencia de dineros, la Sentencia se fundamenta en jurisprudencia que en nada se relaciona con el presente caso que versa sobre la relación de dos comerciantes profesionales. En lugar de referirse a casos similares, la Sentencia citó como sustento decisiones judiciales de relaciones diametralmente diferentes a las que nos ocupan: (i) un contrato de promesa de compraventa para la adquisición de vivienda de interés social suscrito por más de 20 Bogotanos, beneficiados con un subsidio de vivienda (ii) una controversia derivada de un contrato de seguro con ocasión al siniestro de un vehículo automotor, entre otros casos, que de ninguna manera pueden ser análogos al análisis que debió efectuarse frente a la relación de Aires y Egotur.
96. Junto a la falta de pruebas que respalden las conclusiones de la Sentencia, la Jurisprudencia ha caracterizado el abuso del derecho de forma tal que los hechos analizados en este proceso no encajan en esa figura. La prohibición de abusar de los

derechos propios se consagra en la Constitución Política, razón por la cual la Corte Constitucional se pronunció al respecto así: “*Se abusa de un derecho propio cuando su titular hace de él un uso inapropiado e irrazonable a la luz de su contenido esencial y de sus fines. El abuso es patente cuando injustificadamente afecta otros derechos y, también, cuando su utilización desborda los límites materiales que el ordenamiento impone a la expansión natural del derecho, independientemente de que se produzca en este caso un daño a terceros²⁴”.* [Énfasis Añadido]

97. En este caso, Aires actuó conforme a lo pactado en el Contrato de Agencia y Mandato literalmente, al igual que Egotur y así quedó completamente probado²⁵. Por consiguiente, no hubo ningún uso inapropiado e irrazonable de sus derechos, ni si quiera hay un desborde de tales derechos que tenga que analizarse a la luz de cuáles son los límites naturales. Simplemente existió una relación de agencia comercial que se ajustó a sus características contractuales y legales y que posteriormente se pretende desdibujar.
98. Por consiguiente, el fundamento jurídico para haber declarado un abuso de una supuesta posición dominante es completamente errado y alejado de la relación que ejecutaron las Partes y del expediente y la Sentencia debe revocarse.

La Sentencia analizó erradamente el Contrato de Transacción y sus efectos

D. La sentencia contiene un análisis errado sobre el objeto, alcance, renunciaciones, cláusulas, consideraciones y efectos del Contrato de Transacción, así como sobre el cumplimiento de dicho contrato de todos los requisitos establecidos por la ley para dicho tipo de contratos – habiendo debido concluir que en este caso operó la excepción de cosa juzgada y transacción.

99. La Sentencia se profirió en total desconocimiento del derecho en general. En particular, decidió abiertamente inobservar el Artículo 2483 del Código Civil.
100. En el tercer capítulo de la Sentencia se analizó la excepción de cosa juzgada y transacción que interpuso Aires al existir un Contrato de Transacción entre las partes y sobre el cual la demandante no se pronunció, ni cuestionó su validez.

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-511 de 1993.

²⁵ Ver sección A.4: “La sentencia omitió analizar de fondo la conducta de las partes desplegada durante la ejecución del Contrato de Agencia y Mandato Mercantil - habiendo debido concluir que Egotur, con su conducta y actos propios, efectivamente conocía que no tenía derecho a la Tarifa Administrativa, la renunció y, por ello, su demanda carece de todo fundamento”.

101. La Sentencia declaró no probada dicha excepción con base en los siguientes desatinados argumentos: (i) El documento de transacción es en realidad un formato previamente establecido. (ii) El objeto transaccional es general y poco detallado y no incluye expresamente la tarifa administrativa. (iii) En las Consideraciones del Contrato de Transacción omite discriminar los son los aspectos controvertibles respecto de los cuales las partes tenían derecho y ceden. (iv) Guarda silencio respecto a la Tarifa Administrativa cuando la misma había surgido hacía 6 años. (v) Para dar aplicación al Artículo 2469 del Código Civil se requiere que el contrato de transacción mencione los puntos en disputa y las concesiones de las partes. En el Contrato de Transacción la Tarifa Administrativa no se incluyó porque no fue considerada por los contratantes. (vi) La Tarifa Administrativa no se discutió ni incluyó en el Contrato de Transacción porque la Representante Legal de Egotur desconocía que tuviera derecho a ese reconocimiento. (vii) El Contrato de Transacción no cubre la Tarifa Administrativa porque el origen de esta es legal y no contractual. (viii) Egotur nunca renunció o desistió del cobro de la Tarifa Administrativa a pesar de existir el Contrato de Transacción. (ix) La Juez no entiende cómo puede transigirse la Tarifa Administrativa en el Contrato de Transacción sin ser expresamente mencionada y al no entender afirma que los efectos de cosa Juzgada no permean la Tarifa Administrativa. (x) La Tarifa Administrativa es un hecho ajeno al Contrato de mandato y agencia mercantil. (xi) El Contrato de Transacción nunca fue sometido a consideración de un juez y se cita el Auto 2004-00104-01 de la Corte Suprema de Justicia como fundamento. (xii) Conclusión: El Contrato de Transacción no cubre el cobro de la Tarifa Administrativa.

102. La contradicción y falta de prueba en cada uno de esos “fundamentos” de la Sentencia denotan un análisis erróneo, sesgado, circular, repetitivo y desconocedor del régimen jurídico. Cada una de esas razones para desestimar la validez del Contrato de Transacción son comunes en las alegaciones finales de una parte que se vio sorprendida sin contraargumentos, pero son completamente reprochables en una sentencia judicial.

103. Pese a que la Sentencia pretendió restarle validez al Contrato de Transacción con doce supuestos argumentos, la realidad es que todos esos pueden subsumirse en que (i) el texto del Contrato no incluyó en ninguno de sus apartes mención alguna a la Tarifa Administrativa y por consiguiente no puede estar cubierta, (ii) Egotur no pudo extender una renuncia general a la Tarifa Administrativa por desconocer que tenía ese derecho, (iii) la Tarifa Administrativa nunca pudo estar incluida en el Contrato de Transacción por ser un hecho ajeno al Contrato; y que (iv) era necesario que el Contrato de Transacción se validara previamente por un juez. A continuación, se explicará por qué cada uno de estos motivos para denegar la aplicación del Contrato de Transacción son falaces e incorrectos.

1. La Sentencia erró al pretender sustentar la negativa a declarar las excepciones de cosa juzgada y transacción por cuanto, a juicio del Juzgado 34, el texto del Contrato no incluyó en ninguno de sus apartes mención alguna a la Tarifa Administrativa y por consiguiente no puede estar cubierta.

104. En este numeral se subsumen los puntos de la Sentencia: (i) El documento de transacción es en realidad un formato previamente establecido. (ii) El objeto transaccional es general y poco detallado y no incluye expresamente la tarifa administrativa. (iii) En las Consideraciones del Contrato de Transacción omite discriminar los son los aspectos controvertibles respecto de los cuales las partes tenían derecho y ceden. (iv) Guarda silencio respecto a la Tarifa Administrativa cuando la misma había surgido hacía 6 años. (v) Para dar aplicación al Artículo 2469 del Código Civil se requiere que el contrato de transacción mencione los puntos en disputa y las concesiones de las partes. En el Contrato de Transacción la Tarifa Administrativa no se incluyó porque no fue considerada por los contratantes. (ix) La Juez no entiende cómo puede transigirse la Tarifa Administrativa en el Contrato de Transacción sin ser expresamente mencionada y al no entender afirma que los efectos de cosa Juzgada no permean la Tarifa Administrativa.

105. Todas esas afirmaciones de la Sentencia son erróneas y desconocen la realidad del proceso y del Contrato de Transacción.

106. El análisis inicia desvirtuando la excepción de Cosa Juzgada y Transacción que propuso Aires, aduciendo que el Contrato de Transacción sería “un formato” e insinuando con ello que no se trataría entonces de un acto jurídico válido o que pudiese producir los efectos de cosa juzgada y transacción previstos en el Código Civil. Esto, pese a que la Parte Demandante no presentó reparo alguno frente a la existencia, validez y eficacia del Contrato de Transacción. Tales afirmaciones no fueron sustentadas en la Sentencia pues no existe norma alguna que las soporte.

107. Así las cosas, la Sentencia desconoce que en la realidad comercial es dable y factible que una de las partes redacte el clausulado contractual o que emplee un “modelo” usado en otras oportunidades. Ello no es impedimento para que la otra parte manifieste su inconformidad o esté obligada a suscribir el documento, ni mucho menos le resta eficacia jurídica al acuerdo de voluntades válidamente celebrado por las partes. Sancionar esa realidad es establecer una causal de inexistencia o ineficacia contractual que no está prevista en el ordenamiento colombiano y que, por ello, no puede ser fundamento de una sentencia de un Juez de la República.

- 108.El supuesto de que una de las partes redacte el clausulado contractual, incluso se consagra en la ley como una de las pautas de interpretación de los contratos, en el Artículo 1624 del Código Civil, razón por la cual este fundamento de la Sentencia carece de asidero.
- 109.Inmediatamente después, de una forma circular, la Sentencia cuestiona en múltiples oportunidades, sin que Egotur lo hubiera solicitado, el contenido del Contrato de Transacción, calificándolo como “*general y poco detallado*” entre otras. Calificación que desconoce la realidad del Contrato de Transacción y los requisitos legales y jurisprudenciales para que un Contrato de Transacción sea válido y produzca los efectos de cosa juzgada.
- 110.A sabiendas de que el fallo iría en contravía de las normas aplicables se menciona el Artículo 2469 del Código Civil para aplicarlo de una forma desatinada y abiertamente contraria a lo establecido en tal norma.
- 111.Establece el Artículo 2469: “*DEFINICION DE LA TRANSACCION. La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual*”. La Sentencia, con base en esta definición indica que la transacción requiere que se mencionen las posibles disputas y concesiones, requisito que se cumplió en el Contrato de Transacción en el cual se circunscribió su objeto a las obligaciones y derechos derivados del Contrato de Agencia y Mandato:

SEGUNDA.- Terminación del Contrato de Agencia y Mandato Mercantil. Por medio del presente Contrato las Partes manifiestan que como consecuencia de la comunicación de fecha 24 de mayo de 2012 enviada a EL AGENTE y aceptada por esta última, el Contrato de Agencia y Mandato Mercantil tendrá vigencia hasta el día 8 de julio de 2012, fecha en la cual se entenderán extintas la totalidad de las obligaciones y derechos derivados de dicho Contrato de Agencia y Mandato Mercantil, especialmente pero sin limitarse a aquellos que se refieren al pago de los rubros correspondientes a la cesantía comercial y la indemnización a favor del Agente Mercantil previstos en el Código de Comercio.

TERCERA.- Términos De La Transacción y Concesiones Mutuas: En virtud de la celebración de este Contrato, las Partes hacen las siguientes concesiones recíprocas:

- 112.No obstante lo anterior, en lugar de dar aplicación a lo pactado por las Partes, la Sentencia creó un nuevo requisito que desconoce el Código Civil, para dar aplicación al Contrato de Transacción: la pormenorización de cada uno de los eventos futuros e inciertos que puedan darse. Si eso fuera cierto, el Artículo 2469 no podría incluir en la definición de la transacción los “litigios eventuales” y las partes de un Contrato no podrían suscribir una transacción al terminarlo hasta no demandarse. Tampoco existiría el Artículo 2485 que más adelante se cita en la misma Sentencia y consagra que las renunciaciones generales además de válidas deben interpretarse en el sentido de recaer sobre el objeto de la transacción, en este caso, la celebración, ejecución y terminación del

Contrato de Agencia y Mandato. Por consiguiente, es completamente censurable que la Sentencia se aparte de la realidad del ordenamiento jurídico y de estipulado por las Partes sin sustento alguno.

113. Es realmente salido de toda lógica que en la Sentencia se afirme que cada uno de los componentes del Contrato de Agencia y Mandato, debieron manifestarse expresamente en el Contrato de Transacción, cuando en otros apartes del mismo análisis se reconoce que nunca había existido disputa frente a la Tarifa Administrativa y por consiguiente no se trataba de un litigio pendiente sino de una posibilidad eventual.

114. Las normas del Código Civil sobre la transacción y sus efectos nunca han previsto que las renunciaciones sean pormenorizadas: por el contrario, prevén cómo deben ser las renunciaciones generales (Artículo 2485 del Código Civil); y los requisitos que si establecen las normas fueron completamente cumplidos en el Contrato de Transacción, deba reprocharse la errónea conclusión de la Sentencia.

115. Así las cosas, es tan clara la consonancia del Contrato de Transacción con los Artículos 2469 y 2485 del Código Civil que las afirmaciones de la Sentencia son más que transgresoras del régimen jurídico y desconocedoras del texto del Contrato de Transacción.

116. Lo anterior, también se corrobora al analizar pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, corporación que ha precisado cuáles son los requisitos para que un contrato de transacción exista y sea válido así: *“son tres los elementos específicos de la transacción a saber: primero, la existencia de un derecho dudoso o de una relación jurídica incierta, aunque no este aún en litigio; segundo, la voluntad o intención de las partes de mudar la relación jurídica dudosa por otra relación cierta y firme; tercero, la eliminación convencional de la incertidumbre mediante concesiones recíprocas²⁶”*, y en este caso el Contrato de Transacción los cumple a cabalidad como se verá, razón por la cual no existe un fundamento jurídico que sustente las conclusiones de la Sentencia.

117. Así, al analizar el contenido del Contrato de Transacción se puede concluir que calificarlo como general y decidir que la Tarifa Administrativa no se incluyó por no mencionarla expresamente son la muestra del sesgo y falta de rigurosidad con la que se profirió la Sentencia. Veamos:

118. Primero, el objeto del Contrato de Transacción circunscribió tal negocio al Contrato de Agencia y Mandato, y cubrió todos los derechos u obligaciones relacionadas con la

²⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 29 de junio de 2007. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo

celebración, ejecución y terminación del mismo Contrato o por cualquier otra causa directa o indirectamente relacionada con el Contrato así:

PRIMERA. - Objeto

(...)

(1.2., Poner fin a todas las diferencias y reclamaciones surgidas y que hubieren podido existir o puedan surgir dentro del futuro entre las partes ~~en relación o con ocasión al Contrato de Agencia y Mandato Mercantil~~ o por cualquier otra causa directa o indirectamente relacionada con este.)

(1.3., Por lo anterior, mediante el presente contrato, las Partes aceptan todos los derechos y obligaciones cierto o incierto que pudieren originarse a favor de cualquiera de ellas directa o indirectamente relacionadas con la celebración, ejecución y terminación del contrato de Agencia y Mandato Mercantil y cualquier otra relación comercial entre las partes relacionada con el mismo, quedan definitivamente transigidos mediante la suscripción del presente contrato.) (Subraya fuera de texto)

119. Entonces, lo que se debió concluir es que claramente el objeto del Contrato de Transacción establece que las partes acordaron poner fin a diferencias y reclamaciones, incluso futuras, relacionadas, directa e indirectamente, con el Contrato de Agencia y Mandato y dejar todo lo relativo a esa relación contractual precluido.

120. Sin embargo, la Sentencia permitió que Egotur inobservara las normas relativas a que los contratos son ley para las partes²⁷ y los efectos legales propios de la transacción, al exigir un nivel de especificidad no previsto en la ley, pero que en todo caso se cumplió, puesto que las renunciaciones del Contrato de Transacción son específicas al indicar que Egotur renunció expresamente a cualquier pago que pudiera emanar, directa e indirectamente, del Contrato de Agencia y Mandato.

121. Junto a lo anterior, Aires demostró que el Contrato de Transacción cumple con los requisitos previstos en el artículo 303 del Código General del Proceso para declarar probada la excepción de cosa juzgada: (i) identidad de partes, (ii) identidad de objeto, e (iii) identidad de causa, por consiguiente, es claro que Egotur renunció a las reclamaciones que están formulando en este proceso desde el año 2013.

122. Ahora bien, respecto a las Consideraciones del Contrato de Transacción, las mismas establecieron:

²⁷ Artículos 1602 del Código Civil y 865 del Código de Comercio.

CONSIDERACIONES

(a) QUE entre las Partes se celebró un Contrato de Agencia y Mandato Mercantil de fecha 3 de julio de 2003.

(b) QUE mediante comunicación escrita y con la debida antelación, AIRES informó a EL AGENTE su decisión de dar por terminado unilateralmente el Contrato de Agencia y Mandato Mercantil, el cual cesará sus efectos a partir del 9 de julio de 2012, estando así vigente hasta el 8 de julio de 2012.

(c) QUE la comunicación a la que se refiere el literal anterior fue debidamente recibida y aceptada por EL AGENTE el 24 de mayo de 2012.

(d) QUE es la intención de las Partes reflejar la situación contractual actual, así como transar cualquier disputa o reclamo actual o contingente que pudiera resultar de la celebración, ejecución, cesión y/o terminación del Contrato de Agencia y Mandato Mercantil.

(e) QUE en virtud de lo expuesto en las anteriores consideraciones las Partes acuerdan obligarse conforme las siguientes:

123. Tales Consideraciones se centraron en resumir la duración de la relación contractual y su terminación, que fue precisamente el objeto del Contrato de Transacción. Por consiguiente, nada obsta para que toda prestación quedara cubierta. Así, este argumento de la sentencia carece de fundamento legal o fáctico y es muestra del erróneo análisis realizado.

124. Todo esto muestra que la Sentencia se fundamentó en el supuesto silencio creador de derechos inexistentes. Premisa que es absolutamente errada en el derecho privado y en el contexto particular. Afirmar tal cosa va en contra de las normas de interpretación de los contratos y especialmente en contra los artículos 1618 “Prevalencia de la intención”, 1620 “Preferencia del sentido que produce efectos”, y 1622 “interpretación sistemática, por comparación y por aplicación práctica” del Código Civil. Tales Artículos obligan al operador jurídico a tomar en cuenta la forma en la cual se ejecutaron los contratos a la hora de interpretarlos. No es necesario que se tenga por escrito cuál es el sentido que las partes le conceden a determinadas circunstancias en disputa, el análisis debe observar el comportamiento, la intención, debe procurar dar efectos a lo escrito y también a lo ejecutado, no realizar una interpretación en ese sentido, va en contravía de las normas de interpretación en mención.

125. En este caso, la interpretación que realiza la Sentencia en el sentido de afirmar que por centrarse la transacción en todo lo relacionado con el Contrato de Agencia y Mandato, la misma es inaplicable a prestaciones o ítems puntuales, deja sin efectos la intención de los contratantes, el Contrato de transacción y la aplicación práctica que le dieron a lo contratado.

126. En consecuencia, la Sentencia ha debido dar aplicación tanto al objeto del Contrato de Transacción que menciona expresamente la fase de ejecución del Contrato de Agencia y Mandato y considerar probada la excepción de cosa juzgada. No obstante, se prefirió la conclusión errónea basándose en afirmaciones infundadas, contradictorias y completamente equivocadas.

2. La Sentencia erró al pretender sustentar la negativa a declarar las excepciones de cosa juzgada y transacción por cuanto, a juicio del Juzgado 34, Egotur no pudo extender una renuncia general a la Tarifa Administrativa por desconocer que tenía ese derecho.

127. La Sentencia, en abierta contradicción con lo probado, asume que la sociedad Egotur, sociedad comercial y profesional del comercio desconocía las normas aplicables y sus derechos y por consiguiente sin fundamento alguno un juez de la república debía salir a su protección.

128. Afirma la Sentencia *“la representante de la sociedad EGOTUR para tal momento desconocía tener derecho al pago de la misma, obsérvese desde el minuto 17:30 de la audiencia celebrada el 14 de diciembre de 2020”*. Esto, además de ser abiertamente contradictorio, como se verá, es muestra de la falta de fundamento probatorio de la Sentencia, ya que no hay una prueba diferente de esa circunstancia que el dicho de la misma parte.

129. Así, en lugar de dar aplicación a lo probado, buscando favorecer a Egotur a como diera lugar, se indica que Egotur desconocía la existencia de la Tarifa Administrativa y por consiguiente no se incluyó en el Contrato de Transacción. Sin embargo, omite el Juzgado 34 señalar que en realidad desde el año 2006 Egotur conocía la Resolución 03596 y la Tarifa Administrativa como quedó plasmado en otra parte de su misma Sentencia *“le fue informado de manera verbal y ligera que, dice la representante “Empiecen a aplicarla (refiriéndose a la resolución) y todo este dinero lo deposita a la cuenta de LAN en el primer momento de AIRES” (minuto 16:30) y es consciente, dice la Representante, de haber acatado tal disposición”*.

130. Los testigos que declararon en este caso y la misma Sentencia afirmaron: *“que Latam había buscado a Egotur para desarrollar su objeto social en atención a la experiencia que ostentaba y al conocimiento de la zona y esto resulta, pues más que de sentido lógico porque debía buscar a alguien que tuviese su trayectoria sino para que iba a agenciar sus servicios.”* Así las cosas, este hecho desvirtúa completamente el dicho de la representante legal de Egotur que fue acogido en abierta contradicción de lo probado respecto a que no conocía y era aceptable no haber conocido que la Tarifa Administrativa

pudo otorgarle derechos. Aceptar tal contradicción: por un lado la experiencia y trayectoria, y por otro, el total desconocimiento, es completamente reprochable.

131. Por consiguiente la conclusión de la Sentencia respecto a que *“óigase bien, nunca renunció o desistió de obtener el pago y reconocimiento de la tarifa administrativa”* desconoce abiertamente el Contrato de Transacción y que parece nunca haber sido leído por el Juzgado 34, Contrato que indica expresamente: *“el agente en consecuencia renuncia a cualquier derecho a exigir el pago de indemnización, prestación, cesantía, indemnización, prestación cesantía, comisión, compensación, erogación, honorario, intereses o cualquier pago relacionado directa o indirectamente con cualquier reclamo respecto de la negociación, ejecución y terminación del contrato de agencia y mandato mercantil o cualquier relación comercial entre las partes incluyendo, pero sin limitarse al pago de las prestaciones 1324 del Código de comercio de Colombia y cualquier otro reclamo relacionado con la existencia de un contrato de adición comercial”* [énfasis añadido].

132. Lo anterior, sumado a que como se explicó, las normas del Código Civil sobre la transacción y sus efectos nunca han previsto que las renunciaciones sean pormenorizadas: por el contrario prevén cómo deben ser las renunciaciones generales (Artículo 2485 del Código Civil); y, que los requisitos que si establecen las normas fueron completamente cumplidos en el Contrato de Transacción, deba reprocharse la errónea conclusión de la Sentencia.

133. Así, se hace evidente la precaria valoración probatoria de la Sentencia, sus contradicciones y su falta de fundamento.

3. La Sentencia erró al pretender sustentar la negativa a declarar las excepciones de cosa juzgada y transacción por cuanto, a juicio del Juzgado 34, La Tarifa Administrativa nunca pudo estar incluida en el Contrato de Transacción por ser un hecho ajeno al Contrato o una figura de origen legal.

134. En este punto, la Sentencia afirma que los efectos económicos de la Tarifa Administrativa pertenecen a Egotur porque el legislador habría supuestamente creado un derecho irrenunciable ajeno a la labor mercantil de Egotur y, que, según la Sentencia, no guardaría relación con el Contrato de Agencia y Mandato.

135. Nuevamente, el sustento la Sentencia son afirmaciones carentes de fundamento fáctico jurídico. Primero, tal afirmación además de carecer de lógica es contraria a lo afirmado incluso por la parte Demandante, quién en la primera de sus pretensiones de la demanda solicitó:

PRIMERA. Que se reconozca y declare que entre LATAM COLOMBIA AIRLINES S.A. -ANTES AEROVÍAS DE INTEGRACIÓN REGIONAL AIRES S.A.- y mi poderdante, EGOTUR LTDA., existió un contrato de agencia y mandato mercantil.

136. Sin que hubiera existido el Contrato de Agencia y Mandato ¿cómo habría pasado por las manos de Egotur el dinero recaudado por concepto de Tarifa Administrativa?

137. Solo basta revisar el objeto del Contrato contenido en su cláusula primera para evidenciar que parte del encargo realizado por Aires a Egotur comprendía que, como mandatario, Egotur cobrara cartera.

138. En segundo lugar, la afirmación referente a que la Tarifa Administrativa que busca percibir Egotur no tiene un fundamento en su labor mercantil es completamente falaz porque asume que Egotur, sin haber contratado con Aires, habría percibido la Tarifa Administrativa. Los valores que Egotur cobró y consignó a Aires surgieron en virtud del Contrato de Agencia y Mandato Mercantil, que, como se explicó, eran percibidos por el verdadero expedidor del tiquete, es decir, Aires.

139. En tercer lugar, habiendo entendido mínimamente el origen y la razón por la cual la Tarifa Administrativa pasó por las manos de Egotur, la conclusión no sería otra que indicar que la misma quedó incluida en múltiples disposiciones del Contrato de Transacción, de la siguiente forma:

- En las concesiones dadas por Egotur se acepta que no hubo relación distinta a la surgida en el Contrato de Agencia y Mandato:

Concesiones dadas por parte de EGOTUR (EL AGENTE)

3.1.,

b) EL AGENTE acepta expresamente que las únicas relaciones comerciales de Agencia sostenidas con EL AGENTE, fueron las derivadas del Contrato de Agencia y Mandato Mercantil, de fecha 3 de julio de 2013.

- En el Objeto del Contrato, como se explicó se circunscribe claramente la transacción a diferencias y reclamaciones en relación, con ocasión, directa e indirectamente relacionadas con el Contrato de Agencia y Mandato así:

PRIMERA.- Objeto

(-)

(1.2., Poner fin a todas las diferencias y reclamaciones surgidas y que hubieren podido existir o puedan surgir dentro del futuro entre las partes en relación o con ocasión al Contrato de Agencia y Mandato Mercantil o por cualquier otra causa directa o indirectamente relacionada con este.)

(1.3., Por lo anterior, mediante el presente contrato, las Partes aceptan todos los derechos y obligaciones cierto o incierto que pudieren originarse a favor de cualquiera de ellas directa o indirectamente relacionadas con la celebración ejecución y terminación del contrato de Agencia y Mandato Mercantil y cualquier otra relación comercial entre las partes relacionada con el mismo, quedan definitivamente transigidos mediante la suscripción del presente contrato.) (Subraya fuera de texto)

- Los literales d) y f) de la Cláusula 3.1 “Concesiones del Agente”, a continuación, dan cuenta de la manifestación de las Partes de incluir todo tipo de suma de dinero surgida en relación con el Contrato de Agencia y Mandato:

d) EL AGENTE reconoce y acepta que ya recibió a satisfacción por parte de Aires todos los valores a los que pudiere tener derecho por concepto de Cesantía Comercial, indemnizaciones, prestaciones, compensaciones, comisiones, gastos intereses u honorarios derivados de la celebración, ejercicio o terminación e contrato de agencia u mandato mercantil, o cualquier relación comercial e agencia sostenida entre las partes, incluyendo pero sin limitarse a las prestaciones contempladas por el artículo 1324 del código de comercio.

f) EL AGENTE en consecuencia renuncia a cualquier derecho a exigir el pago de Indemnización, prestación, cesantía, comisión, compensación, erogación, honorario, intereses o cualquier pago relacionado, directa o indirectamente, con cualquier reclamo respecto de la negociación, celebración, ejecución y terminación del Contrato de Agencia y Mandato Mercantil o cualquier relación comercial entre las Partes, incluyendo pero sin limitarse al reclamo de las prestaciones contempladas por el Artículo 1324 del Código de Comercio de Colombia y cualquier otro reclamo relacionado con la existencia de un contrato de agencia comercial.

140. En cuarto lugar en lo referente a la falta de pronunciamiento escrito respecto al alcance de la Tarifa Administrativa, la Sentencia se contradice porque anteriormente afirmó que Egotur desconocía la existencia de la misma. Ahora, pretende excusar la mala fe de Egotur diciendo que era necesario algún comunicado escrito conforme al clausulado

contractual. Omite la Sentencia referirse, de nuevo, a las normas sobre interpretación de los Contratos y en especial al Artículo 1622 del Código Civil “Interpretación (...) por aplicación práctica”, con base en la cual debió exigirse a Egotur respeto por lo ejecutado.

141. Permitir lo anterior equivale a avalar por parte del juzgador de primera instancia la deslealtad negocial y la flagrante violación al principio de buena fe contractual.

142. Finalmente, incluso si se asumirá que el pago de la Tarifa Administrativa por parte de una aerolínea a sus agentes comerciales es una obligación legal, ello no significa que la misma no es renunciable. Los Artículos 2472 y 2473 del Código Civil enmarcan el alcance de una transacción, y el Artículo 2476 solo prohíbe transigir derechos ajenos o inexistentes. Así las cosas, en la hipótesis en discusión, Egotur nunca transigió su estado civil ni una acción criminal, razón por la cual no hay fundamento jurídico para indicar que está prohibido transigir prestaciones emanadas de la ley. Junto a ello, la Corte Suprema de justicia ha permitido la renuncia de prestaciones principales del contrato de agencia comercial²⁸, entonces ¿por qué estaría prohibido renunciar a supuestas “prestaciones” colaterales igualmente de origen legal?

143. Así las cosas, dado que no existe norma que impida que un agente comercial pueda transigir ciertos derechos económicos, y, por el contrario, la Corte Suprema de Justicia ha aceptado que el agente comercial puede renunciar a prestaciones principales tales como la Cesantía Comercial²⁹, y el Contrato de Transacción es completamente claro al concluir toda reclamación derivada de la única relación comercial que hasta el momento tenían las Partes, que era la estipulada en el Contrato de Agencia y Mandato, por consiguiente, lo decidido al respecto en la Sentencia es erróneo y desconocedor de lo múltiples elementos probados en el proceso.

4. La Sentencia erró al pretender sustentar la negativa a declarar las excepciones de cosa juzgada y transacción por cuanto, a juicio del Juzgado 34, era necesario que el Contrato de Transacción se validara previamente por un juez.

144. La Sentencia en flagrante desconocimiento de las normas civiles y comerciales, crea un nuevo requisito de validez (validez que además nunca se cuestionó en el proceso) para

²⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias (i) del 19 de octubre de 2011, Rad. 2001-00847-01 M.P. William Namén; (ii) del 3 de mayo de 2017, Rad. 2011-00081-01 en la que se indicó: “pueden los contratantes acordar la renuncia (...) precisamente porque su regulación no constituye norma de orden público”.

²⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias (i) del 19 de octubre de 2011, Rad. 2001-00847-01 M.P. William Namén; (ii) del 3 de mayo de 2017, Rad. 2011-00081-01 en la que se indicó: “pueden los contratantes acordar la renuncia (...) precisamente porque su regulación no constituye norma de orden público”.

los Contratos de Transacción: su reconocimiento judicial. Específicamente se dijo en la Sentencia: “*El contrato de transacción invocado por ser extrajudicial y por no haber existido proceso judicial con anterioridad entre los intervinientes no había sido sometido a consideración de un juez de la república*”. Posteriormente sin razonamiento adicional alguno se concluye que por consiguiente el mismo no cobija la Tarifa Administrativa. ¿Qué tiene que ver una cosa con la otra?

145. Los Contratos de Transacción surgen de la autonomía de la voluntad de las partes para disponer de sus derechos. Por esa razón, deben observarse y respetarse. Al respecto la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado indicando: “*como el demandado por un acto exterior inequívoco se comprometió a respetar la convención y dar estricto cumplimiento a sus términos, ahora no puede **burlar su imperatividad bajo la idea de que fue descuidado**. El principio de **auto-responsabilidad** impone, en este caso, que se de prevalencia a la declaración para concluir que asintió en el escrito como unidad comprensiva de los negocios jurídicos de transacción y compromiso³⁰”.*

146. La Corte Suprema también ha identificado los Contratos de Transacción como mecanismos auto-compositivos de resolución de conflictos cuya naturaleza es netamente extrajudicial³¹. Además, hace ya bastante décadas, la Corte reconoció todo lo contrario a lo que pretende la errónea sentencia y es que no es necesario ningún visto bueno judicial para que surja plenos efectos. Específicamente se precisó “*Como de vieja data lo ha expresado la Corte "la controversia de allí en adelante carece de objeto, porque ya no hay materia para un fallo, y de fin, porque lo que se persigue con el proceso y la sentencia ya está conseguido. Las partes se han hecho justicia así mismas, directa y privadamente, en ejercicio de su libertad, de modo que la jurisdicción, que es institución subsidiaria, quedó sin qué hace (...)"³²”.*

147. Lo anterior, sumado a que en este caso el Contrato de Transacción cumple a cabalidad los requisitos de validez, como se mencionó en los numerales anteriores, implica que no existe un fundamento jurídico que sustente las conclusiones de la Sentencia.

³⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 15 de enero de 2019. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo

³¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 1 de marzo del 2018. M.P. Margarita Cabello Blanco

³² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 20 de enero de 1987. M.P. Eduardo Carcía Sarmiento

5. La sentencia analizó erradamente el efecto que las partes dieron al Contrato de Transacción suscrito por ellas

148. A pesar de no haberse interpuesto pretensión alguna respecto al Contrato de Transacción, en este ni en otro proceso, se indicó en la Sentencia “*advierte esta funcionaria judicial que el mismo no tiene la virtualidad de generar los efectos previsto en el artículo 2483 del Código Civil respecto de la tarifa administrativa y por ende no será declarado como probado*”. Tal declaración contraviene abiertamente lo pactado por las Partes cuando suscribieron el Contrato de Transacción que Egotur pretende desconocer en este proceso.

149. Quedó plenamente desvirtuado que el hecho de que la Tarifa Administrativa no se hubiera incluido expresamente en el texto de Contrato de Transacción, no significa que la misma haya quedado por fuera. Tal como se explicó, el Artículo 2485 del Código Civil circunscribe la renuncia general de los derechos al objeto de la transacción, en este caso: la celebración, ejecución y terminación del Contrato de Agencia Comercial y Mandato. Por consiguiente, la Tarifa Administrativa que hizo parte de un componente del Contrato de Agencia y Mandato, como lo era el precio del tiquete aéreo y las actividades que Egotur desarrollaba en beneficio de Aries en virtud del mismo, está incluida en la etapa de la ejecución del Contrato, a lo cual se le dio cierre por medio del Contrato de Transacción.

150. Junto a ello, las cláusulas Cuarta y Quinta del Contrato de Transacción es clara en establecer que las partes quieren darle el efecto de cosa juzgada al mismo, así:

CUARTA.- Integralidad: Este Contrato ha sido celebrado por las Partes en forma totalmente voluntaria y con la clara intención de acogerse a las consecuencias legales establecidas en el artículo 2483 del Código Civil. Este Contrato sustituye cualquier acuerdo escrito o verbal que hayan celebrado las Partes y, por lo tanto, constituye el único contrato de transacción entre ellas respecto de la negociación, celebración, ejecución y terminación del Contrato de Agencia y Mandato Mercantil, y cualquier otra relación comercial entre las Partes con el mismo propósito, y respecto de cualquier otra causa directa o indirectamente relacionada con las mismas.

QUINTA.- Efectos: Las Partes expresan su voluntad de que este Contrato surta los efectos de una sentencia ejecutoriada en última instancia y de que las renunciaciones contenidas en este Contrato surtan plenos efectos y tengan plena validez y fuerza legal, sea cual fuere la jurisdicción en que sean invocadas, alegadas o defendidas. En consecuencia, las partes

151. Con base en todo lo anterior, todos los forzados argumentos de la Sentencia para desconocer la claridad de lo pactado y ejecutado deben desestimarse completamente. No hacerlo iría en contravención de lo pactado por las partes y las normas aplicables.

E. La Sentencia se basó en una errada y parcializada valoración probatoria

152. La Sentencia se caracteriza por su deficiente y selectivo análisis probatorio. Las pocas referencias a las pruebas del proceso fueron, además, analizadas erradamente, fuera de contexto, sin atender a las demás pruebas y alegaciones que obran en el expediente y, al parecer, pretendiendo favorecer a Egotur a costa de los hechos probados. Lo anterior es tan evidente que la principal prueba que sustentaría la Sentencia es el dicho de la propia parte Demandante en su interrogatorio de parte.

1. La Sentencia basó múltiples conclusiones en el dicho carente de prueba de la propia Egotur

153. Las “premisas” más relevantes invocadas en la Sentencia para conceder las pretensiones principales de la demanda y condenar a Egotur pretendieron ser fundamentadas en el interrogatorio de parte de la representante legal de Egotur.

154. Un ejemplo de esto fue tomar la siguiente declaración para sustentar un supuesto abuso de Aires: *“en audiencia celebrada el 14 de diciembre de 2020, le fue informado de manera verbal y ligera que, dice la representante “Empiecen a aplicarla (refiriéndose a la resolución) y todo este dinero lo deposita a la cuenta de LAN en el primer momento de AIRES “ - minuto 16:30”.*

155. Otro ejemplo se evidencia en la siguiente afirmación contenida en la Sentencia: *“según lo manifestado por la representante legal de Egotur y los testigos por ella citados, los servicios de transporte aéreo de pasajeros vendidos durante el mes de noviembre de 2006 al 8 de julio de 2012 se vendieron de manera presencial”,* es decir, se asume con base en esos dichos que el hecho de estar presente en Apartadó significaba que la venta debía entrar directamente al patrimonio de Egotur. No obstante, echó de menos la sentencia que las pruebas documentales aportadas por la misma Egotur dan cuenta de lo contrario. Por ejemplo, en el informe de auditoría se indica expresamente que las ventas se realizaban PARA Aires, tal como se pactó en el Contrato de Agencia y Mandato:

Se procede a verificar de donde surge la tasa administrativa, en los CUADRES DIARIOS DE CAJA DE OFICINA Y AEROPUERTOS se verifican en primer caso los valores de TASA ADMINISTRATIVA, dichos valores luego pasan a ser liquidados en los REPORTE DE VENTAS PARA AIRES S.A OFICINA y AEROPUERTO, como se expresa en los siguientes cuadros extraídos de los archivos de las hojas de cálculo guardados en los sistemas operativos de la empresa EGOTUR LTDA

156. Mostrando lo anterior que la venta se realizaba para, a favor, de Aires.
157. Todo esto muestra el parcializado análisis a través del cual se buscó favorecer a Egotur por encima de las normas aplicables, el Contrato de Agencia y Mandato y la realidad de lo sucedido.
158. Todo lo anterior va en clara contravía del ordenamiento jurídico y vulnera el núcleo central del derecho fundamental al debido proceso. Como lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia “*El debido proceso constituye un conjunto de garantías fundamentales que deben respetarse en todo proceso, trámite, juicio y actuaciones administrativas, (...) postulados estos que están consagrados como derecho fundamental en el artículo 29 de la Constitución Política*³³”. Esas garantías también deben incluirse en el análisis del caso y por consiguiente en la Sentencia que le ponga fin. No obstante, el Juzgado 34 decidió oír sólo a una de las partes y tener en cuenta sólo sus pocas pruebas para llegar a una decisión errada.
159. Dentro de las garantías que una parte debe contar tanto a lo largo de un proceso como, con mayor razón, en la sentencia que lo decida, se encuentran:

*(i) El derecho a la jurisdicción, que a su vez conlleva los derechos al libre e igualitario acceso a los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo; (ii) el derecho al juez natural, identificado como el funcionario con capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley; (iii) **El derecho a la defensa**, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados **para ser oído** y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando sea necesario, a **la igualdad ante la ley procesal, a la buena fe** y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso; (iv) el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables; (v) el derecho a la independencia del juez, que solo es efectivo cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo y (vi) el derecho a la independencia e **imparcialidad** del juez o funcionario, quienes siempre deberán **decidir con fundamento en los hechos, conforme a los imperativos del***

³³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 14 de agosto de 2007. MP. Pedro Octavio Munar Cadena.

orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas³⁴.

160. Conforme a lo anterior, el derecho a la defensa incluye el derecho a ser oído, a ser tratado con igualdad ante la ley procesal y a que se respete la presunción de buena fe. Junto a estas garantías del derecho a la defensa, la imparcialidad del juez y la necesidad de que decida basándose en la totalidad de los hechos y de las normas aplicables, sin prevenciones de ningún tipo, va a garantizar precisamente ese tratamiento equitativo e imparcial. Tratamiento que no se reflejó durante el proceso ni en la Sentencia.
161. Así las cosas, es absolutamente necesario que Tribunal Superior revoque la Sentencia para que las garantías propias del debido proceso sean por fin aplicadas. Contrario sensu, el presente proceso conduciría a una sentencia configuradora de una vía de hecho judicial por defecto fáctico y/o defecto procedimental.

2. La Sentencia desconoció las graves irregularidades y deficiencias procesales que afectan la credibilidad del dictamen pericial

162. La Sentencia omite analizar los reparos de Aires al dictamen pericial presentado por Egotur. Simplemente se refiere a esta prueba afirmando *“Es menester, señalar dentro de la etapa probatoria se advirtió que con la experticia rendida no fueron allegadas algunas facturas de venta, sin embargo, para esta juzgadora tal omisión no afectó el análisis y tampoco la conclusión del perito, ya que el objeto de la experticia se limitaba a determinar el monto de la tarifa administrativa causada y no pagada y no se trataba de llevar a cabo una auditoría contable.”* Es completamente inaceptable tal afirmación, ya que muestra la decisión del Juzgado 34 de inaplicar el numeral 10 del Artículo 226 del Código General del Proceso, sin sustento alguno.
163. Cabe resaltar que las facturas de venta omitidas en realidad no existieron y es inaceptable que el Juzgado 34 no haya reparado en este asunto central del debate. Las facturas de venta del Contrato de Agencia y Mandato eran los tiquetes aéreos expedidos por Aires, quién asumió todas las cargas que emanaban de esas ventas, tal como asumir los impuestos derivados de esa respectiva operación, como bien lo explicó Erika Zarante en su declaración de parte: *“el ingreso iba al patrimonio de la aerolínea porque así lo establece la norma, así lo establece la resolución 3596, le corresponde la tarifa administrativa al expedidor del tiquete. Si era una agencia de viajes, le correspondía a la agencia de viajes, quién, en su propio nombre expedía el tiquete*³⁵”. Por lo tanto, pasando por alto una realidad tan evidente, la Sentencia sin análisis alguno, prefiere

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-341 de 2014

³⁵ Audiencia del 16 de febrero de 2021, Declaración de Parte de Erika Zarante Bahamón.

presumir que el dictamen pericial era idóneo, lo cual constituye una flagrante violación a las normas aplicables.

164. Además de advertir que el dictamen pericial no relacionó y adjuntó toda la información supuestamente utilizada para su realización, también se advirtió durante la audiencia de interrogatorio del Perito que (i) se apoyó en personas no identificadas en el texto del dictamen para realizar el mismo³⁶ (violación al # 3 del Art. 226 del CGP). (ii) entró a interpretar jurídicamente la Resolución 03596 (violación al # 1 d el Art. 226 del CGP) y (iii) a pesar de ser un supuesto dictamen contable, no revisó contabilidad ni sustentos, ya sólo realizó cálculos aritméticos. La Sentencia omitió pronunciarse sobre todos estos aspectos.

165. Finalmente y aún más grave, mi representada puso de presente en los alegatos de conclusión que, a pesar de que el Perito manifestó bajo la gravedad de juramento (...) que actuó de manera leal e independiente en el ejercicio de su labor (Página 142 de Demanda y Anexos), e indicó que se había apoyado en sus asistentes, todas mujeres, mostrando incluso una fotografía de ellas durante su interrogatorio, el al proceso se allegó un documento en formato Word, titulado “APARTADO PERITAJE JUNIO 17” donde hay inserciones, cambios y modificaciones tanto a preguntas como a respuestas, identificados a través de la herramienta “control de cambios” por parte de un usuario “Gloria” y un usuario “Juan Camilo”. Tal situación ni si quiere fue objeto de mención en la Sentencia. A continuación, una fotografía del documento que fue incorporado a expediente a través de un C.D.:

The image shows a document with tracked changes. The text includes references to laws and articles, such as 'LEY Ley 1395 de julio 12 del año 2010 y el artículo 226 del Código General del Proceso'. There are several sections highlighted in green and blue, including 'PREGUNTAS DEL APODERADO DE LA PARTE ACTORA AL PERITO' and 'PETICIONES PRINCIPALES OBJETO DE ESTUDIO'. On the right side, there is a list of users who made changes, including 'GLORIA' and 'JUAN CAMILO', with their respective change counts and formats. At the bottom, there is contact information for the document's author.

anticipada, está de acuerdo con la LEY Ley 1395 de julio 12 del año 2010 y el artículo 226 del Código General del Proceso.¶

¶

La demandante sociedad comercial EGOTUR LTDA., solicita le sean reintegrados los dineros correspondientes a la tarifa administrativa estatuida por la Resolución mencionada de la Aeronáutica Civil, así como la indemnización moratoria con intereses y pagados los daños y perjuicios materiales por la retención indebida de dichos dineros causados que causó un enriquecimiento ilícito sin causa para por la empresa demandada y un empobrecimiento correlativo para la sociedad demandante, dentro de la relación comercial que existió del 3 de julio del año 20043 al día 8 de julio de 2012 entre ambas partes entre los años 2006 y 2012. ¶

¶

▪ Teniendo en cuenta lo anterior, el presente estudio se desarrolla de acuerdo con lo solicitado por el apoderado de la parte demandante. Los puntos a desarrollar en el estudio económico son los siguientes.¶

¶

PREGUNTAS DEL APODERADO DE LA PARTE ACTORA AL PERITO¶

¶

PETICIONES PRINCIPALES OBJETO DE ESTUDIO¶

1)→ Sírvase informar sobre la existencia de una relación comercial entre la Señora Sociedad comercial EGOTUR LTDA, representada legalmente por la Señora FADYEE BETANCUR QUINTERO, y LATAM COLOMBIA AIRLINES S.A, antes AEROVÍAS DE INTEGRACIÓN REGIONAL AIRES S.A.¶

Carrera 10-Nº-16-39; Oficina-1514; Edificio Seguros Bolívar¶
Telefax: 3421063--2832506, Celular: 3124372792, ¶
E-dictamenpericial@gmail.com, Bogotá D.C.; Colombia. ¶

GLORIA
Con formato: Izquierda

JUAN CAMILO
Con formato: Fuente: 12 pto

JUAN CAMILO
Con formato: Fuente: 12 pto, Color de fuente: Automático, Español (España - alfabetización tradicional)

JUAN CAMILO
Con formato: Fuente: 12 pto

JUAN CAMILO
Con formato: Fuente: 12 pto, Color de fuente: Automático, Español (España - alfabetización tradicional)

JUAN CAMILO
Con formato: Fuente: 12 pto

JUAN CAMILO
Con formato: Fuente: 12 pto, Color de fuente: Automático, Español (España)

JUAN CAMILO
Con formato: Fuente: 12 pto, Color de fuente: Automático, Español (España)

JUAN CAMILO
Con formato: Fuente: 12 pto, Color de fuente: Automático, Español (España)

JUAN CAMILO
Con formato: Fuente: 12 pto

³⁶ Audiencia del 16 de febrero de 2021, Interrogatorio del perito contable y financiero.

166. Por consiguiente, la Sentencia decidió omitir las múltiples irregularidades del dictamen sólo para darle aplicación y debe revocarse.

3. La Sentencia se basó en el testimonio de Pilar Córdoba cuando quedó probado que ella no tenía conocimiento de hechos relevantes para el proceso y por consiguiente su credibilidad está seriamente afectada

167. Fue claro a lo largo de la declaración testimonial de Pilar Córdoba y especialmente en su parte final, que la misma desconocía el año en el cual fue expedida la Resolución 3596. La testigo afirmó que la Resolución estaba vigente desde el año 2003 y que otra aerolínea (Aces) supuestamente se la habrían reconocido a Egotur. No obstante lo anterior, la aerolínea Aces fue liquidada en el año 2003, 3 años antes de que se proferiera la Resolución 3596 de 2006 que estableció la Tarifa Administrativa. Además, la testigo indicó haberse desvinculado de Egotur en el año 2006, pero aun así afirmó cómo funcionó la relación comercial entre las Partes supuestamente durante toda la ejecución del Contrato de Agencia y Mandato³⁷.

168. Todo esto lleva a concluir que existen diversas circunstancias en el dicho de la testigo que ponen en entredicho su falta de espontaneidad y credibilidad. La Sentencia, no obstante, le da completa credibilidad a la testigo y se basa en su dicho para declarar probado que Egotur supuestamente realizaba ventas directas, cuando la testigo no pudo tener conocimiento de toda la ejecución del Contrato de Agencia y Mandato, ni sustentó tampoco sus afirmaciones al respecto.

4. La Sentencia aplicó erradamente el Artículo 194 del Código General del Proceso para declarar una supuesta “confesión tácita” que es a todas luces improcedente

169. La Sentencia concluye que Egotur tenía derecho a percibir la Tarifa Administrativa por ser un intermediario, pero que en la práctica no la recibió debido a que Aires la instruyó de forma contraria. Posteriormente respecto a esa supuesta instrucción establece: *“la instrucción en comento no fue puesta de presente de forma exclusiva por la parte demandante sino que también la sociedad demanda al contestar la demanda de forma reiterada confeso tácitamente a verla y aquí me sustentó en el artículo 194 del código General del Proceso, confeso tácitamente haberla emitido”*.

170. Tal afirmación es evidentemente contraria a las normas del Código General del Proceso y es prueba del errado análisis probatorio que se incluye a lo largo de toda la Sentencia.

³⁷ Audiencia del 17 de febrero de 2021, Declaración testimonial de Pilar Karina Córdoba. Entre múltiples incoherencias responde a la pregunta de en qué años se expidió la Tarifa Administrativa: “Eso fue en el año 2003”.

171. Primero, el artículo 194 en mención establece “*El representante legal, el gerente, administrador o cualquiera otro mandatario de una persona, podrá confesar mientras esté en el ejercicio de sus funciones. La confesión por representante podrá extenderse a hechos o actos anteriores a su representación.*” Así las cosas, la norma no prevé la supuesta confesión tácita de una parte al contestar la demanda.

172. Incluso, lo que parecería estar buscando la Sentencia es establecer la confesión presunta de la que trata el artículo 205 del Código General del Proceso. Tal norma opera expresamente en los eventos que consagra y dispone:

*“ARTÍCULO 205. CONFESIÓN PRESUNTA. La **inasistencia** del citado a la audiencia, la **renuencia** a responder y las respuestas evasivas, harán presumir **ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión sobre los cuales versen las preguntas asertivas** admisibles contenidas en el interrogatorio escrito.*

*La misma presunción se deducirá, respecto de los **hechos susceptibles** de prueba de confesión contenidos en la demanda y en las excepciones de mérito o en sus contestaciones, **cuando no habiendo interrogatorio escrito el citado no comparezca, o cuando el interrogado se niegue a responder** sobre hechos que deba conocer como parte o como representante legal de una de las partes.*

***Si las preguntas no fueren asertivas** o el hecho no admitiere prueba de confesión, **la inasistencia, la respuesta evasiva o la negativa a responder se apreciarán como indicio grave** en contra de la parte citada”. (Énfasis añadido)*

173. Con base en tal Artículo queda claro que la norma regula unas situaciones que nunca se presentaron en el proceso. Primero, la representante legal de Aires acudió a todas las audiencias y respondió todas las preguntas. Segundo, la demanda se respondió sin evasivas. Así, no hay lugar a la aplicación de la “confesión presunta”. Finalmente, el artículo nunca trata la “confesión tácita” a través de efectivamente contestar la demanda. Por consiguiente, Tal calificación es ilegal y errónea.

174. Corroborando lo anterior, explica la Corte Suprema de Justicia las dos hipótesis que consagra el Artículo 205 del Código General del Proceso -sin incluir en ningún supuesto lo declarado por el Juzgado 34- así:

*“Esta norma [el Artículo 205 del Código General del Proceso], que en lo medular reproduce lo ya dispuesto en los artículos 617 y 618 del Código Judicial de 1931 o en el 210 del recientemente derogado Código de Procedimiento Civil, prevé que el aludido tipo de confesión tendrá lugar, **primero, cuando citado personalmente el absolvente, con señalamiento de la fecha y hora para llevar a cabo la audiencia***

donde hubiere de recibirse su declaración, sea renuente a responder o dé respuestas evasivas, *hará presumir como ciertos los hechos susceptibles de esa prueba sobre los cuales “versen las preguntas asertivas admisibles contenidas en el interrogatorio escrito”.*

*La segunda hipótesis, que debe entenderse en conjunción con el numeral 4° del artículo 372 del Estatuto Procesal, establece, sin ambages, **que la inasistencia injustificada del citado a la diligencia,** “(...) hará presumir ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión contenidos en la demanda y en las excepciones de mérito o en sus contestaciones³⁸”.*

175. También establece dicha corporación que el mérito probatorio de la confesión presunta está sujeta a las exigencias generales de toda confesión y que además conforme al Artículo 197 del CGP “admite prueba en contrario”³⁹. En este caso no se dan los supuestos para declarar la confesión presunta, y existen múltiples elementos que desvirtúan completamente la forzada declaración en la que tuvo que incurrir el Juzgado 34 para darle la razón a Egotur a como diera lugar. Por consiguiente, la Sentencia debe revocarse.

F. Otras omisiones y errores en que incurrió la Sentencia

1. La Sentencia omitió analizar de fondo la totalidad de las excepciones alegadas y probadas por Aires

176. Existían todos los elementos para declarar probadas las excepciones que surgieron a lo largo del proceso, pero la Sentencia contrariando las normas aplicables decidió omitir el análisis de las mismas indicando que *“En lo que respecta a los demás medios de defensa enunciados en las alegaciones finales ausculto esta juzgadora lo obrante en el plenario y advierte que no se encuentran probadas motivo por el cual resulta imposible darle aplicación al artículo 282 del Código General del Proceso para declararlas de oficio, no es posible.”*

177. En efecto, la Sentencia no efectuó ningún análisis sobre las excepciones planteadas por Aires. De haber existido habría tenido que declarar que:

- i. Egotur pretende desnaturalizar la relación contractual – No se discute existencia de agencia comercial.

³⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 15 de diciembre de 2017. MP. Luis Armando Tolosa Villabona.

³⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 15 de diciembre de 2017. MP. Luis Armando Tolosa Villabona.

- ii. Egotur nunca actuó como agencia de viajes de Aerovías de Integración Regional.
- iii. Egotur renunció a la tarifa administrativa por sus propios actos y su conducta.
- iv. Egotur no demostró los presupuestos que fundamentaban sus pretensiones.
- v. Reconocer a Egotur la tarifa administrativa generaría un enriquecimiento sin justa causa en perjuicio de Aerovías de Integración Regional en virtud de los montos pagados por concepto de IVA de la Tarifa Administrativa y de la comisión pagada a Egotur.

2. La Sentencia erró al conceder a Egotur una indexación que no fue solicitada en la demanda

178.La indexación que se concedió a favor de Egotur sobre los valores que Aires fue condenada a pagar a la Demandante no fue solicitada en las pretensiones de la demanda, por lo que la Sentencia excedió el marco que le fija la misma.

179.Por consiguiente, la Sentencia no estuvo en consonancia con lo solicitado en la demanda. Basta para ello cotejar lo declarado en la Sentencia con la literalidad de las pretensiones segunda a decima octava de la reforma a la demanda para encontrar que la indexación o corrección monetaria nunca fue solicitada por Egotur.

180.En efecto, el texto repetitivo de dichas pretensiones señala:

ABOGADOS
CUARTA. Que se declare que existió un abuso del derecho por parte de LATAM COLOMBIA AIRLINES S.A. -ANTES AEROVÍAS DE INTEGRACIÓN REGIONAL AIRES S.A.- en contra de la sociedad EGOTUR LTDA., representada por FADYEE BETANCUR QUINTERO, por la retención indebida de las tarifas administrativas consignadas por dicha compañía en el año 2007, equivalentes a la suma de OCHENTA Y UN MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y UN MIL SETENTA Y CUATRO PESOS (\$81.731.074), las cuales se descuentan de las ventas totales realizadas por EGOTUR LTDA por concepto de venta de tiquetes aéreos de pasajeros de dicha aerolínea durante ese año.

Consecuencialmente, que se declare:

DÉCIMA. Que se ordene a LATAM COLOMBIA AIRLINES S.A. -ANTES AEROVÍAS DE INTEGRACIÓN REGIONAL AIRES S.A.- el reembolso en favor de la sociedad EGOTUR LTDA., representada por FADYEE BETANCUR QUINTERO, de las retenciones indebidas de las tarifas administrativas consignadas por dicha compañía en el año 2006, equivalentes a la suma de VEINTICUATRO MILLONES DIECISIETE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES PESOS (24.017.993), las cuales se descuentan de las ventas totales realizadas por EGOTUR LTDA por concepto de venta de tiquetes aéreos de pasajeros de dicha aerolínea entre noviembre y diciembre de ese año.

181. Posteriormente, en la Pretensión 17 se pidieron intereses moratorios que fueron negados en la Sentencia, así como las pretensiones subsidiarias. Por consiguiente, es claro que la Sentencia se excedió en conceder más de lo solicitado por la Parte Demandante.
182. Al respecto, cabe recordar que el Artículo 336 del Código General del Proceso incluye dentro de las causales del recurso extraordinario de casación “3. *No estar la Sentencia en consonancia con los hechos, con las pretensiones de la demanda, o con las excepciones propuestas por el demandado o que el juez ha debido reconocer de oficio*”. Esto tiene fundamento precisamente en el principio de congruencia que debe existir entre lo acontecido en el proceso y la Sentencia, situación que se extraña en este caso.

3. La Sentencia desconoció la técnica con la que debió proferirse

183. El artículo 280 del Código General del Proceso establece: “**CONTENIDO DE LA SENTENCIA.** (...) *deberá contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda, las excepciones, cuando proceda resolver sobre ellas, las costas y perjuicios a cargo de las partes y sus apoderados, y demás asuntos que corresponda decidir con arreglo a lo dispuesto en este código.*”
184. Inobservando lo establecido en dicha norma, la Sentencia se profirió en el siguiente orden conforme fue indicado en audiencia “*Indicaré primero que todo cuál es cuál va a ser el desarrollo de la providencia en algunos capítulos por decirlo así, entonces primero que todo se harán un análisis preliminar, luego entraría a determinar cuál fue la génesis de la reclamación pretendida, tercero: se evaluará la cosa juzgada excepción propuesta, cuarto se determinará o se indicará cuál es el concepto y el sujeto activo de la tarifa administrativa, luego procederá en quinto lugar a determinar si existe el abuso del derecho o no y si las pretensiones principales prosperan o no, y pues se desarrollara la parte resolutive finalmente.*”

185. Posteriormente se establece “*Procederá esta funcionaria judicial a honrar al respecto, puesto que, de prosperar dicha excepción, no tendría sentido indagar en la posible viabilidad que tiene las pretensiones de la demanda.*”

186. Así, sin explicación ni fundamento la Sentencia desconoció el Artículo 280 en mención al no pronunciarse sobre la prosperidad de las pretensiones antes de analizar las excepciones, como debió hacerse.

187. Todas estas licencias que decidió darse el Juzgado 34 en la Sentencia son violatorias del régimen jurídico y hacen concluir que la Sentencia es completamente errada, realizando unos análisis sesgados y, por consiguiente, equivocados y más allá de lo solicitado y debatido en el proceso.

4. La Sentencia violó abiertamente el principio según el cual nadie puede beneficiarse de su propia culpa, pilar fundamental de nuestro régimen jurídico

188. La Corte Suprema de Justicia ha señalado que, con base en el principio según el cual nadie puede alegar en su beneficio ni el de terceros su propia culpa, conocido como *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*⁴⁰, quienes con desconocimiento de tal postulado pretendan acudir a la judicatura “*son indignos de ser escuchados por la justicia*”⁴¹. Esto es precisamente lo que ocurrió en este caso y que debió haber sido reconocido en la Sentencia.

189. En efecto, se demostró con suficiencia como, por años Egotur desarrolló su relación comercial con Aires y jamás alegó tener derecho a percibir la Tarifa Administrativa que reclamó en este proceso. Por el contrario, se probó como Egotur recaudó y giró los valores de dicha tarifa a Aires por más de 6 años sin objeción alguna. Posteriormente, al terminarse la relación comercial entre las Partes, Egotur suscribió el Contrato de Transacción para cerrar, con efectos de cosa juzgada y sentencia de última instancia, cualquier reclamación derivada de la relación que existió entre las partes y cualquier reclamación futura. En dicha oportunidad Egotur tampoco planteó su supuesto descontento por no haber conservado la Tarifa Administrativa.

190. Así las cosas, las alegaciones de Egotur resulta tardías y van en contra de sus propios actos y del principio de buena fe contractual que se encuentra consagrado en la Constitución Política, el Código Civil y el Código de Comercio. Prueba de esta flagrante atribución que permitió la Sentencia son las siguientes pruebas recaudadas:

⁴⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 5 de julio de 2005.

⁴¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 23 de junio de 1958.

- Egotur reconoce en los documentos allegados con la demanda que era ella misma quien cobraba y giraba a Aires el dinero recaudado por la Tarifa Administrativa⁴².
- El testigo Jorge Alexander Gómez también lo reconoció al indicar que incluían Tarifa Administrativa en los valores que posteriormente se transferían a Aires así: *“nosotros vendíamos distintos tiquetes, había que incluirla [la tarifa administrativa] porque así estaba discriminado en el tiquete y luego le consignábamos [a Aires]”*⁴³.
- Asimismo, lo confesó la Representante Legal de Latam al indicar: *“yo simplemente cobraba y se lo depositaba a la cuenta de ellos”*⁴⁴.
- Egotur se encargaba del cobro de la Tarifa Administrativa de la Resolución 03596 de 2006 y la transfería a Aires sin hacer ningún tipo de solicitud de retención o de reembolso. Quienes fungen como agencia de viajes o aerolíneas la cobran y lo obtienen para su beneficio, posterior a esto, deben proceder a reportarlo ante la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, reporte que Egotur nunca realizó.
- Si Egotur hubiera querido, podría haberse quedado con el valor de la tarifa, porque la cobraba, transfería a Aires y Aires pagaba comisión sobre todo lo recaudado, incluyendo la tarifa.
- Durante la ejecución del Contrato y luego de entrar en vigor la Resolución 03596 de 2006, Egotur nunca realizó manifestación alguna que mostrara su interpretación de la resolución, de acuerdo con lo señalado en este proceso por lo cual, el actuar de Egotur deja claro que entendían que la figura que desempeñaban era la de agente comercial y no la de Agencia de Viajes.

Por todo lo anteriormente expuesto, la Sentencia debe revocarse.

VIII. SOLICITUD

En virtud de lo anterior, respetuosamente solicito al Honorable Tribunal Superior de Bogotá **REVOCAR** la Sentencia para que, en su lugar, se declaren probadas las excepciones

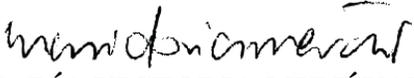
⁴² Ver dictamen Pericial y anexo denominado Informe de Auditoría.

⁴³ Audiencia del 17 de febrero de 2021, Declaración Testimonial de Jorge Alexander Gómez.

⁴⁴ Audiencia del 14 de diciembre de 2020, Interrogatorio de Parte de Faydee Betancur.

aducidas por la Parte Demandada, se nieguen las pretensiones de la demanda y se condene en costas a la Parte Demandante.

Del Despacho, con toda atención y respeto,


MARÍA VICTORIA MUNÉVAR TORRADO
C.C No. 1.032.371.319 de Bogotá D.C.
T.P. No. 195.682 del C.S.J.
elai@bu.com.co



Señores:

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C. -
SALA CIVIL-**
E. S. D.

RADICADO: 11001-131-03-036-**2019-00279-01**
PROCESO: VERBAL DE MAYOR CUANTÍA
DEMANDANTE: NANCY RINCÓN TAMY
DEMANDADO: NESTLE PURINA PET CARE DE COLOMBIA S.A.

Ref. **SUSTENTACIÓN RECURSO APELACIÓN**

CLAUDIO A. TOBO PUNTES, abogado en ejercicio, identificado como aparece al pie de mi firma, actuando como apoderado de la parte actora en el proceso de la referencia, comedidamente me permito presentar **SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto contra la sentencia emitida por el Juzgado Treinta y Seis (36) Civil del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad a lo consagrado en el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, en consonancia a lo establecido en el artículo 327 del C.G. del P., en los siguientes términos:

I. FUNDAMENTOS

Conforme a la sentencia emitida por el *A-quo*, a pesar de que se demostró el incumplimiento de obligaciones legales por parte de la demandada **NESTLE PURINA PET CARE DE COLOMBIA S.A.** en razón del contrato laboral, a su juicio no pudo demostrarse el daño. Así, en síntesis, el Juzgado de primera instancia, expone los siguientes argumentos:

- i) A pesar de que, se sustentó la demanda en el artículo 15 de la Constitución Política, no se alegó ni en la demanda ni en el escrito que recorrió las excepciones de mérito que se afectará el “*buen nombre*” ni la “*honra*” como elementos perjuicio para la demandante, sino únicamente el uso de su nombre, siendo esta la base para estudiar los elementos de la responsabilidad: *conducta ilícita, nexo de causalidad y daño*.

Respecto a este primer argumento del Despacho, es preciso traer a colación que el artículo 15 superior establece que “*todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su **buen nombre**, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a **conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre***



ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. *En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución. (...)*. (negrillas y subrayas ajenas)

Por su parte, el derecho a la honra se deriva como fin esencial del Estado conforme al artículo 2º constitucional y fue regulado en el artículo 21 *ejusdem* que prescribe: “Se garantiza el derecho a la **honra**. La ley señalará la forma de su protección”.

Así las cosas, conforme lo establece nuestra constitución política y de conformidad a la jurisprudencia constitucional “*el derecho al buen nombre ha sido entendido como la reputación o la imagen que de una persona tienen los demás miembros de la comunidad y, además, **constituye el derecho a que no se presenten expresiones** ofensivas, oprobiosas, denigrantes, **falsas** o tendenciosas que generen detrimento de su buen crédito o la pérdida del respeto de su imagen personal.*”¹ (negrillas y subrayas ajenas)

Ahora bien, respecto al alcance del derecho a la **honra**, la Corte Constitucional ha indicado que también se presenta cuando le producen un daño moral a su titular “*no todo concepto o expresión mortificante para el amor propio puede ser considerada como imputación deshonrosa’, puesto que para ser visualizadas como tales, las afirmaciones que se expresen deben tener la virtualidad de **generar un daño en el patrimonio moral del sujeto y su gravedad no depende en ningún caso de la impresión personal que le pueda causar al ofendido** alguna expresión proferida en su contra en el curso de una polémica pública, **como tampoco de la interpretación que éste tenga de ella, sino del margen razonable de objetividad que lesione el núcleo esencial del derecho***”² (negrillas y subrayas ajenas)

Ahora bien, teniendo en cuenta que el artículo 15 constitucional también regula el derecho fundamental de habeas datas, este es, el que gozan las personas de **conocer, actualizar y rectificar** las informaciones que sobre ellas se hayan recogido en bases de datos y archivos de entidades públicas y privadas, el cual ha sido objeto de regulación mediante leyes estatutarias, como lo son la Ley 1266 de 2008 y la Ley 1581 de 2012, es menester traer a colación que el habeas data confiere al *titular de los datos personales*, se hallan, entre otras, las siguientes: **autorizar, conocer, rectificar, incluir y suprimir los datos**. En este sentido, de conformidad con lo señalado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-748 de 2011:

¹ Sentencia SU420/19. M.P. José Fernando Reyes Cuartas

² Sentencia C-392 de 2002



*“(...) dentro de las prerrogativas –contenidos mínimos– que se desprenden de este derecho encontramos por lo menos las siguientes: **(i)** el derecho de las personas a **conocerla** información que sobre ellas está recogida en bases de datos, (...); **(ii)** el derecho a **incluir** nuevos datos con el fin de se provea una imagen completa del titular; **(iii)** el derecho a **actualizar** la información, es decir, a poner al día el contenido de dichas bases de datos; **(iv) el derecho a que la información contenida en bases de datos sea rectificada o corregida, de tal manera que concuerde con la realidad;** [y] **(v) el derecho a excluir información de una base de datos, bien por que se está haciendo un uso indebido de ella, o por simple voluntad del titular –salvo las excepciones previstas en la normativa–.** (negrillas y subrayas ajenas)*

En cuanto a la facultad de autorización, el artículo 9 de la Ley 1581 de 2012 establece que, salvo *“las excepciones previstas en la ley, en el tratamiento se requiere la autorización previa e informada del titular, la cual deberá ser obtenida por cualquier medio que pueda ser objeto de consulta posterior”*. De acuerdo con el artículo 7 del Decreto 1377 de 2013, esta autorización puede ser obtenida a través de las siguientes vías: **(i) por escrito, (ii) de forma oral o (iii) mediante conductas inequívocas del titular que permitan concluir de forma razonable que ella fue otorgada.**

En cuanto a la facultad de supresión del dato, en la Sentencia SU-458 de 2012 el Alto Tribunal Constitucional expresó que *“es posible ejercer la facultad de supresión con el objeto de hacer desaparecer por completo de la base de datos, la información personal respectiva. Caso en el cual la información debe ser suprimida completamente y será imposible mantenerla o circularla, ni siquiera de forma restringida (esta es la idea original del llamado derecho al olvido)”*

Bajo este contexto jurisprudencial y normativo, emerge diáfano que, descendiendo al *sub judice*, el uso indebido del nombre de mi prohijada **NANCY RINCÓN TAMY** por parte de la empresa **NESTLE PURINA PET CARE DE COLOMBIA S.A.** tiene una connotación legal más amplia que la interpretada por el *a-quo*. Así pues, si bien en el libelo genitor y demás documentos que obran en el plenario e, incluso, la declaración de la demandante, la diana de inconformidad se circunscribe a que la actora se duele no solo que haya sido utilizado su nombre sino que este haya sido sin su expresa autorización (por escrito, de manera oral o conductas inequívocas) por más de ocho (8) años, en los cuales en su etiqueta se difundía información falsa o errónea que no fue rectificada ni suprimida a pesar de los sendos requerimientos, por cuanto, aquella ya no trabajaba como zootecnista de aquella entidad ni aún menos intervino en la elaboración y revisión de calidad de productos posteriores a su desvinculación laboral con la demandada.



En ese orden de ideas, el desconocimiento del derecho iusfundamental al buen nombre también se presenta **cuando se difunde información falsa o errónea**, y una cercenación al derecho a la honra pues se le generó un daño moral patrimonial a la demandante como se ahondará ulteriormente.

Igualmente, existió una vulneración a su derecho fundamental del habeas data, debido a que, a pesar de las sendas peticiones que desde el año 2013 mi prohibida le efectuó a **NESTLE PURINA PET CARE DE COLOMBIA S.A.**, esta después de ocho (8) años sigue utilizando su nombre sin su autorización y sin efectuar la rectificación y supresión respectiva: “*el habeas data opera como garantía del derecho al buen nombre, cuando se emplea para rectificar el tratamiento de información falsa. (...)*”³, lo que además no tenía una finalidad legítima como lo ordena el literal b) del artículo 4 de la Ley 1581 de 2012, en el que el legislador dispuso que su objeto apunta a exigir que “*el tratamiento debe obedecer a una finalidad legítima, de acuerdo con la Constitución y la ley (...)*”, teniendo en cuenta que no resulta admisible que una compañía como la demandada utilice a su propio beneficio el nombre de una persona que ya no labora para aquella y aun mas sin su consentimiento.

Así las cosas, en criterio de la jurisprudencia constitucional, es irrefutable que los datos personales deben ser procesados sólo en la forma en que la persona afectada puede razonablemente prever o que, como se deriva de lo expuesto, conduzca a evitar una afectación objetiva en sus derechos. Empero, si con el paso del tiempo, el uso de los datos personales cambia a formas que la persona no espera o permite un objeto distinto al inicialmente previsto, es necesario adoptar las medidas necesarias para la protección de sus derechos y, en caso de que, se le hubiese causado algún perjuicio que este sea indemnizado, pues tal como lo estipula el artículo 2356 del Código Civil: “*Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o **negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta***”⁴, y es evidente que en el presente asunto el uso indebido y no autorizado del nombre la señora **NANCY RINCÓN TAMY** en los productos de la demandada, le causó importantes perjuicios patrimoniales y morales.

- ii)** Igualmente, arguye el *a-quo* que no se cumplen los presupuestos del abuso de derecho o de posición dominante, teniendo en cuenta la calidad de las partes involucradas, pues a pesar de que en su momento se trataba de una relación de subordinación de patrono y empleado, el derecho legítimo adquirido por la demandada en esa relación laboral no fue “*distorsionado*” por cuanto “*se utiliza para una actividad lícita y permitida en el territorio colombiano*”, motivo por el cual, no se puede tener como indicio de daño al necesitar las cadenas

³ Sentencia SU-458 de 2012

⁴ Norma a partir de la cual se ha edificado el régimen de responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas con culpa presunta, ampliamente desarrollado por la Corte Suprema de Justicia en su Jurisprudencia, a partir de la emblemática SC de 14 mar. 1938, reiterada en SC 31 may. 1938 y en CSJ SNG 17 jun. 1938.



de producción de diferentes profesiones para acreditar la calidad, sin que ello se pueda considerar como un daño a la intimidad, sino más bien un “*plus de reconocimiento*” que mejora la imagen de la demandante y su “*god will*”, no denigrándose con la publicidad su nombre.

Respecto a este argumento, en primer lugar, sea menester auscultar el concepto y alcance tanto normativo como jurisprudencial de lo que se denomina como “*abuso del derecho*”. Al respecto, el artículo 95 de la Constitución Política prohíbe el abuso del derecho al señalar, en su numeral 1º, que son deberes del ciudadano “*respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios*”. Así mismo, en el Código Civil se hace referencia al abuso del derecho cuando se consagra el ejercicio legítimo del derecho a la propiedad (artículo 669) y en las disposiciones relativas a la responsabilidad (artículos 2341, 2343, 2356, entre otros). El Código de Comercio, en su artículo 830, señala también que “*El que abuse de sus derechos **estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause***”. Sobre este punto particular, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, en sentencia del 9 de agosto de 2000⁵, señaló:

“(…) los derechos deben ejercerse en consonancia con los fines que les son propios, fines que están determinados por la función específica que cumplen en la convivencia humana, y en virtud de los cuales el derecho objetivo los regula y tutela. Mas, en cuanto postulado esencial del derecho, carácter que muy pocos se atreven a disputarle, trasciende del ámbito meramente extracontractual al cual se quiso restringir, para orientar, por el contrario, toda actividad humana amparada por el ordenamiento jurídico, de modo que, inclusive, el artículo 95 de la Constitución Política Colombiana lo considera uno de los deberes “de la persona y del ciudadano”, amén que manifestaciones del mismo pueden percibirse en el derecho público en la medida en que éste reprime el ejercicio arbitrario del poder o su desviación.

*Así, pues, es preciso **destacar que aquellas actividades protegidas por el derecho que se ejecuten anómala o disfuncionalmente, motivadas por intereses inconfesables, ilegítimos o injustos que se aparten de los fines económicos-sociales que les son propios, deben considerarse como abusivas y, subsecuentemente, generadoras de la obligación indemnizatoria, como igualmente lo son aquellas que comportan el ejercicio malintencionado e inútil del derecho subjetivo*** (Negrilla original)

Igualmente, en la Sentencia T-017 de 1995, la Corte Constitucional, adujo lo siguiente:

*“Insiste la Corte en que el respeto al orden instituido debe estar acompañado del razonable uso de los derechos que se tienen a la luz del sistema jurídico. El abuso del derecho, aunque éste se halle amparado formalmente en una norma jurídica, no legitima la conducta de quien actúa en perjuicio de la colectividad o afectando los derechos ajenos. **De allí que el artículo 95 de la Constitución establezca, como primer deber de la persona y del ciudadano, el de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios.***

⁵ Magistrado Ponente Dr. Jorge Antonio Castillo Rúgeles. Exp. 5372.



(...)

*Todo derecho lleva consigo contraprestaciones y cargas que le quitan su carácter absoluto, tal como se desprende de lo estatuido en el artículo 95 de la Constitución Política, **según el cual el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en ella implica responsabilidades, siendo claro que el primer deber de toda persona consiste en "respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios"** (negrillas y subrayas ajenas)*

De otra parte, la Corte Constitucional, en sentencia T-280 de 2017⁶, expresó:

*“La evolución de este concepto le permitió a la Corte señalar que **las personas tienen el deber de ejercer responsablemente los derechos de los que son titulares, pues es necesario mantener un equilibrio en el ordenamiento jurídico.***

(...)

Es posible concluir que una persona comete abuso del derecho cuando: (i) obtuvo el derecho de forma legítima, pero lo utiliza para fines contrarios al ordenamiento jurídico; (ii) se aprovecha de la interpretación de las normas o las reglas, con el fin de obtener resultados no previstos por el ordenamiento jurídico; (iii) hace un uso inadecuado e irrazonable del derecho, contrario a su contenido esencial y a sus fines; y (iv) invoca las normas de una forma excesiva y desproporcionada desvirtuando el objetivo jurídico que persiguen.” (negrillas y subrayas ajenas)

De acuerdo a los presupuestos esbozados, y frente al argumento del órgano jurisdiccional de primera instancia, es preciso resaltar que de manera contradictoria con los argumentos que después esboza, en este acápite asevera que la demandada **NESTLE PURINA PET CARE DE COLOMBIA S.A.** tenía la facultad legítima de utilizar el nombre de la demandada sin su autorización. Y es que, valga aclarar, más allá de la relación de subordinación que tenían las dos partes de trabajadora y empleador, este último no contaba con la facultad legítima ni legal de seguir utilizando su nombre en productos fabricados con posterioridad al rompimiento de la relación laboral, sin que sea argumento de recibo que esta clase de productos deban cumplir con la inscripción de un Médico Veterinario Zootecnista o Zootecnista como Asesor Técnico, pues podría haber consignado otro profesional con los que cuenta para ello, empero, no seguirse lucrando con el nombre de la actora, máxime cuando aquella de manera reiterada y repetitiva le solicitó la supresión de tal información en los productos comercializados.

Por ende, resulta por demás ofensivo que el *a-quo* concluya que como era necesario ese requisito para las cadenas de producción y acreditar la calidad de los productos, ello no le irrogó ningún perjuicio a la señora **NANCY RINCÓN TAMY** y que, incluso, el uso de su nombre, por el contrario, le mejoraba su imagen dándole un “*plus de reconocimiento*” y un “*god will*”, lo que resulta

⁶ M.P. José Antonio Cepeda Amarís



totalmente antagónico a los fines perseguidos con esta acción, pues paradójicamente si acogemos esa conclusión sería ahora mi poderdante quien debe agradecerle y remunerar a la demandada por el uso de su nombre profesional en sus productos. En ese sentido, cabe acotar que dicha circunstancia no le ha irrogado ningún beneficio o ventaja a la demandante, *a contrario sensu*, sólo le ha causado perjuicios que deben ser reparados por la demandada.

En consecuencia, la demandada **NESTLE PURINA PET CARE DE COLOMBIA S.A.** si incurrió en un abuso del derecho, debido a que **i)** Aunque en un principio en virtud del vínculo laboral con la demandante si estaba legitimada para utilizar su nombre, posterior al rompimiento de esta relación, no estaba legitimada ni autorizada para seguirlo utilizando; **ii)** Se aprovechó de la relación de subordinación y la posición claramente dominante de que goza en el desarrollo de las operaciones de su objeto en relación con la comercialización de sus productos usando el nombre de mi poderdante sin tener autorización contractual alguna y menos autorización para dicho uso; **iii)** ejerció un uso inadecuado e irrazonable de sus derechos, ya que, se escuda en la relación laboral primigenia que ostentó con la demandada y el no agotamiento de las existencias para seguir utilizando el nombre de una profesional ya ajena a su personal; **iv)** invocó de forma excesiva o desproporcionada las normas y alejadas de lo realmente sucedió.

iii) Adicionalmente, alega el Despacho de primera instancia, que la demandada no se enriqueció ilícitamente con su actuar, pues aquella ya ostentaba un posicionamiento en el mercado nacional y un “*good will*”.

Respecto a esta premisa, tal como lo establece la figura jurídica del enriquecimiento sin causa, el cual encuentra su respaldo en el artículo 831 del Código de Comercio que consagra: “*Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro.*”, por lo que, resulta diáfano en el *sub-examine* que, en caso de confirmarse la sentencia de primera instancia, se estaría produciendo un enriquecimiento sin justa causa por parte de **NESTLE PURINA PET CARE DE COLOMBIA S.A.**, pues independiente del posicionamiento del que goza en el mercado nacional y/o su *Good Will* (el cual nadie ha discutido), lo cierto es que al utilizar el nombre de la señora **NANCY RINCÓN TAMY** con la que ya no ostentaba ningún vínculo laboral o contractual, si se estaba lucrando, pues tal como se desprende de la Resolución No. 1056 de 1996 artículo 3 literal h) es requisito indispensable para la obtención de registro como productor la inscripción de un Médico Veterinario Zootecnista o Zootecnista como Asesor Técnico:

*“Inscripción en el ICA de un Químico Farmacéutico como Director Técnico de laboratorio productor de medicamentos o productos naturales y de un Médico Veterinario para los laboratorios productores biológicos. **En el caso de plantas de alimentos para animales se requiere la inscripción de un***



Médico Veterinario Zootecnista o Zootecnista como Asesor Técnico.
(fls. 349-360) (negrillas y subrayas ajenas)

Así pues, la demandada aprovechó la inscripción en el Instituto Colombiano Agropecuario -ICA- de **NANCY RINCÓN TAMY** como Zootecnista por aproximadamente 8 años, para la comercialización de sus productos, requisito sin el cual no los hubiese podido comercializar y como lo aduce el mismo Juzgado acreditar su “calidad”. Y es que, a pesar de que la relación laboral entre las partes finiquitó el día 8 de marzo de 2013, la demandante seguía figurando como técnico responsable en productos elaborados con posterioridad a su desvinculación, a pesar de que la demandada **NESTLE PURINA PET CARE DE COLOMBIA S.A.** en sus primeras defensas alegará que aquellas existencias se agotarían.

En efecto, en virtud del derecho de petición elevado el día 14 de mayo de 2013 por mi representada (fls. 10-12) por la preocupación del uso de su nombre, entre otros, la demandada respondió “(...) *el material de empaque se ordena fabricar por un volumen determinado, por lo que **las existencias que se tienen con el nombre de la señora Rincón son cantidades que se van a ir agotando. Es claro que para el nuevo material no se incluye el nombre de la señora Nancy Rincón.***” (fl. 13) (negrillas y subrayas ajenas)

Pese a ello, para el mes de agosto de 2013, esto es, seis (6) meses después mi poderdante se percató que continuaban comercializando productos a nivel nacional e internacional donde figuraba su nombre como técnico responsable, fecha para la cual las existencias de los empaques ya debían haberse agotado. Lo anterior, por cuanto conforme a lo señalado por el ICA en respuesta a derecho de petición elevado por la demandante el 8 noviembre 2018 (fls. 19-21) en el numeral 6° que “*Las empresas pueden solicitar al ICA el agotamiento de empaque, este es autorizado por máximo un periodo de 6 meses*” (fl.22)

Por tanto, mediante petición del 1 de agosto de 2013 (fl. 15) nuevamente mi representada elevó derecho de petición ante **NESTLE PURINA PET CARE DE COLOMBIA S.A.**, en la que esta le informa que su nombre ya no se encontraba registrado en el ICA y que las referencias en las que encontraba su nombre estaban a espera de agotamiento (fl.16).

No obstante lo anterior, el día 12 de agosto de 2017, esto es, transcurridos **4 años** de finiquitado el vínculo laboral con la demandada -8 de marzo de 2013-, en la compra del producto de *Purina Ladrina Recetas Casera con sabor a carne de parrilla*, la señora **NANCY RINCÓN TAMY** se entera que aún se le tenía como técnico responsable de estos productos, aunado a que la fecha de fabricación del lote aparecía el día **8 de agosto de 2016** (fls. 18, 30-35). Por tanto, resulta inadmisibles que pasados 6 años aún no se



hubieran agostado las existencias de los productos, máxime si cuentan con sus asesores técnicos debidamente inscritos ante el ICA.

Para terminar de afianzar ello, en respuesta del 26 de diciembre de 2018 **NESTLE PURINA PET CARE DE COLOMBIA S.A.** aceptó que aún en el año 2018 seguían comercializando existencias fabricadas en el mes de **agosto de 2018**, las cuales tenían fecha de vencimiento **febrero de 2020**:

“El único producto que actualmente tienen el nombre de la señora NANCY RINCÓN es LADRINA SALSA, cuya última fecha de fabricación fue el 3 de agosto de 2018 y podría estar en el mercado hasta su fecha de vencimiento 01/02/2020 o antes, dependiendo de la rotación del producto” (fl.25 y s.s.) (negrillas y subrayas ajenas)

Bajo este contexto, resulta pertinente preguntarnos ¿por qué **NESTLE PURINA PET CARE DE COLOMBIA S.A.** no utilizó el nombre de otro profesional en los nuevos productos que fabricó? La respuesta es más que evidente, no lo hizo porque ello le implicaba una remuneración a ese profesional y todo lo anterior, no es más que la prueba fehaciente de como lo concluyó el Juzgado de la materialización de su conducta ilícita. Lo anterior, no se ve menguado porque los productos que estaban o están presentes en el mercado se hubiesen fabricado en la época en que la actora estaba vinculada laboralmente para la demandada, puesto que, tal como se constata existen productos que se fabricaron con bastante posterioridad y tienen como profesional a cargo a la señora **NANCY RINCÓN TAMY**.

Por tanto, la utilización del nombre de mi mandante, claramente si le ha generado suficientes beneficios y utilidades a la demandada, por cuanto sin la consignación de su nombre profesional como técnico zootecnista a cargo, no los hubiese podido comercializar ni acreditar su calidad. Sin embargo, nunca le participo a la demandante de dichas utilidades o ganancias, o siquiera la remunerero por haber utilizado su nombre sin su autorización y para su beneficio.

En consecuencia, en caso de aceptarse los argumentos del *a-quo*, injustamente se permitirá que **NESTLE PURINA PET CARE DE COLOMBIA S.A.** se hubiese lucrado y beneficiado de la demandante sin ninguna contraprestación para la misma, y sin que le repare no sólo los perjuicios materiales que su actuar dañino y doloso le causó, sino también todos los perjuicios inmateriales (daño moral) que esto le irrogó.

iv) Ahora bien, a pesar de lo anterior, de manera contradictoria, de manera posterior el *a-quo* colige que si se cumplió con el primer requisito de la responsabilidad civil extracontractual, ya que, conforme a los medios probatorios aportados entre esos los diferentes respuestas dadas por la demandada **NESTLE PURINA PET CARE DE COLOMBIA S.A.**, aquella si incumplió con sus obligaciones legales en



el tratamiento de datos de la demandante sin la debida autorización requerida en la Ley 1581 de 2012.

Respecto a este argumento, no hay mayor objeción por parte del suscrito, no obstante, llama poderosamente la atención que en este punto se contradice con los lineamientos precedentes, habida cuenta que, para desvirtuar el daño irrogado a la demandante señala que la parte pasiva no incumplió ningún deber legal y que, incluso, pudo haber beneficiado a la actora. No obstante, finalmente concluye que **NESTLE PURINA PET CARE DE COLOMBIA S.A.** si incumplió los deberes legales de tratamiento de datos de la señora **NANCY RINCÓN TAMY**.

- v) De otro lado, el Juzgado de Primera Instancia, arguye que la parte actora no demostró que el daño causado hubiese cumplido con los requisitos de ser **cierto** y **directo**, pues a pesar del dictamen pericial aportado, no se verificó que el uso de su nombre, sin la debida autorización requerida en la Ley 1581 de 2012 o la vulneración de su derecho fundamental al buen nombre, realmente le hubiese causado un perjuicio patrimonial. Así pues, señala que los “*tramites administrativos*” no la convertían en la “*colaboradora o beneficiaria*” de la actividad comercial, pues no fue su nombre sino el “*good will*” de la demandada quien abrió las puertas comerciales de los productos, sin que pueda reclamar utilidades o porcentajes de ventas al no existir un contrato de colaboración. Sumado a lo anterior, dado que, en la declaración la actora **NANCY RINCÓN TAMY** no afirmó haber sufrido algún perjuicio o pérdida por la utilización indebida de su nombre y que, adicionalmente, no le impidió conseguir un nuevo empleo o haber perdido uno o que sus ingresos hubiesen disminuido, tampoco hay lugar al reconocimiento de ningún perjuicio.

Al respecto, es menester acotar que, tal como se ha argüido profusamente en este escrito, a **NESTLE PURINA PET CARE DE COLOMBIA S.A.** le asiste la responsabilidad civil de responder por los perjuicios que se le causaron a mi mandante **NANCY RINCÓN TAMY** por abusar de su derecho y posición dominante usando indebidamente y sin autorización el nombre y los datos de la demandante y, además, como se arguyo profusamente en el ítem anterior, haberse lucrado con dicha conducta ilícita, pues -se itera- más allá del posicionamiento en el mercado de la demandada o su *Good Will*, lo patente es que aquella requería del nombre de la demandante como técnico zootecnista para poder comercializar los productos.

Así pues, tal como lo estipula el artículo 2356 del Código Civil: “*Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta*”⁷, siendo obligación de la

⁷ Norma a partir de la cual se ha edificado el régimen de responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas con culpa presunta, ampliamente desarrollado por la Corte Suprema de Justicia en su Jurisprudencia, a partir de la emblemática SC de 14 mar. 1938, reiterada en SC 31 may. 1938 y en CSJ SNG 17 jun. 1938.



demandada reparar y/o indemnizar a mi representada por los perjuicios materiales e inmateriales que su actuar dañoso le irrogó.

Al respecto, es pertinente recordar que el daño es entendido por la doctrina de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, como *“la vulneración de un interés tutelado por el ordenamiento legal, a consecuencia de una acción u omisión humana, que repercute en una lesión a bienes como el patrimonio o la integridad personal, y frente al cual se impone una reacción a manera de reparación o, al menos, **de satisfacción o consuelo cuando no es posible conseguir la desaparición del agravio**”*⁸. (negritas y subrayas ajenas)

A su vez, el perjuicio de acuerdo a lo decantado por la referida corporación se define como *“la consecuencia que se deriva del daño para la víctima del mismo, y **la indemnización corresponde al resarcimiento o pago del perjuicio que el daño ocasionó** (...)”*⁹. (negritas y subrayas ajenas)

Ahora bien, como bien lo indica el *a-quo* el daño como de antaño lo ha establecido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia debe cumplir con ciertos requisitos, estos son, que *“el daño susceptible de reparación debe ser ‘directo y cierto’ y no meramente ‘eventual o hipotético’, esto es, que se presente como consecuencia de la ‘culpa’ y que aparezca ‘real y efectivamente causado’”*¹⁰; asimismo, ha exigido que afecte un interés tutelado por el orden jurídico.

En ese orden de ideas, resulta necesario auscultar si en el *sub examine* los daños materiales e inmateriales reclamados cumplen con los requisitos exigidos por la jurisprudencia a saber:

- a. Cumple con el requisito de **certeza**, la cual alude *“a la necesidad de que obre la prueba, tanto de la existencia del daño como de la intensidad”*¹¹; lo cual sucede *“cuando no haya duda de su concreta realización.”*¹²

Al respecto, emerge indubitable, que ciertamente se le causaron perjuicios a la demandante **NANCY RINCÓN TAMY**, los cuales fueron fehacientemente probados con las pruebas documentales aportadas y con el Dictamen Pericial que obra a folios 418 a 553 del expediente.

En efecto, en lo concerniente al perjuicio de daño emergente reclamado (Art. 1614 Inc.2 C.C.), es decir, el perjuicio o la pérdida que proviene de no

⁸ CSJ SC 6 de abril de 2001, rad. 5502.

⁹ Ídem.

¹⁰ Sentencias de 26 de enero de 1967 (CXIX, 11-16) y 10 de mayo de 1997, entre otras. SC, 27 mar. 2003, exp. n.º C-6879.

¹¹ SC, 25 nov. 1992, rad. n.º 3382

¹² SC20448, 7 dic. 2017, rad. n.º 2002-00068-01, que reitera SC, 1º nov. 2013, rad. n.º 1994-26630-01



haberse cumplido la obligación, esta compuesto por “**los gastos en los que haya tenido que incurrir la víctima** o se prevea con meridiana certeza que en el futuro tiene que incurrir en ellos, **como consecuencia del hecho dañoso**, o en la pérdida, deterioro o destrucción de un bien que antes del suceso figuraba en su patrimonio”¹³ (negrillas y subrayas ajenas)

En ese sentido, es irrefutable que dado el actuar ilícito y doloso de **NESTLE PURINA PET CARE DE COLOMBIA S.A.**, en aras de que no se le pudiese causar un daño a futuro y de que no se siguiera utilizando indebidamente su nombre, así como de perseguir una reparación por tal actuar, la misma tuvo que sufragar gastos relacionados con asesoría y representación legal del suscrito y otros profesionales del derecho, lo cual fue incluso precedente a esta demanda, así como de un dictamen pericial que valorará los perjuicios que le irrogaron. Así pues, estos gastos en los que incurrió como víctima como consecuencia del hecho dañoso deben ser reintegrados por la demandada, pues fue su actuar ilícito el que los generó. Por ende, resulta por demás absurdo que la **NANCY RINCÓN TAMY** por sí sola se hubiese generado esos gastos sin la existencia del daño causado.

Ahora bien, en lo concerniente al perjuicio de lucro cesante perseguido, el cual es digno de protección jurídica y de indemnización, por cuanto tal como lo dispone el artículo 1614 inciso 2º del Código Civil se enarbola como la ganancia o provecho que pudo reportarse para el perjudicado y que, conforme lo ha decantado la jurisprudencia “se concentra **en las ganancias o provechos que el afectado ha dejado de percibir a causa del percance**, vale decir, por la incapacidad prolongada en el tiempo, o por el lapso que dura la recuperación, la cual incluye la producción industrial y de servicios.”¹⁴ (negrillas y subrayas ajenas), es irrefutable que en el *sub lite* la actora en virtud del hecho dañoso también dejó de percibir ganancias, utilidades, beneficios o siquiera algún mínimo provecho de la utilización indebida de su nombre para fines comerciales, los cuales conforme al dictamen pericial aportado pueden ser tasados por los ingresos salariales directos o indirectos que la vinculación laboral le hubiese podido generar a mi mandante, máxime si se tiene en cuenta que, como se ha argüido pretéritamente, la parte pasiva si se lucró del uso del nombre de la actora, pues sin el por disposición legal no era posible la comercialización de sus productos.

De otro lado, respecto a los perjuicios morales, también fue suficientemente probada su causación, de lo cual se ahondará en el ítem subsiguiente de este escrito.

Por ultimo, es menester hacer hincapié en que el dictamen pericial practicado por el experto designado para tal efecto, tiene virtualidad suficiente para haber sido valorado y tenido en cuenta al momento de

¹³ CSJ SC Sentencia SC2142-2019, 18 junio 2019, Radicación n.º 05360-31-03-002-2014-00472-01. M.P. Luis Alonso Rico Puerta

¹⁴ CSJ SC Sentencia SC2142-2019, 18 junio 2019, Radicación n.º 05360-31-03-002-2014-00472-01. M.P. Luis Alonso Rico Puerta



proferirse decisión de primera instancia, pues como lo ha establecido la jurisprudencia para dar plena validez a la pericia objeto de censura, basta con relieves que no se demostró un error grave al dictamen (lo que no se probó), por lo que las conclusiones del experto en este asunto no devienen descabelladas, y deben ser consideradas por el juzgador, dado que las falencias acusadas no son suficientes para demeritar el trabajo presentado.

- b.** El daño fue **directo**, habida cuenta que *“la condición de ser directo reclama... que él sea la consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento..., lo que implica un análisis de la relación causal entre el hecho por el cual se responde y los daños cuyo resarcimiento se pretende”*¹⁵

Frente a este requisito, resulta diáfano e indubitable que fue la conducta ilícita de la demandada **NESTLE PURINA PET CARE DE COLOMBIA S.A.**, la que generó los perjuicios a la demandante **NANCY RINCÓN TAMY**, pues de no haber existido el hecho dañoso, los mismos no se hubiesen causado.

- c.** El daño que se reclama es **actual**, teniendo en cuenta que *“la actualidad reclama que, al momento de promoverse la acción restaurativa, exista, haya existido o se vislumbre la existencia del daño”*¹⁶

Respecto a este presupuesto, es patente que, a pesar de que la mayoría de los perjuicios que se reclaman ocurrieron en el pasado, los mismos si existieron en el momento de efectuarse la conducta ilícita y transcurridos casi 8 años después, por lo que, es evidente que en su momento y, posiblemente aún -si no se han agotado algunas existencias-, se ha efectuado la existencia de un daño.

- d.** Por último, el menoscabo que pretende ser indemnizado afecta **un interés reconocido o guarnecido** por el ordenamiento jurídico. Y es que *“el daño o perjuicio no es solamente una afectación a la esfera externa del sujeto (como por ejemplo un detrimento patrimonial) o una vivencia subjetiva (verbi gratia un intenso sufrimiento psicológico), porque para que tales repercusiones alcancen el estatus de daños resarcibles, deben haber sido valoradas previamente por el ordenamiento jurídico como dignas de protección jurídica y de indemnización”*¹⁷

En el caso a marras, emerge más que evidente que los perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante) e inmateriales (daño moral) perseguidos si han sido digno de protección jurídica y de indemnización como se deriva no

¹⁵ SC20448, 7 dic. 2017, rad. n.º 2002-00068-01

¹⁶ CSJ, Sal. Neg. Gen., 29 ag. 1960, G.J. XCIII, p. 593

¹⁷ SC13925, 30 sep. 2016, rad. n.º 2005-00174-01



sólo de la normativa aplicable (art. 1614 C.C.), sino también de la senda jurisprudencia patria decantada al respecto, por ende, la demandante **NANCY RINCÓN TAMY** debe ser resarcida o indemnizada, restituyéndosele en su integridad y en lo más cerca posible como si el resultado dañino no se hubiese efectuado, pues tal como lo ha ordenado la Corte Suprema de Justicia “*que al afectado por daños en su persona o en sus bienes, **se le restituya en su integridad o lo más cerca posible al estado anterior...**, y por eso, **acreditada la responsabilidad civil, el juez ‘tendrá que cuantificar el monto de la indemnización en concreto**, esto es que habrá de tomar en consideración todas las circunstancias específicas en que tuvo lugar el daño, su intensidad, si se trata de daños irrogados a las personas o a las cosas, y la forma adecuada de resarcir el perjuicio”¹⁸ (negrillas y subrayas ajenas)*

Así pues, es menester dar cumplimiento al artículo 16 de la ley 446 de 1998, el cual ordena que, en «*la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, se atenderá los principios de **reparación integral** y equidad y observará los criterios técnicos actuariales*» (negrilla fuera de texto), máxima explicable por la naturaleza resarcitoria de la responsabilidad, la cual propende porque los perjuicios de la víctima sean reparados en su totalidad.

vi) Por último, *el a-quo* respecto al daño moral, señala que no existió zozobra, pues en una de las comunicaciones de la demandada exoneró a la demandante de cualquier responsabilidad civil, penal u otra por las acciones que pudieran derivarse de la utilización de su nombre en los empaques, situación que según comunicación del 1 de agosto de 2013 (fl.13) tranquilizó a la demandante.

Para refutar este argumento, resulta pertinente señalar que el daño moral ha sido considerado como un daño inmaterial o extrapatrimonial, del cual la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

“Perjuicio inmaterial por daño moral (...). Recuerda la Corte, éste perjuicio no constituye un «regalo u obsequio gracioso», tiene por propósito reparar «(...) in casu con sujeción a los elementos de convicción y las particularidades de la situación litigiosa», de acuerdo con el ponderado arbitrio iudicis, «sin perjuicio de los criterios orientadores de la jurisprudencia, en procura de una verdadera, justa, recta y eficiente impartición de justicia, derrotero y compromiso ineludible de todo juzgador (...)

*De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, esta circunstancia se advierte cuando se circunscribe la lesión en la **esfera de los sentimientos o en la esfera afectiva de las personas con el sufrimiento***

¹⁸ SC, 18 dic. 2012, rad. n.º 2004-00172-01, reiterada en SC22036, 19 dic. 2017, rad. n.º 2009-0014-01.



espiritual por el pesar, por la angustia, la pena y la zozobra, por la impotencia y otros signos expresivos que se concreta en el menoscabo del sentimiento y del afecto en la víctima, y por tanto en el sufrimiento moral o en el dolor de la persona que tiene que soportar daños por cierto evento¹⁹ (negrillas y subrayas ajenas)

Por consiguiente, el perjuicio inmaterial por daño moral implica que se afecte la esfera sentimental o afectiva de las personas que le generen un sufrimiento espiritual por el pesar, la angustia, la pena y la zozobra, por la impotencia y otros signos expresivos que concreten su sufrimiento moral y su dolor, sentimientos o padecimientos que claramente sufrió mi prohijada **NANCY RINCÓN TAMY** por los hechos efectuados por la sociedad **NESTLE PURINA PET CARE DE COLOMBIA S.A.** en la utilización de su nombre poniéndole como técnico responsable a cargo.

Y es que, es más que palmario que de los sendos derechos de petición que elevó a la demandada solicitando que su nombre fuera retirado de los empaques comercializados (fls.10-12, 15, 19-21), se desprende que en verdad la utilización indebida de su nombre si le causaba temor, recelo de un daño futuro, inquietud, aflicción, congoja de ánimo que no dejaba de sosegarla por el riesgo de amenaza, preocupación, inquietud, entre otros signos expresivos de su sufrimiento moral, puesto que, en su sentir el hecho de que siguiera su nombre como técnico responsable le causaba gran preocupación respecto a las consecuencias legales que ello podría repercutir frente a algún consumidor inconforme. En efecto, independiente que alguna acción se hubiese concretado o no, ello no menguaba *per se* la angustia que esto le generaba, pues de no ser así, ni siquiera hubiese desplegado el más mínimo esfuerzo para que se le exonerara de cualquier responsabilidad. Sumado a lo anterior, se evidenció también la impotencia que sintió al avizorar que a pesar de sus múltiples peticiones la demandada seguía incurriendo en la misma conducta dañosa. Lo anterior, se ve reflejado en la declaración de **NANCY RINCÓN TAMY** cuando expresó:

“Siento un mal uso de mi nombre sin mi consentimiento.

(...)

Si existió un mal uso de mi nombre, debido a que en el 2013, yo ya no tenía nexos laborales y aún después de 8 años (...) todavía sigo encontrando en el mercado productos con mi nombre”

No obstante lo anterior, el *a-quo* no valoró suficientemente y de manera integral estos medios de convicción en conjunto, pues únicamente valoró la respuesta de la demandante en la que había señalado que la exoneración de responsabilidad por parte de la demandada la *“tranquilizaba”*, empero, sin avizorar que la misma databa del año 2013 y que, posterior a esa

¹⁹ CSJ Civil sentencia de 6 de mayo de 2016, exp. 2004-00032-01.



comunicación, la conducta de **NESTLE PURINA PET CARE DE COLOMBIA S.A.** se siguió ejecutando, lo que generó que le siguiera causando los daños morales a la demandante.

En ese orden de ideas, sobre la valoración de los elementos de convicción, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido:

(...) La apreciación conjunta de la prueba consiste en la actividad intelectual que debe realizar el funcionario jurisdiccional, analizando y conjugando los diversos elementos probatorios, en cuya virtud llega a un convencimiento homogéneo, sobre el cual habrá de edificar su fallo, estimativo o desestimativo de las pretensiones, esto es, teniendo como ciertas las alegaciones de hecho en que el demandante basa sus pretensiones, o el extremo resistente sus defensas; o que no lo son (...)

*(...) Tal obligación legal –lo sostiene la Corte-, impeditiva de la desarticulación del acervo probatorio, ha sido la causa de que los falladores de instancia frecuentemente acudan a ese expediente para formar su criterio, sin atender de modo especial o preferente a ninguna de las diversas pruebas practicadas. Mediante ese procedimiento, **resulta que su persuasión se forma no por el examen aislado de cada probanza, sino por la estimación global de todas las articuladas, examinadas todas como un compuesto integrado por elementos disímiles (...)**²⁰(negrillas y subrayas ajenas)*

En otra oportunidad, la referida Colegiatura sostuvo:

(...) Ya bien lo dijo esta Corte en los albores del siglo XX, al afirmar que “(...) la existencia de perjuicios no se presume en ningún caso; [pues] no hay disposición legal que establezca tal presunción (...)” Sin embargo, tratándose de perjuicios inmateriales, se presume, por tanto, su indemnización es oficiosa por virtud del principio de reparación integral; por supuesto, se itera, ayudado de los elementos de convicción que obren en el juicio, atendiendo la naturaleza del derecho afectado y la prudencia racional del juez

Aun cuando, al parecer, al pleito objetado por esta vía constitucional por los identificados petentes no se allegaron pruebas psicológicas o psiquiátricas que demostraran el daño padecido, ello no era suficiente para denegar la indemnización de los “daños morales” (...), sobre todo, por los nietos de Adolfo Zape León, pues, dentro del plenario, se acreditó tal calidad y no se desvirtuó que ellos conformaran la familia cercana del citado señor; por tanto, atendiendo al precedente jurisprudencial de esta Sala transcrito, en lo pertinente, era dable presumir, en principio, el menoscabo padecido por los menores ante las afectaciones

²⁰ CSJ. SC. Sentencia de 14 de junio de 1982. CSJ. STC21575-2017 de 15 de diciembre de 2017, exp. 0500022130002017-00242-01.



sufridas por la víctima del accidente y los eventuales perjuicios inmatrimales²¹. (*negrillas y subrayas ajenas*)

Al margen de lo anterior, sí se avizora una irregularidad en la decisión de la Agencia Judicial de instancia, al desestimar el “*daño moral*” alegado por mi poderdante, por el solo hecho de haber expresado en una de sus primeras comunicaciones con la demandada que la “*tranquilizaba*” su liberación de cualquier responsabilidad, pues dentro del plenario no se desvirtuó que posterior a dicha misiva y pasados mas de ocho (8) años en la actora que seguía viendo su nombre en los productos de la parte pasiva, ello no le causara ninguna preocupación, zozobra, impotencia, entre otros signos expresivos que denotaran su sufrimiento emocional y espiritual; por tanto, era dable presumir por parte del juzgador el menoscabo o la congoja padecida por **NANCY RINCÓN TAMY** ante las circunstancias que rodearon este asunto, pues independiente que se allegara algún otro medio probatorio, verbigracia, conceptos psicológicos o psiquiátricos, el daño moral se se **presume**, motivo por el cual, su reconocimiento e indemnización debe ser **oficiosa** por virtud del principio de **reparación integral**, máxime si se tiene en cuenta que la pretensión del accionante se edifica en una aspiración que dentro del marco del derecho reparatorio que se halla consolidada, pues corresponde a una agresión a un derecho fundamental, que para el caso, su reparación, como se trasuntó se halla comprendida en los elementos indemnizatorios.

Bajo tal derrotero, a juicio de esta parte, se estima que si se probó fehacientemente el daño irrogado a la demandante **NANCY RINCÓN TAMY** por la demandada **NESTLE PURINA PET CARE DE COLOMBIA S.A.**, teniendo en cuenta que el daño que se reclama cumple con los requisitos legales y jurisprudenciales, y que al unísono de la normativa y la jurisprudencia todo el daño que se cause debe ser resarcido, razón por la cual, debe revocarse en su totalidad la sentencia emitida por el *a-quo*.

II. PRETENSIONES

Por todo lo expuesto en líneas anteriores y en acogimiento a cada uno de los precedentes legales y jurisprudenciales solicito a este H. Tribunal las siguientes:

PRIMERA: REVOCAR en su totalidad la sentencia emitida por el Juzgado de primera instancia, por las razones de hecho y, derecho expuestas en líneas anteriores.

²¹ CSJ SC. Sentencia de 19 de junio de 1925 (G.J. T. XXXII, pág. 374). CSJ. STC17252-2019 de 18 de diciembre de 2019, exp. 11001-02-03-000-2019-04050-00



Dr. CLAUDIO A. TOBO PUNTES
MAGÍSTER EN DERECHO PROCESAL
Especializado en Derecho Penal y Criminología

18

SEGUNDA: En consecuencia, sírvase acceder a las pretensiones solicitadas en la demanda.

TERCERA: Sírvase condenar a la demandada en costas.

Del señor (a) Juez,

Atentamente,

CLAUDIO A. TOBO PUNTES
C.C. N° 1.098.253 de Nobsa (Boyacá)
T.P. No. 43.759 del C.S. de la J.

LONDOÑO & ASOCIADOS ABOGADOS CONSULTORES

Señores

HONORABLES MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C. – SALA CIVIL

E.

S.

D.

REF: VERBAL Rad. 1100131030-40-2016-00889-00

DEMANDANTE: FEDERICO ERARDO DICTTERICH PADILLA y ADRIANA LUCRECIA QUESADA ROA

DEMANDADO: LITA MARÍA ROMERO PARDO

ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN

En mi condición de apoderado especial de la parte demandante, comedidamente por intermedio del presente escrito acudo ante usted dentro de la oportunidad legal correspondiente, con el propósito de **INTERPONER RECURSO DE APELACIÓN**, contra el fallo de primera instancia proferido por su despacho en audiencia el pasado 26 de febrero de los corrientes, mediante el cual se negó las pretensiones de los demandantes que represento, desconociendo la responsabilidad y sin ningún sustento probatorio por la parte demandada, muy a pesar de que los hechos en los que se fundan no se encuentran debidamente probados, inaplicando de tajo la disposición legal en que fundamenta la decisión y otros fundamentos facticos y jurídicos que extrañamente se omiten en el fallo objeto del presente recurso, desconociendo así la obligación de las partes de decir la verdad en la celebración de los contratos.

I. HECHOS

PRIMERO: Mediante Sentencia del 26 de febrero de los corrientes, el A quo manifiesta que no prosperaron las pretensiones propuestas por el extremo actor, en el entendido de que en criterio del fallador es que la demandada, no tuvo ninguna responsabilidad, en el desarrollo de las obras realizadas en el centro comercial para la fecha de celebración del contrato, y que causaron un grave perjuicio a mis poderdantes, esto muy a pesar de que la pasiva sabía, participó y decidió para que dichas obras se ejecutaran; con antelación a la celebración del contrato.

SEGUNDO: La responsabilidad de las partes de no ocultar información al momento de celebrar un contrato nos lleva a manifestar los elementos del contrato que son: **i** objeto, **ii** causa y **iii** consentimiento. Ahora y para el caso que nos ocupa el consentimiento tiene unos vicios que los explicaré de manera breve y es donde la demandada incurrió su responsabilidad, ya que es una disposición que establece; que para que una persona se obligue se requiere, entre otros elementos, que su consentimiento esté libre de vicios, esto es, que no adolezca de error, fuerza o dolo (artículo 1508 del C.C.), por lo que:

Vicios del consentimiento, lo podemos definir de la siguiente manera: *Son aquellos factores externos y ajenos a la voluntad de cualquiera de las partes y que, mediante engaños, equívocos o violencia modifican su manifestación.* (subrayado y cursiva intencional), es decir, el error, la violencia o intimidación y el dolo, que para el caso que nos ocupa la demandada de manera engañosa actuó de manera dolosa y de mala fe.

TERCERO: Así las cosas, el dolo se define como: *es un fraude o engaño, contrario a la buena fe, que implica la intención de producir un daño mediante una acción u omisión.* Consiste en todos aquellos artificios, engaños o maquinaciones creadas para inducir a una persona a que consienta un contrato que, de haber conocido la verdad, no lo hubiera aceptado. (subrayado y cursiva intencional), Lo que traduce lo anterior es que la demandada sabía y engañó a mis poderdantes, omitiéndoles que se iba a ejecutar unas obras en el centro comercial para poder celebrar el contrato, es decir, que sí mis defendidos hubiesen sabido que en dicho centro comercial iban a desarrollar esas obras, no habrían celebrado el contrato.

LONDOÑO & ASOCIADOS

ABOGADOS CONSULTORES

CUARTO: Así las cosas, el a quo no hace una valoración adecuada en la responsabilidad en la que incurrió la demandada al omitir información al momento de celebrar el contrato, además la pasiva, si bien es cierto no contrató las obras en el centro comercial, sí hizo parte de la decisión para que las mismas fueran ejecutadas, por lo que, sí tiene responsabilidad directa en los daños ocasionados a mis prohijados, además que omitió que se iban a realizar dichas obras, al momento de suscribir el contrato con mis poderdantes.

QUINTO: Es de advertir que el fallo atacado no hizo alusión alguna a la reforma de la demanda donde el extremo demandado guardó silencio, lo que es un error grave por parte del Despacho de primera instancia, aunque así se manifestó en auto que reposa en el plenario, sino que se limitó a manifestar que la demandada no había incurrido en ninguna de las causales de responsabilidad por no ser quien contrató las obras civiles en el centro comercial, es decir, que para ese juzgador la demandada no tuvo una injerencia directa en dichas obras; lo que yerra el a quo al hacer dichas apreciaciones ya que sí conocía, decidió para que se ejecutaran las obras por lo que sí le asiste la responsabilidad en los perjuicios ocasionado a mis defendidos.

SEXTO: Así las cosas y en atención a que el juzgado está incurriendo en garrafales errores, en la cual no hizo la adecuada interpretación de los hechos y pretensiones de la demanda, junto con el material probatorio que es abundante y que no fue desvirtuado por la pasiva, profiere un fallo vano, desconociendo la responsabilidad de la pasiva y no dando el manejo adecuado al silencio de la reforma de la demanda como se puede observar en el plenario.

II. MOTIVOS DE DISENSO Y FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: La sentencia de primera instancia está en curso en una falsa o indebida motivación, habida cuenta que, fundamenta su fallo en una inexistencia de responsabilidad del extremo demandado, dejando de lado **los hechos debidamente probados junto con el material probatorio que no fue desvirtuado**, tal como se encuentra decantado durante todo el desarrollo el presente litigio.

Ahora la Corte Suprema de Justicia en varios pronunciamientos, ha hecho énfasis en los artículos 1508 a 1516 del Código Civil al manifestar que: *el error, la fuerza y el dolo como vicios del consentimiento capaces de afectar las declaraciones de voluntad, no se presumen, deben acreditarse plenamente en el proceso, carga probatoria que corresponde a la parte activa de la Litis*, y es que en el presente caso se cumple con dicho requisito, ya que la misma demandada durante el desarrollo de la audiencia inicial, manifestó al Despacho que no informó a mis poderdantes sobre el desarrollo de las obras porque no tenía clara la fecha del inicio de las mismas.

Lo que se demuestras con dicha manifestación que sí sabía y lo oculto en tal sentido que afectaría la declaración de dicha voluntad, por parte de mis prohijados, actuando de manera dolosa.

Y es en lo que respecta al dolo, esto es, la maniobra engañosa perpetrada, en este caso por la demandada, con el fin de influir necesariamente en la voluntad de otro a fin de que consienta en contratar, y fue lo que la pasiva hizo con mis prohijados

SEGUNDO: Tal como se indica en numeral que antecede, se tiene que al observar el acerbo probatorio obrante dentro del proceso, brilla por su ausencia cualquier elemento probatorio que tenga la factura necesaria para fallar en contra de los demandantes, razón por la cual en criterio del señor Juez y contrariando a la omisión que tuvo la demandada y su responsabilidad de no manifestar a mis prohijados que se iban a ejecutar unas obras en las inmediaciones del centro comercial y que repercutirían negativamente con el objeto del contrato, es suficiente para decir que en dicha celebración de ese contrato existió un dolo de causar un daño por parte de la demandada, dejando de lado tal interpretación que es uno de los vicios del consentimiento.

La corte Suprema de Justicia ha estipulado que: (...) *En complemento de dicha norma, el artículo 1508 ibídem dispone que el consentimiento puede afectarse por vicios, tales como la fuerza, el error, y el dolo, dado que aquél debe ser libre y espontáneo para constituir válidamente el convenio (...)*¹.

¹ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, SC1681-2019, Radicación n.º 85230-31-89-001-2008-00009-01, MP. LUIS ALONSO RICO PUERTA

LONDOÑO & ASOCIADOS ABOGADOS CONSULTORES

TERCERO: Curiosamente omite en el fallo la Señora Juez, que en el presente litigio se hizo una reforma de la demanda folio 269, la parte pasiva guardó silencio, en auto visible a folio 282, por lo que conformidad al artículo 97 del C. G. del P. se presumía ciertos los hechos susceptibles de confesión, y que el a quo omitió en pronunciarse al respecto

CUARTO: No le asiste la razón a la Señora Juez, al fundamentar su fallo en interpretaciones o presunciones de hechos que están fuera de la órbita de los contratos, en especial de los requisitos de los mismos y responsabilidad de las partes, en razón a que tales interpretaciones no se encuentran debidamente fundadas, como ya lo manifesté con la debida responsabilidad de las partes y esa obligación de manifestar todo lo que concierne a la celebración y desarrollo que son uno de los requisitos de los contratos, circunstancia probatoria que obliga al fallador a dictar su sentencia no sobre lo que presume o interpreta, sino sobre las pruebas que el mismo Juez decretó y que fueron practicadas en el proceso.

III. PETICIONES

PRIMERO: Que se revoque el fallo objeto de apelación de fecha 26 de febrero de 2021, proferido por el Juzgado Cuarenta y Uno Civil del Circuito de Bogotá.

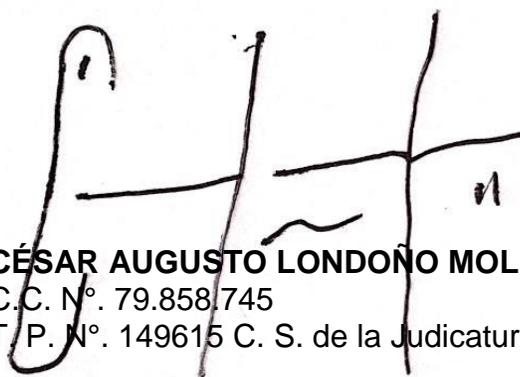
SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior solicito de la manera más respetuosa proferir sentencia declarando a la demandada civilmente responsables de los daños y perjuicios causados a mis poderdantes y condenar en costas y agencias en derecho a la pasiva.

IV. PRUEBAS

Las actuaciones surtidas en el proceso ya referenciado y el expediente en su integridad, donde se evidencia la falla del a quo al proferir un fallo que no está ajustado a la ley.

La audiencia celebrada el pasado 26 de febrero de 2021, donde se evidencia los yerros del juzgado, al proferir la sentencia y no dejando terminar los alegatos de conclusión al suscrito apoderado, pese a que se le solicitó una prórroga de 5 minutos y fueron negados sin justificación.

Del señor Juez,



CÉSAR AUGUSTO LONDOÑO MOLINA
C.C. N°. 79.858.745
T/P. N°. 149615 C. S. de la Judicatura.

NIETO ABOGADOS

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ-SALA CIVIL

Atn. Liana Aída Lizarazo Vaca

Magistrada

Proceso: 040-2019-0757-01
Demandante: MORAVO S.A.S.
TORRE SANCHO BBDO
Demandado: LPQ RESTAURANTES S.A.S.
Asunto: Sustentación del Recurso de Apelación parcial

CÉSAR EDUARDO PÉREZ PALENCIA, identificado con la cédula de ciudadanía número 1.098.151.267 de Concepción, portador de la tarjeta profesional de abogado número 308.706 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado judicial de **LPQ RESTAURANTES S.A.S.**, (en adelante “LPQ”) debidamente reconocido en el proceso de la referencia, respetuosamente presento ante su Despacho, señor Magistrado, la siguiente sustentación al Recurso de Apelación parcial contra la providencia del pasado 19 de abril del 2021 proferido por el Juzgado 40 Civil del Circuito de Bogotá.

Conforme a lo anterior, procedemos a exponer al Despacho las razones por las cuales el Tribunal debe revocar parcialmente la sentencia del pasado 19 de abril del 2021.

i. No se configuró el canon de arrendamiento exigible a LPQ por incumplimiento del contrato por parte de Moravo y Torre Sancho

Moravo y Torre Sancho han incumplido el contrato el contrato de arrendamiento suscrito con LPQ y como consecuencia de ello, no se configuró para LPQ el pago de los cánones de arrendamiento decretados en la sentencia del 19 de abril del 2021.

El Juzgado 40 Civil del Circuito de Bogotá, resolvió “seguir adelante con la ejecución por el

valor de los cánones de arrendamiento causados entre los meses de marzo a mayo del 2020”.

Situación que desconoce lo alegado por LPQ en las excepciones de mérito, así como las confesiones realizadas por las representantes legales de Moravo y Torre Sancho.

Ahora bien, en virtud del artículo 282 del Código General del Proceso, el cual expresa que “[e]n cualquier tipo de proceso cuando el juez halle probado los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia (...)”, el Juzgado 40 Civil del Circuito de Bogotá debió declarar probado la excepción de incumplimiento de contrato probada en la audiencia y debidamente confesado por las representantes legales de Moravo y Torre Sancho, entiendo de ello que no se causó a favor de LPQ el canon de arrendamiento de mediados del mes de marzo hasta el mes de mayo del 2020.

Como podrá corroborar el Tribunal, Moravo y Torre Sancho incumplieron en múltiples ocasiones el contrato de arrendamiento suscrito con LPQ en septiembre del 2018, generando una violación al principio de pacta sunt servada, consagrado en el artículo 1062 del Código Civil.

En este orden de ideas, el artículo 1602 del Código Civil señala que “[t]odo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.¹

Para la Corte Constitucional, “[l]a anterior disposición [el artículo 1602 del Código Civil] desde el punto de vista histórico y teleológico tiene una importante significación en el derecho civil clásico y en el reconocimiento de la voluntad individual como eje definitorio del sistema legal contemporáneo”.²

¹ Artículo 1602 del Código Civil

² Sentencia de la Corte Constitucional T-229 de 2016

Ahora bien, en ese mismo análisis la Corte Constitucional resaltó que “[e]l hecho de que el contrato haya sido equiparado a rango de ley en el marco de las relaciones privadas, más allá de las implicaciones mercantiles y comerciales que acarrea, tiene una importante significación ética y filosófica, por cuanto reconoce que el hombre a través de sus decisiones es un auténtico legislador de su destino. Es decir, el artículo 1.602 del Código Civil acentúa que las personas en razón a su autonomía deben ser los arquitectos de su vida por intermedio de las decisiones y obligaciones que adquieren y en esa medida la intervención Estatal en principio debe ser mínima”.³

Bajo lo anterior, Moravo y Torre Sancho suscribieron un contrato a partir del consentimiento pleno de cada una de las partes intervinientes y en este sentido a la luz del artículo 1602 del Código Civil constituye ley para estos.

En el caso bajo estudio, es de suma importancia resaltar que Moravo y Torre Sancho han incumplido de forma constante el contrato de arrendamiento suscrito con LPQ desde el primero momento en que debía comenzar a ejecutar sus obligaciones.

Así las cosas, podrá el Despacho evidenciar que el primer incumplimiento tuvo lugar en la entrega del inmueble.

Incumplimiento en la entrega del inmueble en la fecha acordada

El contrato de arrendamiento establecía que “[e]l Arrendador se obliga a entregar al Arrendatario el Inmueble el día 1 de octubre de 2018, con todos los requerimientos técnicos establecidos en el Anexo, como constará en el Acta de Entrega, que será suscrita por los Representantes Legales de cada una de las Partes, una vez entregado el Inmueble”.⁴

³ Ibidem.

⁴ Cláusula tercera del contrato de arrendamiento

Ahora bien, lo anterior recogía mucha importancia para LPQ en cuanto de conformidad con su cronograma, el restaurante debía estar abierto al público en el mes de diciembre del 2018, esto con el fin de iniciar con pie derecho un plan de expansión de la franquicia *Le Pain Quotidien* en Colombia.

Sin embargo, el 1 de octubre del 2018 no fue entregado el inmueble por parte de Moravo y Torre Sancho porque según informó a LPQ aún estaban pendientes algunas autorizaciones y permisos técnicos para el funcionamiento del restaurante.

Fue hasta el 23 de octubre del 2018, fecha que podrá corroborar el Despacho con el acta de entrega.

Esta situación generó que LPQ tuviera que suspender las obras de conformidad con su cronograma, lo que desembocó que el local no pudiera estar abierto al público para el mes de diciembre del 2018 como se había presupuestado. Situación que generó un impacto negativo en el plan de crecimiento que la franquicia *Le Pain Quotidien* tenía en Colombia.

Inexistencia de licencia de construcción de la terraza

Otro incumplimiento del contrato de arrendamiento en el incurrió Moravo y Torre Sancho y que será desarrollado más a profundidad en el acápite siguiente, fue el hecho de que parte del inmueble arrendado no contara con los permisos necesarios cuando fue construido, exponiendo el restaurante a un inminente sellamiento por parte de la Alcaldía Local de Chapinero como consecuencia de la actuación administrativa notificada a Moravo y Torre Sancho en el mes de diciembre del 2018.

Suspensión del servicio de gas para el restaurante

Sumado a lo anterior, otro de los incumplimientos en que incurrió Moravo y Torre Sancho a la luz del contrato de arrendamiento con LPQ, fue la sorpresiva suspensión del servicio de gas en el restaurante 5 meses de la apertura al público como consecuencia de mediciones irregulares arrojada por el medidor No. SC 98-98-5 4058224.

Como se precisó en los fundamentos de hecho, el 19 de diciembre del 2019 Vanti expidió la factura No. G190178403 a nombre de CAFÉ OMA por valor de cuarenta y seis millones seiscientos cincuenta y dos mil setecientos pesos (COP \$46.652.700), como consecuencia de un consumo de veinticinco mil setecientos ochenta y tres metros cúbicos de gas (25.783 mts³).

En este punto es de suma importancia resaltar al Despacho que el procedimiento administrativo que realiza Vanti para determinar lo sucedido, nunca fue notificado a LPQ, ni siquiera se le permitió participar en la mencionada actuación administrativa, situación que fue toda afrontada por Moravo y Torre Sancho.

Ahora bien, constituye una afirmación que no requiere de prueba alguna, el hecho de que la suspensión del servicio de gas en un restaurante es básicamente no poder ejecutar las actividades para las cuales fue arrendado el inmueble y abierto el restaurante. Ante las múltiples solicitudes realizadas por LPQ a Moravo y Torre Sancho y ante la inminente negativa de estas a reactivar el servicio, LPQ se vio forzado a contratar pipetas de gas para el desarrollo de sus actividades aún con el riesgo que esto significaba para su personal y sus clientes. Esto fue necesario debido a que el restaurante había estado cerrado 6 meses más de lo previsto y esto estaba generando un perjuicio irremediable para LPQ.

Ahora bien, el acta de entrega del inmueble suscrito por Moravo y Torre Sancho del 23 de octubre del 2018 (Vid. Prueba 2) resaltó que LPQ recibía una “[a]cometida de cargo mínimo de dos pulgadas del servicio de gas natural” y “[t]odos los requerimientos técnicos y de servicios públicos establecidos en el anexo G del Contrato”.

A lo anterior, hay que sumarle el hecho de que Moravo y Torre Sancho sabían que la destinación del inmueble sería la apertura de un restaurante, pues puede leer el Despacho en la cláusula segunda del contrato señala que “[e]l inmueble materia del presente Contrato será un establecimiento de comercial en el cual se prestará el servicio de restaurante bajo la marca LPQ”.⁵

No solo fue el hecho de que suspendieron el servicio de gas en el restaurante, sino el hecho de que con posterioridad Moravo y Torre Sancho instigaran a pagar la factura a LPQ bajo el argumento que había incurrido en un fraude a servicios públicos domiciliario.

Para LPQ el hecho de que Moravo y Torre Sancho no le permitiera actuar en la investigación administrativa adelantada por Vanti, el hecho de que la factura hubiera sido expedida a favor de Café OMA y el hecho de que se estuviera facturando un promedio de consumo de veinticinco mil setecientos ochenta y tres metros cúbicos de gas (25.783 mts³) eran fundamento más que suficientes para no pagar la mencionada factura hasta tanto se esclareciera por completo la situación ocasionada y el respectivo responsable.

Servicios compartidos para LPQ y zonas comunes

Como se ha podido evidenciar en el presente acápite, Moravo y Torre Sancho han incumplido a cabalidad el contrato de arrendamiento suscrito con LPQ. Además de los anteriores, otro de los incumplimientos recae en el hecho de que LPQ tuvo que soportar el pago de servicios compartidos de agua, electricidad y gas con las zonas comunes del edificio Torre Sancho BBDO.

Situación más que contraria a las disposiciones establecidas en el contrato de arrendamiento suscrito entre las partes. Pues bien, Moravo y Torre Sancho en la suscripción del contrato de

⁵ Cláusula segunda del contrato de arrendamiento

arrendamiento nunca informó a LPQ acerca de la obligación de compartir servicios compartidos.

Sumado al hecho de que LPQ no sabía que debía compartir servicios con las zonas comunes, fue el hecho de que nunca se determinó la forma en que serían calculados los servicios de agua, electricidad y gas. Por el contrario, la administración del edificio Torre Sancho BBDO enviaba una comunicación a LPQ informándole de un valor por el pago de dichos servicios.

Así las cosas, LPQ en múltiples oportunidades solicitó a Moravo y Torre Sancho separar los servicios públicos de la copropiedad. Al inicio Moravo y Torre Sancho afirmaron que lo harían, pero con el desarrollo del contrato, afirmaron que era una situación que debía asumir LPQ, situación bastante incómoda que generó inconformidad por parte de LPQ en la medida que Moravo y Torre Sancho estaban cambiando las reglas de juego prescritas en el contrato de arrendamiento y asimismo no las estaban cumpliendo en debida forma.

Impedimento del uso y goce del inmueble arrendado

Moravo y Torre Sancho han perturbado el uso y goce del inmueble a favor de LPQ al colocar candados en las entradas del inmueble.

El artículo 1982 del Código Civil, establece como una de las obligaciones del arrendador el “[l]ibrar al arrendatario de toda perturbación o embarazo en el goce de la cosa arrendada”.⁶

En este sentido, el colocar candados en las entradas del inmueble, constituyen sin duda una perturbación al uso y goce del inmueble por parte de Moravo y Torre Sancho a LPQ.

El 9 de junio del 2020, Moravo y Torre Sancho comunicaron a LPQ que como consecuencia de la deuda sostenida por los cánones de arrendamiento, los servicios público, la

⁶ Artículo 1982 del Código Civil

NIETO ABOGADOS

administración y la cláusula penal del contrato habían dispuesto cerrar el restaurante y no permitir el acceso a la bodega. Como se evidencia en las siguientes fotografías.





En este orden de ideas, podemos argumentar que como consecuencia del actuar de Moravo y Torre Sancho, existe una inminente violación al artículo 1982 del Código Civil.

Los anteriores, son los incumplimientos en los que ha incurrido Moravo y Torre Sancho en la ejecución del contrato de arrendamiento con LPQ que han generado innumerables perjuicios que hoy hacen una relación comercial insostenible.

ii. Argumentos y pruebas de Moravo y Torre Sancho que no pueden ser

consideradas en la apelación

Moravo y Torre Sancho quieren en esta oportunidad debatir aspectos que son de competencia del recurso de apelación, al presentar pruebas nuevas que no fueron aportadas en el trámite de primera instancia, lo que sin duda genera una violación al derecho de defensa de LPQ.

En un escrito aportado al Juzgado 40 Civil del Circuito de Bogotá por parte de la apoderada de Moravo y Torre Sancho, se allegaron una serie de documentos (pruebas) que no fueron aportadas ni solicitadas en la oportunidad procesal respectiva en el proceso de origen y por lo tanto constituyen una violación al derecho de defensa de LPQ. Sumado al hecho de que Moravo y Torre Sancho están tratando de ventilar por medio del recurso de apelación, cuestiones que no susceptibles de lo debatido en el proceso de primera instancia.

Así pues, el artículo 327 del Código General del Proceso, señala que “sin perjuicio de la facultad oficiosa de decretar pruebas, cuando se trate de apelación de sentencia, dentro del término de ejecutoria del auto que admite la apelación, las partes podrán pedir la práctica de pruebas y el juez las decretará únicamente en los siguientes casos: (i) Cuando las partes las pidan de común acuerdo; (ii) Cuando decretadas en primera instancia se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió; (iii) Cuando versen sobre hechos ocurridos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, pero solamente para demostrarlos o desvirtuarlos; (iv) Cuando se trate de documentos que no pudieron aducirse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito, o por obra de la parte contraria, y, (v) Si con ellas se persigue desvirtuar los documentos de que trata el ordinal anterior”.

En este orden de ideas, podemos concluir que lo que ahora pretende debatir Moravo y Torre Sancho, son aspectos relacionados con la acción cambiaria de una factura de ventas, aspectos muy diferentes a los tratados y definidos en el proceso de primera instancia.

En este sentido, el Tribunal no puede acoger las manifestaciones esbozadas por la demandante en la audiencia del 19 de abril del 2021.

iii. Fuerza mayor en la obligación de pago de LPQ a causa del Covid-19

En la decisión adoptada por el Juzgado 40 Civil del Circuito de Bogotá, existe un error de valoración de la situación acaecida a la luz del contrato de arrendamiento entre Moravo y Torre Sancho como arrendadores y LPQ como arrendatario.

El Juzgado 40 Civil del Circuito de Bogotá, resolvió en la sentencia del pasado 19 de abril del 2021 “[o]rdenar seguir adelante con la ejecución por el valor de los cánones de arrendamiento causados entre los meses de marzo a mayo de 2020 en los términos de la orden de pago dictada en este asunto”.

Sin embargo, la decisión adoptada por el Juzgado 40 Civil del Circuito de Bogotá, desconoce la situación real y alegada por LPQ. Pues bien, a partir del 15 de marzo del 2020, a causa de las medidas adoptadas por el gobierno nacional a causa de la pandemia denominada Covid-19, se generó una fuerza mayor como eximente de responsabilidad en el pago de las obligaciones de LPQ a la luz del contrato de arrendamiento.

En este sentido, es de suma importancia señalar al Despacho que el no pago de los cánones de arrendamiento desde mediados del mes de marzo, constituye un evento de fuerza mayor, que fue imprevisto e imposible de resistir por parte de LPQ, a causa de las medidas adoptadas por el gobierno nacional como consecuencia de la pandemia denominada Covid-19.

Sea lo primero manifestar que el artículo 64 del Código Civil establece con claridad que “[s]e llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un

naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc”.⁷

Para la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, ha interpretado que “[p]ara dilucidar estos cuestionamientos, es necesario memorar, así sea sucintamente, que la fuerza mayor o caso fortuito, por definición legal, es ‘el imprevisto a que no es posible resistir’ (art. 64 C.C., sub. art. 1º Ley 95 de 1890), lo que significa que el hecho constitutivo de tal debe ser, por un lado, ajeno a todo presagio, por lo menos en condiciones de normalidad, y del otro, imposible de evitar, de modo que el sujeto que lo soporta queda determinado por sus efectos”.⁸

Por otro lado, ha resaltado la jurisprudencia de la corporación que “[n]o se trata entonces, per se, de cualquier hecho, por sorpresivo o dificultoso que resulte, sino de uno que inexorablemente reúna los mencionados rasgos legales, los cuales, por supuesto, deben ser evaluados en cada caso en particular –in concreto-, pues en estas materias conviene proceder con relativo y cierto empirismo, de modo que la imprevisibilidad e irresistibilidad, in casu, ulteriormente se juzguen con miramiento en las circunstancias específicas en que se presentó el hecho a calificar, no así necesariamente a partir de un frío catálogo de eventos que, ex ante, pudiera ser elaborado en abstracto por el legislador o por los jueces, en orden a precisar qué hechos, irrefragablemente, pueden ser considerados como constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito y cuáles no”.⁹

Así pues, el hecho que se analice debe cumplir algunas condiciones como es que el hecho que genera la fuerza mayor sea (i) imprevisible y asimismo (ii) irresistible y (iii) que no se encuentre ligado al agente que solicita la fuerza mayor.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha entendido que el hecho es imprevisible

⁷ Artículo 64 del Código Civil

⁸ Sentencia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil del 12 de octubre del 2016. Exp. SC17723-2016

⁹ Sentencia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil del 29 de abril del 2005. Exp. 0829

cuando “(...) dentro de las circunstancias normales de la vida, no sea posible contemplar por anticipado su ocurrencia”.¹⁰

Por su parte, se ha entendido que el hecho es irresistible cuando “el agente no pueda evitar su acaecimiento ni superar sus consecuencias”.¹¹

En este entendido, “[l]a imprevisibilidad, por tanto, hace referencia a un hecho que no se podía establecer con anterioridad a su ocurrencia, en tanto la irresistibilidad hace referencia a una situación inevitable que no puede exigir de la persona que la sufre un comportamiento para que no ocurra”.¹²

En cuanto al último requisito, se requiere que el hecho no provenga del agente que alega la fuerza mayor, en este caso ha precisado la Corte que “la fuerza mayor y el caso fortuito requieren que el hecho sobreviniente sea externo. Por tal razón, el afectado no puede intervenir en la situación que le imposibilitó cumplir su deber u obligación, sino que debe estar fuera de la acción de quien no pudo preverlo y resistirlo. Este requisito exige por tanto que el hecho no provenga de la persona que lo presenta para eximir su responsabilidad, de forma que no haya tenido control sobre la situación, ni injerencia en la misma. No obstante, la jurisprudencia ha precisado que la exterioridad es una circunstancia jurídica, pues “ha de tratarse de un suceso o acaecimiento por el cual no tenga el deber jurídico de responder la [persona] accionada”.¹³

En este sentido, vale la pena analizar, para el caso bajo estudio si como consecuencia por las medidas adoptadas por el gobierno nacional a causa de la pandemia denominada Covid-19, se generó un caso de fuerza mayor en la imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones por parte de LPQ ante Moravo y Torre Sancho, esto es, desde el marzo del 2020 hasta junio

¹⁰ Sentencia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil del 20 de noviembre del 1989.

¹¹ Ibidem.

¹² Sentencia de la Corte Constitucional T-271 del 2016.

¹³ Ibidem.

del 2020 fecha para la cual operó la perturbación en el uso y goce del inmueble por la acción de Moravo y Torre Sancho en la puesta de candados en las entradas del inmueble.

Imprevisibilidad del Covid-19 y las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional

El Covid-19 y como consecuencia las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional han sido circunstancias imprevisibles para LPQ.

En el entendido que un hecho imprevisible es aquel que “dentro de las circunstancias normales de la vida, no sea posible contemplar por anticipado su ocurrencia”, es claro que la pandemia global generada por el Covid-19 constituye o se configura dentro de un hecho eminentemente imprevisible. Por consiguiente, las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional, de igual manera lo constituyen.

Pues bien, para inicios de marzo del 2020 en Colombia, nadie pensaba acerca de la ocurrencia y las consecuencias de la pandemia denominada Covid-19. En este orden de ideas, nadie contemplaba que causa del alto flujo de contagios de la mencionada pandemia mundial, la cual a hoy ni siquiera se sabe su origen, el gobierno nacional decidiera por medio del Decreto 457 del 22 de marzo del 2020, decretar el aislamiento obligatorio para todas las personas del territorio nacional. Menos se contemplaba que los restaurantes tuvieran que cerrar sus puestas al público y como consecuencia de ello no operar. Tampoco para dicha época era posible determinar el tiempo en que dichas medidas se mantendrían, pues como constituye hecho notorio, a hoy ni siquiera se tiene certeza de alcanzar lo que para inicios de marzo del 2020 conocíamos como normalidad.

Es claro por lo anterior que la pandemia del Covid-19 y como consecuencia las decisiones adoptadas por el Gobierno Nacional constituyen un hecho imprevisible, el cual desembocó en el cierre del inmueble y la parálisis de operaciones por parte de LPQ.

Irresistibilidad del Covid-19 y las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional

El Covid-19 y como consecuencia las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional han sido circunstancias irresistibles para LPQ.

En el entendido que un hecho irresistible es aquel que “el agente no pueda evitar su acaecimiento ni superar sus consecuencias”, es claro que la pandemia global generada por el Covid-19 constituye o se configura dentro de un hecho eminentemente irresistible. Por consiguiente, las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional, de igual manera lo constituyen.

LPQ es una sociedad constituida con el fin de operar una franquicia en el territorio colombiano, su órbita de acción es claramente irresistible ante la pandemia generada por el Covid-19 y las medidas adoptadas por culpa de estas por el Covid-19. Sumado a lo anterior, superar sus consecuencias no fue posible como consecuencia del actuar de Moravo y Torre Sancho.

Es evidente que el sector de los restaurantes, desde mediados del mes de marzo, habría podido operar bajo la modalidad de domicilios. Sin embargo, como consecuencia de la falta de una instalación del servicio de gas natural y el posterior sellamiento por parte de Moravo y Torre Sancho, impidieron que LPQ pudiera superar las consecuencias de la fuerza mayor. Lo anterior sumado al hecho de que la venta por domicilios ni siquiera representaba el 10% de las ventas totales en un periodo de normalidad para LPQ. En este entendido, era imposible suplir los gastos como el arrendamiento que estaba previsto en el contrato de arrendamiento.

Así las cosas, la pandemia generada por el Covid-19 constituyó un hecho irresistible para LPQ, el cual fue imposible de superar como consecuencia de las medidas adoptadas por el gobierno nacional en el entendido que las ventas a domicilio no suplían la necesidad de gasto del restaurante y los incumplimientos de Moravo y Torre Sancho agudizaron que dichas

circunstancias no fueran superadas por LPQ como se ha mencionado.

El Covid-19 y las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional no provienen de LPQ

El último elemento para comprobar la ocurrencia de la fuerza mayor es que el hecho generador, no provenga de un actuar del agente. En este sentido es más que claro que la pandemia generada por el Covid-19 y por ende las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional, constituyen hechos que no provienen de la órbita de LPQ.

Así las cosas, ante el hecho irresistible y imprevisible y que el mismo no pertenecía al actuar de LPQ, se generó un evento de fuerza mayor como consecuencia de las medidas adoptadas por el Covid-19 que imposibilitaron el pago de las obligaciones de cánones de arrendamiento, servicios públicos y administración por parte de LPQ para Moravo y Torre Sancho. Lo anterior toda vez que, por las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional, LPQ tuvo que cerrar las puertas al público del restaurante y no fue posible superar dichas circunstancias toda vez que por los incumplimientos de Moravo y Torre Sancho, no fue posible como se explicó en los párrafos que anteceden.

Así las cosas, puede el Despacho determinar que existió un inexorable caso de fuerza mayor en el pago de las obligaciones de LPQ de mediados del mes de marzo hasta inicios del mes de junio como consecuencia de las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional en el marco de la emergencia sanitaria generada por el Covid-19.

Ahora bien, con posterioridad al mes de junio del 2020 como puede corroborar el Despacho, el incumplimiento se dio a casusa de la perturbación en el uso y goce del inmueble por parte de Moravo y Torre Sancho al colocar candados en las entradas del inmueble no permitiéndole el ingreso a LPQ y sus trabajadores.

SOLICITUD

De conformidad con los argumentos acá señalados, solicitamos a su Despacho para que proceda con:

Primero: Revocar parcialmente la sentencia del 19 de abril del 2021.

Segundo: Negar la ejecución de los cánones de arrendamiento de los meses de marzo a mayo, en virtud de los argumentos esbozados en el presente recurso.

Tercero: Declarar terminado el proceso.

Del señor Magistrado,



CÉSAR EDUARDO PÉREZ PALENCIA
C.C. 1.098.151.267 de Bogotá
T.P.A. 308.706 del CSJ
Apoderado
LPQ RESTAURANTES S.A.S.

Bogotá D.C., junio 17 de 2021.

Honorable Magistrada.

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ.

SALA CIVIL.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ.

E.

S.

D.

REFERENCIA: DEMANDA VERBAL DE MAYOR CUANTÍA.
RADICADO: 1100131030412019001100.
DEMANDANTE: ARIEH GUBEREK GRIMBERG.
DEMANDADO: SANTIAGO ARIAS NARANJO.
ASUNTO: SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN.

CARLOS SÁNCHEZ CORTÉS, identificado con la Cédula de Ciudadanía número 79.724.539 de Bogotá D.C. y Tarjeta Profesional número 137.037 del Consejo Superior de la Judicatura, en mi calidad de Apoderado del Señor **ARIEH GUBEREK GRIMBERG**, dentro del proceso citado en la referencia, a través del presente escrito y encontrándome dentro del término legal correspondiente, me permito presentar la **SUSTENTACIÓN** del **RECURSO DE APELACIÓN** presentado en contra de la Sentencia de fecha veintinueve (29) de abril de dos mil veintiuno (2021) proferida por el **JUZGADO 41 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, teniendo en cuenta los siguientes fundamentos fácticos y jurídicos:

I. OPORTUNIDAD.

En virtud de lo señalado por los artículos 9 y 14 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 110 del Código General del Proceso, se señala que:

*“Ejecutoriado el auto que admite el recurso o el que niega la solicitud de pruebas, el apelante deberá sustentar el **recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes**. De la sustentación se correrá traslado a la parte contraria por el término de cinco (5) días. Vencido el término de traslado se proferirá sentencia escrita que se notificará por estado. Si no se sustenta oportunamente el recurso, se declarará desierto.”* (Subrayas y negrillas propias)

Teniendo en cuenta que el auto fue notificado por estado el pasado diez (10) de junio de dos mil veintiuno (2021), la oportunidad para presentar la **SUSTENTACIÓN** del **RECURSO DE APELACIÓN** fenece el día **diecisiete (17) de junio de dos mil veintiuno (2021)**.

II. FUNDAMENTOS FÁCTICOS Y JURÍDICOS.

1. Mediante sentencia del veintinueve (29) de abril de dos mil veintiuno (2021), el Despacho entre otros asuntos resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: NEGAR Las pretensiones de la demanda inicial formulada por ARIEH GUBERK GRIMBERG.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad absoluta del contrato celebrado entre las partes, suscrito el día 20 de mayo de 2011, denominado “CONTRATO DE CESIÓN DE DERECHOS”.

TERCERO: ORDENAR al señor ARIEH GUBEREK GRIMBERG, restituir al señor SANTIAGO ARIAS NARANJO dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, la suma de \$250.000 EUROS, o su equivalente en pesos al tiempo en que se produzca el pago de la obligación.

CUARTO: Condenar al señor ARIEH GUBEREK GRIMBERG al pago de costas procesales. Liquidense con base en la suma de \$20.000.000”

2. Precisamente al desestimarse las pretensiones en su integridad, y teniendo en cuenta los reparos concretos que fueron presentados ante el *a quo*, mediante el presente escrito se procede con la respectiva **SUSTENTACIÓN** del recurso de apelación, en los términos del artículo 14 del Decreto 806 de 2020 y demás normas concordantes.

III. SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN.

1. DEPORTE Y DERECHO

La actividad deportiva, a la par de otras actividades humanas, está regulada y sometida a las disposiciones legales aplicables en un ordenamiento jurídico nacional.

El fútbol es el deporte más popular del mundo. La primera Asociación de Fútbol se conformó en 1863 en Inglaterra y desde entonces el juego no ha dejado de sumar fanáticos y se ha consagrado como un éxito planetario. Siendo una disciplina deportiva reconocida por el Comité Olímpico Internacional (COI), su estructura legal se basa en la autodisciplina en el marco de la Federación internacional (*Federation Internationale de Football Association*, FIFA) quien acredita para cada país una (y una sola) Federación nacional. En el caso de Colombia, se trata de la Federación Colombiana de Fútbol (FCF). Desde el punto de vista jurídico, la FIFA es una asociación privada regulada por el derecho suizo, históricamente muy atento a respetar la autonomía de la voluntad y garantizar la no injerencia del derecho estatal (salvo las normas de orden público, *ça va sans dire*) en los asuntos internos de la organización. Por lo tanto, en ese marco se originan la mayoría de disposiciones que aplican tanto al juego en sí (las denominadas *Rules of the Game* que, por ejemplo,

fijan el tamaño de la cancha, el número de jugadores, cuales comportamientos constituyen faltas y sus consecuencias, la duración de los partidos, etc.) como todo el conjunto de normas que disciplinan una de las industrias más floridas de la modernidad.

2. DERECHO DEPORTIVO Y DERECHO DEL DEPORTE EN COLOMBIA

En Colombia, los aportes de jurisprudencia y doctrina en la sistematización del derecho que regula el deporte en todas sus múltiples facetas, son todavía incipientes. Entre las que tienen una utilidad práctica y un impacto significativo en el caso que nos ocupa, mencionamos la distinción entre Derecho Deportivo y Derecho del Deporte.¹

Por **Derecho Deportivo se entiende el conjunto de normas que regulan la práctica del deporte**. Dichas normas pueden ser de diferente orden y jerarquía, constitucionales, leyes y hasta reglamentos y circulares de los órganos deportivos tales como FCF o la Dimayor, en el caso del fútbol. Se encuentran sometidas al Derecho Deportivo las controversias que involucran entre ellos los sujetos que se desempeñan en la práctica del deporte, como los son jugadores, entrenadores, árbitros, clubes, ligas, la Federación, la Selección nacional, los aficionados (hinchas), entre otros.² El aspecto de la solución de conflictos de forma exclusiva y excluyente (las normas de la FIFA imponen sanciones a los sujetos que pretendan resolver sus controversias en materias deportivas por medio de la justicia ordinaria, a la cual se obligan a no someterse) por medio de arbitraje es la característica principal de lo que aquí llamamos Derecho Deportivo. Por esa razón, una controversia entre un jugador profesional de fútbol y el Club que lo contrató será decidida por la Cámara Nacional de Disputas establecida por la Resolución No. 3775 del 26 de marzo de 2018 de la Federación Colombiana de Fútbol, y normas concordantes. De la misma forma, una controversia relativa al uso de sustancias prohibidas que mejoran el rendimiento deportivo (dopaje) también estará sometida a la justicia deportiva. La justicia deportiva tiene la facultad de aplicar sanciones disciplinarias tales como reducción de puntaje, suspensión de la actividad deportiva durante un lapso de tiempo, que la justicia ordinaria no podría conminar.

Como es notorio, el fútbol, más allá de un juego, es un negocio. Del mismo participan un sinnúmero de sujetos internos o externos, tales como los accionistas de los equipos, las empresas que los sponsorizan, empresarios e inversionistas, dueños de las canchas, fondos de inversión, etc. Las actividades que llevan a cabo dichos sujetos no está sometida a un derecho especial de naturaleza público-privada.

En ese sentido, llamaremos **Derecho del Deporte** precisamente **la aplicación de ramas autónomas del derecho a la industria del deporte**. Las controversias, como la que aquí nos ocupa, están sometidas a la justicia ordinaria nacional.

¹ César Mauricio Giraldo Hernández, Luis Alejandro Fernández Aguilera, *Introducción al derecho deportivo y al derecho del deporte*, Lima, ebook, 2018.

² La posición de los intermediarios (o agentes), es decir los profesionales que se encargan de promover la conclusión de contratos de trabajo entre clubes y jugadores, es ambigua. Por lo general, como es el caso de Colombia, no están sometidos a la jurisdicción arbitral deportiva.

3. LA INDUSTRIA DEL FÚTBOL EN COLOMBIA Y AMÉRICA LATINA

La distinción doctrinal antes mencionada no pretende tener carácter de exhaustiva o de trazar una demarcación inmóvil y absoluta. Sin embargo, tiene el indudable mérito de poner en contexto el tema de la intervención de capitales privados e intereses económicos externos al fútbol en el desarrollo de esa industria.

En ese sentido, es de vital importancia hacer referencia brevemente al papel que dichas inversiones han jugado en el crecimiento de la industria del fútbol en nuestro país y en la región. Históricamente, en el fútbol latinoamericano - y en el colombiano en particular - los principales ingresos de los clubes provienen del dinero producido alrededor de las transferencias de jugadores profesionales.³ En Colombia, convenio deportivo es el nombre que se le ha dado al contrato de compraventa de derechos deportivos entre Clubes de fútbol (cuyo “activo” principal son precisamente los derechos deportivos de los jugadores profesionales).

El contexto normativo en el cual se firmó el Contrato de Cesión de derechos objeto de la presente controversia es además digno de mención. En efecto, el 12 de mayo de 2011 – ocho (8) días antes de la firma del Contrato – entró en vigor en Colombia la Ley 1445 de 2011, a través de la cual se permitió la conversión de los clubes con deportistas profesionales, organizados como corporaciones o asociaciones deportivas, a sociedades anónimas, con la explícita intención de fomentar la participación de dinero del sector privado en el fútbol. En virtud de la masificación del juego (y de las recurrentes dificultades económicas de los equipos), empezaron a surgir personas distintas al Club, interesadas en dinamizar el negocio de las transferencias de los derechos deportivos, lo que significó la inyección de capital privado al negocio del fútbol. Como afirman Barbieri y Annocaró “*el futbol se ha convertido en un deporte que genera innumerable cantidad de negocios, operaciones comerciales y relaciones contractuales, no limitadas solamente a clubes y jugadores*”⁴.

Sin querer ir más allá de los confines nacionales, el crecimiento de la carrera futbolera de dos íconos del balompié colombiano ha sido fuertemente impulsado por inversiones privadas externas al escenario deportivo propiamente dicho (i.e. fondos de inversión privados): nos referimos, entre muchos otros, a Radamel Falcao García y James Rodríguez.⁵

4. EL CONTRATO DE CESIÓN DE DERECHOS: CONTEXTO DE HECHO Y DERECHO

Los eventos acontecidos antes y después de la firma del Contrato

³ Cardona Aranda, D.F. (Junio, 2014). Fondos de inversión y contratos de cesión de derechos económicos: el caso de los derechos deportivos en Colombia. Revista de Derecho Privado, 51.

⁴ BARBIERI, Pablo C. y ANNOCARO, Daniel M. Fútbol, Negocios y Derecho, Ed 20XII Grupo Editorial, 2015, p. 124.

⁵ https://www.elcolombiano.com/historico/james_rodriguez_un_negocio_rentable_para_el_porto-CBec_243562 (consultado el día 16 de junio 2021).

En el contexto brevemente ilustrado en los puntos anteriores, se deben leer los hechos relativos a la controversia que nos ocupa en este proceso, empezando por los que han sido objeto, en el proceso de primera instancia.

En primer lugar, es menester señalar que nunca se puso en duda por la parte demandada ni por el juzgado que el **CONTRATO DE CESIÓN DE DERECHOS** se hubiese suscrito entre **ARIEH GUBEREK GRIMBERG** y **SANTIAGO ARIAS NARANJO**.

En el mismo sentido, es menester mencionar que con la presentación de la reforma de la demanda y su correspondiente contestación quedó probado y aceptado que:

El señor **ARIEH GUBEREK GRIMBERG** no ejercía influencia alguna en las decisiones del señor **SANTIAGO ARIAS NARANJO** tal como quedó pactado dentro del **CONTRATO DE CESIÓN DE DERECHOS**, por lo tanto, el demandado siempre tuvo la libertad de escoger, optar y/o elegir por una propuesta de contrato de trabajo, contrato de intermediación o cualquiera que fuera su denominación, debido a que independiente de las decisiones del jugador, el objeto del Contrato suscrito por las partes siempre tuvo como fin la cesión de los **DERECHOS ECONÓMICOS** que recibiera el jugador derivado de su actividad como deportista profesional.

En virtud a que el señor **ARIEH GUBEREK** actuaba en calidad de mandatario y no de agente, en aras de llevar a cabo el negocio con el **CLUB SPORTING DE LISBOA**, las partes (**ARIEH GUBEREK GRIMBERG** y **SANTIAGO ARIAS NARANJO**) decidieron buscar y contratar los servicios de **MARCELO FERREYRA** quien en su momento fungía como agente de jugadores licenciado por la Federación Argentina de Fútbol.

Producto de dicha negociación encargada a **MARCELO FERREYRA**, el señor **SANTIAGO ARIAS NARANJO** como jugador libre para contratar, suscribió un contrato de trabajo con el **CLUB SPORTING SAD DE PORTUGAL** el 21 de junio de 2011.

De la misma manera, cumpliendo las obligaciones adquiridas entre las partes con ocasión del **CONTRATO DE CESIÓN DE DERECHOS**, **SANTIAGO ARIAS NARANJO** de manera voluntaria canceló al señor **ARIEH GUBEREK GRIMBERG** la suma equivalente a **€ 250.000 (DOSCIENTOS CINCUENTA MIL EUROS)**, suma que en ningún momento fue tasada en base a los derechos deportivos del demandado, esa cantidad de dinero siempre obedeció a la **CESIÓN DE DERECHOS ECONOMICOS** pactada bajo el amparo de la legislación civil colombiana.

Sin embargo, sin mediar explicación alguna, el señor **SANTIAGO ARIAS NARANJO** no dio cumplimiento a la obligación de pago del porcentaje correspondiente a mi poderdante de los dineros causados por la actividad como deportista profesional que obedecen a los pagos anuales para los períodos 2011-2012, 2012-2013 efectuados por el **CLUB SPORTING SAD DE PORTUGAL**.

Por otra parte, nuevamente dándole cumplimiento a las obligaciones pactadas en el **CONTRATO DE CESIÓN DE DERECHOS**, el señor **ARIEH GUBEREK GRIMBERG** recibió la suma de **CIEN MIL EUROS (€ 100.000)**, suma que correspondía al “*signing bonus*” o bono por firma realizado por parte del **CLUB PSV EINDHOVEN** al señor **SANTIAGO ARIAS NARANJO**, por la suma de **DOSCIENTOS MIL EUROS (€ 200.000)**.

Teniéndose entonces que, derivado del comportamiento de las partes frente al cumplimiento del **CONTRATO DE CESIÓN DE DERECHOS**, era clara su intención de respetar las obligaciones de carácter civil allí pactadas y que nada tenían que ver con derechos deportivos o federativos ni con la tasación de estos. Siempre estuvo claro que las sumas recibidas, obedecían a las que recibió el señor **SANTIAGO ARIAS NARANJO** en virtud del desarrollo de su actividad como deportista profesional y que sobre esos derechos económicos era que versaba la cesión de derechos.

Así entonces, que el señor **SANTIAGO ARIAS NARANJO SE NEGÓ A SATISFACER** en su totalidad las obligaciones por él adquiridas en el **CONTRATO DE CESIÓN DE DERECHOS**, de las cuales su incumplimiento son el objeto de la demanda presentada inicialmente.

5. EL ARTÍCULO 32 DE LA LEY 181 DE 1995 PERTENECE AL ÁMBITO DEL DERECHO DEPORTIVO

Un ejemplo de norma de Derecho Deportivo en Colombia es la contemplada al artículo 32 de la Ley 181 de 1995.⁶ Para entender a cabalidad su contenido, es menester brevemente describir el mecanismo de vinculación y transferencia de los jugadores profesionales de fútbol. Para poder jugar con equipos profesionales de fútbol, un jugador tiene que firmar un contrato de trabajo con un Club, quien será así propietario de sus derechos deportivos (el denominado “pase”) los cuales deberá inscribir ante la autoridad deportiva competente. Para cualquier transferencia a otro Club, deberá mediar la autorización del jugador, así como la del Club que cede y del que recibe el “pase”. Los Convenios Deportivos arriba mencionados permiten a los Clubes vender total o parcialmente los derechos deportivos, influyendo así sobre la carrera deportiva de un jugador también después de su paso por el Club. Cuando ningún Club tiene contrato de trabajo válido con un jugador profesional, este se considera “agente libre”, y podrá firmar un nuevo contrato de trabajo con cualquier Club nacional o extranjero.

Esa fue la condición de Santiago Arias – obtenida gracias a las gestiones del señor **GUBEREK** - cuando firmó el Contrato de Cesión de derechos con mi poderdante. Dicho de otra forma, en concordancia con las normas internacionales, así como la ley y jurisprudencia colombianas, Santiago Arias era titular de sus derechos deportivos al momento de firmar el Contrato de Cesión de derechos. Por lo tanto,

⁶ Otros ejemplos de normas públicas deportivas en Colombia son: Ley 49 de 1993 sobre régimen disciplinario deportivo, Ley 582 de 2000 sobre deporte asociado de personas con discapacidades, Ley 845 de 2003 en materia de dopaje, Ley 1445 de 2011 sobre transformación de clubes profesionales, entre otras. A nivel jurisprudencia, la sentencia por excelencia en materia deportiva es la C-320 de 1997.

frente al derecho vigente, podía libremente disponer de ellos. Esta conclusión debe leerse como una de las conquistas más relevantes de la lucha por los derechos de los jugadores profesionales de balompié en Colombia, en concordancia con la Sentencia hito C-320 de 1997 de la Corte Constitucional, quien acogió los pilares de la famosísima “sentencia Bosman” del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

6. EL CONTRATO DE CESIÓN DE DERECHOS PERTENECE A LA ESFERA DEL DERECHO DEL DEPORTE

El trasfondo deportivo descrito en los puntos anteriores es la “escena” en la cual se firmó un contrato comercial entre las Partes del presente proceso, que pertenece a la esfera del Derecho del Deporte. Lo anterior, por las siguientes razones:

A. El señor **GUBEREK** no actuó como agente (hoy, intermediario) sino como empresario, y en esa calidad realizó inversiones cuantiosas para poner al jugador en las condiciones de sobresalir, como efectivamente sucedió en la carrera de Santiago Arias. (Es de anotar que, aun queriendo, el señor **GUBEREK** no podía actuar como intermediario en las jurisdicciones europeas, que obligan a los jugadores – como efectivamente sucedió – servirse de agentes inscritos ante la Federación a la cual pertenece el Club que los contrata.)

B. La jurisdicción competente para resolver la controversia es la justicia ordinaria en Colombia, con exclusión de cualquier arbitraje deportivo que sería del todo incompetente para conocerla.

C. El señor **GUBEREK** no practicaba el deporte, sino más bien una actividad económica totalmente lícita.

D. El artículo 24 del contrato de trabajo entre Santiago Arias y el equipo PSV Eindhoven del 13 de julio de 2013 indica como agente del jugador a Javier Abad, no al señor **GUBEREK**.

E. La simple interpretación literal del contrato permite establecer que el Contrato de Cesión de Derechos no es un contrato de representación deportiva. Prueba de lo anterior es que ni el señor Santiago Arias ni su apoderado pretendieron hacer ver el Contrato en esa calidad.

F. El Contrato de Cesión de derechos no contiene indicación alguna acerca de la calidad de agente (hoy, intermediario) con la cual firma el señor **GUBEREK**, como es praxis en ese tipo de contratos en Colombia.

G. Entre las obligaciones del jugador en el Contrato figura expresamente la de notificar al señor **GUBEREK** cualquier propuesta de contrato de intermediación con agentes de jugadores licenciados, lo que claramente indica que el contrato en sí **NO ES UN CONTRATO DE INTERMEDIACIÓN DEPORTIVA**.

En virtud del principio de la autonomía de la voluntad, el contrato de cesión de derechos económicos es un contrato de derecho privado de carácter sinalagmático, con beneficios económicos para las dos partes, en virtud de la transferencia de un derecho intangible, y habiendo sido celebrado siguiendo las formalidades legales, de ninguna manera afecta la dignidad del deportista, o desnaturaliza su humanidad. **Se debe concluir que la transferencia de derechos federativos solo se puede dar entre clubes, y en consecuencia supone el cambio de empleador, mientras que a través de la cesión de derechos económicos únicamente se está traspasando el beneficio económico de una eventual transferencia de estos derechos.**⁷

La prueba más directa que confirma este razonamiento es que el juez de primera instancia y ahora el Tribunal de Apelación, no tuvieron dudas en reconocer la jurisdicción para el pleito que nos ocupa. Lo anterior obedece eminentemente a que **el Estado colombiano – y no podría ser de otra forma - tiene el interés y el deber de dar protección a todas aquellas relaciones jurídicas válidamente contraídas dentro del Derecho del Deporte, que otra cosa no es, sino la aplicación del ordenamiento jurídico colombiano a situaciones que surgen dentro de la industria del deporte.** La controversia entre el jugador profesional de fútbol Santiago Arias y el empresario del fútbol **ARIEH GUBEREK GRIMBERG**, es un ejemplo paradigmático de aquél.

7. NATURALEZA DEL CONTRATO DE CESIÓN DE DERECHOS

En primer lugar, es importante anotar para claridad del juzgador, que es absolutamente necesario partir de la base de la validez del **CONTRATO DE CESIÓN DE DERECHOS**, fundamentalmente en la medida en que se trata de un contrato de naturaleza civil y comercial; que, si bien se desarrolla en relación con el ámbito deportivo y la actividad deportiva, el contrato *per se* no es propio del derecho deportivo.

Se trata de un negocio jurídico regulado en la ley colombiana que es plenamente válido toda vez que no carece de vicio que pueda derivar en nulidad absoluta o relativa del mismo; este acuerdo no trae consigo contravención a la ley alguna, como será expuesto a lo largo del presente escrito; y por lo tanto las obligaciones contenidas en el mismo deben ser honradas y cumplidas por las partes.

En virtud del contrato suscrito, **SANTIAGO ARIAS NARANJO** cedió el cincuenta por ciento (50%) de sus derechos deportivos, económicos y de inscripción; nótese como se está al frente de una conjunción al incluirse tales derechos, no se trata de una disyunción como lo pretende interpretar el Despacho del **JUZGADO 41 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**.

Dentro de la mencionada cesión de derechos, se encuentran incluidos los **DERECHOS ECONÓMICOS** en dos sentidos, el primero como ya fue mencionado y el segundo al acordar entregar el cincuenta por ciento (50%) de las sumas de dinero recibidas como fruto de una transferencia nacional o internacional; sobre lo cual

⁷ Cardona Aranda, D.F. (Junio, 2014). Fondos de inversión y contratos de cesión de derechos económicos: el caso de los derechos deportivos en Colombia. Revista de Derecho Privado, 51, p. 17.

vale la pena destacar que de tal concepto se derivan las sumas que fueron efectivamente recibidas por parte del demandado.

Ahora bien, dentro del juicio de valoración respecto de la nulidad del mencionado contrato, es menester traer a colación el artículo 900 del Código de Comercio por medio del cual se establecen como anulables los negocios jurídicos cuando se celebren por persona relativamente incapaz, o cuando el consentimiento hubiera estado viciado por error, fuerza o dolo.

Sobre el particular, vale la pena destacar que las partes gozaban de plena capacidad legal al momento de celebrar el contrato, y tampoco se presentaron vicios del consentimiento que pudieran llegar a afectar la validez del negocio jurídico.

Ahora bien, los artículos 1959 y 1961 del Código Civil, respecto de la cesión de derechos establece que la cesión opera luego de que exista un acuerdo entre cedente, quien para el caso concreto es **SANTIAGO ARIAS**; y el cesionario a quien se le transfieren los derechos económicos.

En el mismo sentido, es requisito que el cedente entregue al cesionario un documento, en el que consten o se señalen los derechos contractuales que se están cediendo y, además, el mencionado documento debe contar con la firma del cedente.

Expuesto lo anterior, es claro que el **CONTRATO DE CESIÓN DE DERECHOS** suscrito entre **ARIEH GUBEREK** y **SANTIAGO ARIAS**, a pesar de desarrollarse en relación cuasi directa con una actividad deportiva; pero sin ser un contrato propio de la esfera de acción del derecho deportivo; es un contrato que ostenta una naturaleza civil y comercial; y que se encuentra debidamente regulado a la luz de esta legislación; y es bajo el amparo de la misma que debe ser analizado en cuanto a su validez y ejecución; de la manera como será expuesto en las líneas siguientes.

8. VALIDEZ DEL CONTRATO DE CESIÓN DE DERECHOS

En el mismo sentido de lo ya expresado en cuanto a la naturaleza del **CONTRATO DE CESIÓN DE DERECHOS** suscrito por las partes del presente litigio, procederemos a manifestarnos respecto de la validez del mencionado contrato, el cual, dicho sea de paso, cumple con los requisitos de establecidos en la ley para ser considerado un contrato totalmente válido.

En primer lugar, es importante aclarar que es el **CONTRATO DE CESIÓN DE DERECHOS** la fuente de obligaciones de las partes, de acuerdo con lo señalado en el artículo 1602 del Código Civil; es justamente ese **CONTRATO DE CESIÓN DE DERECHOS** el instrumento jurídico que el juzgado no valoró en su integridad y además lo valoró de manera errada.

Afirma el *a quo* dentro de la sentencia del veintinueve (29) de abril de dos mil veintiuno (2021), que:

“lo cierto es que la voluntad de las partes fue transferir los derechos deportivos del jugador, circunstancia que por sí sola genera el vicio que invalida la transferencia de tales derechos.”

Respecto a lo afirmado, es fundamental mencionar que la voluntad de las partes **NO FUE TRANSFERIR DERECHOS DEPORTIVOS DEL JUGADOR**; equivoca el camino el despacho de primera instancia al realizar tal valoración y concluir que se trata de un objeto ilícito; era posible concluir a este punto de haberse valorado íntegramente las pruebas practicadas dentro del proceso tales como los interrogatorios a las partes y los testimonios practicados en audiencia del catorce (14) de abril de dos mil veintiuno (2021), a los cuales el *a quo* no hizo referencia alguna.

Otro error frente a la valoración de la validez del contrato, y que fuere expuesto por el Despacho en la sentencia recurrida hace relación con la siguiente afirmación:

“Con relación al señor SANTIAGO ARIAS NARANJO, del contrato no se desprende que haya recibido suma o contraprestación alguna, de manos del señor ARIEH GUBERK GRIMBERG, en virtud de lo cual no se ordenará a su cargo restitución alguna.”

Tal afirmación reviste preocupación al momento de analizar la sentencia, principalmente en la medida en que las gestiones que realizó **ARIEH GUBEREK** en favor de **SANTIAGO ARIAS**, fueron debidamente demostradas documental y testimonialmente; principalmente tales gestiones fueron acreditadas por medio de los siguientes testimonios:

- **JAVIER ABAD LOPEZ** quien al ser cuestionado sobre las gestiones específicas que había realizado **ARIEH GUBEREK** en favor de **SANTIAGO ARIAS** respondió relatando que mi poderdante se había encargado de estar atento de la transferencia del jugador desde el **SPORTING CLUB SAD DE PORTUGAL** hacia el **PSV EINDHOVEN** de Holanda, decisión que fue tomada en procura de un mejor desarrollo deportivo de su socio.
- **JHERSON CORDOBA** afirmó que el señor **GUBEREK** ayudaba a los jugadores a conseguir contratos y estaba atento a adelantar acciones encaminadas a su bienestar.
- **LUIS EDUARDO NUÑEZ** al momento de rendir testimonio dio cuenta de su conocimiento sobre las gestiones en el exterior que se hicieron en favor del demandado y además que las que hicieron en el momento en favor de la formación personal y deportiva de **SANTIAGO ARIAS NARANJO**; y por último afirmó conocer que era **ARIEH GUBEREK** la persona encargada de asumir los gastos de alimentación y manutención del señor ARIAS en su etapa temprana de desarrollo deportivo.

Dicho lo anterior, es necesario destacar que las mencionadas pruebas fueron totalmente desconocidas (no fueron siquiera mencionadas y menos aún valoradas) por parte del Despacho en aras de concluir que de parte del demandante no se hizo gestión alguna en favor del demandado.

Por otra parte, concretamente sobre la **CAPACIDAD, EL CONSENTIMIENTO LIBRE DE VICIOS y EL OBJETO Y CAUSA LÍCITAS**, elementos de validez del **CONTRATO DE CESIÓN DE DERECHOS**, es necesario pronunciarnos para reiterar, como ya se hizo dentro del proceso, que, tanto el señor **ARIEH GUBEREK GRIMBERG** como el señor **SANTIAGO ARIAS NARANJO**; para el momento de la firma del contrato eran ambos mayores de edad y ninguno había sido declarado incapaz por ley o sentencia judicial; sumado a que para las partes siempre estuvo claro que se estaba firmando y a que se estaban obligando las partes, estando incluidos **LOS APORTES** de cada uno de ellos en la sociedad que estaban iniciando.

Respecto de la causa lícita del **CONTRATO DE CESIÓN DE DERECHOS** nunca se puso en duda la licitud de la causa que llevó a la suscripción del contrato. Sin embargo, sorpresivamente el *a quo* basó su decisión de declaratoria de nulidad absoluta del contrato en un supuesto objeto ilícito, sin tener en cuenta dentro de la fundamentación jurídica, fundamentalmente en la medida en que el mismo obedece a una cesión de derechos entre particulares y que no se encuentra ni se encontraba proscrita por la legislación colombiana para ese entonces; y es sobre este punto en el cual equivoca el camino el *a quo* en la medida de interpretar lo pactado en el contrato en un solo sentido, recostando absolutamente su decisión en el ámbito del derecho deportivo, en una norma que no es del todo clara y en solamente una sentencia proferida por la Corte Constitucional que no da cuenta alguna de la realidad jurídica aplicable al caso concreto.

En otro sentido, es absolutamente clave mencionar que conforme al artículo 1602 del Código Civil, el contrato suscrito conforme al principio de la autonomía de la voluntad privada, genera en forma inequívoca que, las obligaciones allí contenidas son ley para las partes, por lo cual no pueden ser desconocidas de manera unilateral por una de las partes sin que existan consecuencias legales derivadas de ello.

Por último, señalamos que según la jurisprudencia colombiana, las causales de nulidad son las expresamente señaladas en la legislación, es decir, que son de interpretación restrictiva.

En cuanto al caso concreto, valga la pena destacar nuevamente que en virtud de tal contrato se pactaron las obligaciones de:

- a) Dar una suma de dinero a cargo del Jugador, correspondiente a los frutos de la transferencia nacional o internacional del Jugador, bajo la denominación de derechos deportivos, **derechos económicos**, derechos de inscripción, bono por firma o signing bonus o cualquier denominación.**
- b) Informar al Empresario las propuestas de contrato de trabajo que aquél recibiera para ser transferido a un club colombiano o extranjero.**
- c) Informar al Empresario las propuestas de contrato de intermediación que aquél recibiera de parte de agentes licenciados por la Federación Colombiana de Fútbol u alguna asociación nacional. económicos y de inscripción.**

Frente al caso concreto nos encontramos a la luz de un contrato meramente civil y comercial, que fue suscrito por dos personas absolutamente capaces, conscientes de lo que se estaba pactado, lo cual claramente hace referencia a acuerdos lícitos y absolutamente válidos a la luz del derecho civil y comercial, por ende no hay lugar alguno a que se llegue a la conclusión de una nulidad absoluta por objeto ilícito, cuando se está analizando de manera errada la normativa aplicable a la relación contractual en cuestión.

En lo relacionado con el caso concreto, de acuerdo con los artículos 887 del Código de Comercio y 1959 del Código Civil; está permitida la cesión de derechos económicos de un contrato y la cesión de créditos a un tercero.

Contrario a como lo pretende hacer ver el *a quo*, basando su decisión en la Sentencia C-320 de 1997; no sucede lo mismo cuando se trata de créditos y derechos económicos derivados de la actividad deportiva de una persona; respecto de la cual es válida la celebración de negocios jurídicos. Es importante aclarar que con la suscripción de este tipo de acuerdos no se está limitando ninguna libertad al jugador ni se está presentando ninguna interferencia o participación ilegítima dentro de la industria del deporte, sobre lo cual se insistió por parte de este extremo procesal en la práctica de pruebas y los alegatos de conclusión.

Inclusive, dándole una mirada desde el punto de vista teleológico, de acuerdo a lo pactado y lo acordado por las partes, entre mejor fuese la gestión por parte del demandante, mejores resultados económicos iba a tener el demandado; en igual sentido sobre el rendimiento deportivo de este último; derivando claramente en una relación de igualdad entre las partes, que se veía reflejada en obligaciones y beneficios mutuos.

Con lo pactado en el **CONTRATO DE CESIÓN DE DERECHOS** no se está contrariando la ley o el orden público como lo pretende hacer ver el *a quo* en la sentencia que aquí se recurre, y que sin el total sustento jurídico ni probatorio necesario para emitir una decisión como la injusta declaratoria de nulidad absoluta de un contrato absolutamente e inequívocamente válido, fundamentalmente en la medida en que dentro del mismo contrato fueron cedidos válidamente otros derechos, incluidos los económicos; lo cual deriva en una imposibilidad por parte del *a quo*, de declarar una nulidad absoluta del contrato, sin pronunciarse sobre la totalidad de los derechos cedidos entre las partes.

9. EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE CESIÓN DE DERECHOS

Dentro de la escueta fundamentación jurídica que se dio en la sentencia recurrida, el Despacho afirmó que:

“sino adicionalmente a que los recursos económicos derivados de dichos derechos, sean transferidos a terceros, pues como lo señala el artículo 32 de la Ley 1085 de 1992.”

Sobre este punto es importante aclarar que, lo acordado entre **ARIEH GUBEREK** y **SANTIAGO ARIAS** no versaba únicamente sobre valoraciones económicas derivadas de los derechos deportivos del jugador; **el contrato es claro al hacer referencia a una cesión de derechos económicos como tal**, más no que los mismos son los derivados de los derechos deportivos o de inscripción, **siendo derechos independientes entre sí, pero contemplados dentro de un mismo documento**.

De acuerdo con el principio de buena fe, contenido en el artículo 871 del Código de Comercio, el contrato hasta cierto punto fue ejecutado de buena fe por las partes, hasta el momento en que se presentaron las situaciones de incumplimiento injustificado por parte del demandado.

La voluntad de las partes, al momento de la suscripción del contrato fue la de darle forma a una sociedad de trabajo conformada por lo señores **ARIEH GUBEREK** y **SANTIAGO ARIAS**; donde cada uno de ellos iba a realizar sus aportes en beneficio de ellos como conjunto. Es por esto que en virtud del artículo 824 del Código de Comercio y la libertad de forma de los contratos allí establecida; las partes pactaron las obligaciones que a su consideración le daban forma y fondo a su acuerdo, pero principalmente a su voluntad de trabajar mancomunadamente.

En el mismo sentido, es importante destacar que en virtud del artículo 1618 del Código Civil, debe prevalecer la intención de las partes y por lo tanto, conocida esta se debe estar a ella más que a la literalidad de las palabras; lo cual da paso para reiterar que siempre fue la intención de las partes desde el inicio de la relación contractual el trabajar mancomunadamente en procura de cumplir un objetivo común, asignándose para cada uno un 50% calculado sobre las retribuciones a título de derechos económicos que percibiera **SANTIAGO ARIAS** que era por medio de quien se canalizaban los pagos y las retribuciones al ser la única persona que podía ser titular de los derechos que daban nacimiento a las retribuciones económicas.

En ningún momento del proceso, fue puesto en duda ni por alguna de las partes ni por parte del Despacho, que el contrato haya sido ejecutado en su momento y cumplido hasta cierto punto por las partes en todo momento sin mayor inconveniente; siempre se tuvo claro cuál era el objeto del contrato y de esa manera las partes ejecutaron su acuerdo, como para que sorpresivamente sea declarado nulo absolutamente, utilizando fundamentos jurídicos que no son aplicables al contrato en concreto y que además, las pruebas utilizadas para confirmar que el contrato en cuestión es de naturaleza civil y comercial, y además es completamente válido y de esa manera fue ejecutado por las partes; no hayan sido valoradas y tenidas en cuenta en debida forma.

La efectividad de las gestiones del señor **GUBEREK** a favor de **SANTIAGO ARIAS** no puede discutirse.

En primer lugar, **GUBEREK** logró obtener – contratando para ese fin una asesoría jurídica a nivel nacional e internacional - la desvinculación del Jugador del Club Equidad, restiéndole a **SANTIAGO ARIAS** el 100% de sus derechos deportivos. Esa

estrategia resultó ser ganadora, ya que facilitó el primer fichaje internacional de **SANTIAGO ARIAS**.

En segundo lugar, las gestiones de **GUBEREK** procuraron que **SANTIAGO ARIAS** pudiese firmar su primer contrato internacional con un gran equipo europeo, el Sporting de Lisboa. Tal y como resulta de los documentos aportados al proceso, el Jugador pasó de devengar un salario mensual de **SEISCIENTOS MIL PESOS COLOMBIANOS (\$600.000)**, que correspondían a alrededor de Euro 250) con el Equipo Equidad (sin cumplir siquiera con las normas obligatorias en materia de prestaciones sociales en Colombia), a uno anual de **DOSCIENTOS SESENTA Y UN MIL CIENTO VEINTE (Euro 261.120)**. Se trata de un incremento de alrededor del **OCHO MIL SETECIENTOS POR CIENTO (8.700%)**.

En tercer lugar, tampoco existen dudas sobre las gestiones (y su efectividad) en la negociación y nuevo fichaje con el **PSV EINDHOVEN**. En el relato del testigo Javier Abad, muy claramente se refirió a las gestiones conjuntas suyas y del señor GUBEREK para procurar una nueva contratación a favor del Jugador con el PSV Eindhoven y en particular que buena parte de las negociaciones fueron realizadas por el mismo GUBEREK con el señor Marcel Brands del club holandés, mientras Javier Abad era en encargado de negociar con el club cedente, el Sporting de Lisboa. Más en particular, en su relato el señor Javier Abad refiere que el señor GUBEREK llevó a cabo “las negociaciones formales de la incorporación al club o cual salario iba a tener en psv Eindhoven o a cuantos años iba a durar que tipo de bonos o premios iba a tener” con la finalidad de “intentar sacar el mejor contrato para el jugador”.

Según el relato del testigo Javier Abad en el traspaso desde el Sporting al PSV Eindhoven, Santiago Arias fue obligado a renunciar a los derechos económicos que había negociado en su momento para la eventualidad de un nuevo traspaso a otro club, con el fin de viabilizar la transferencia, a cambio de un *signing bonus* que finalmente el PSV Eindhoven le pagó al Jugador. Y no es todo. Esa negociación llevó a obtener a favor del jugador un *signing bonus* adicional del 7,5% en caso de un futuro traspaso desde el PSV Eindhoven a otro Club, lo que efectivamente sucedió con el Atlético de Madrid.

Por lo tanto, quedó demostrado en la primera instancia del juicio que el **CONTRATO DE CESIÓN DE DERECHOS** produjo los efectos esperados para el futbolista: lanzar su carrera profesional internacional.

10. DERECHOS ECONOMICOS VS DERECHOS DEPORTIVOS

Considera la parte que represento que, a pesar de las escasas, equívocas y desafortunadas consideraciones del fallo objeto del presente recurso, el despacho no realizó razonamiento ni valoración alguna respecto de los derechos económicos objeto del contrato, y que constituyen la base de las pretensiones de la demanda.

De acuerdo con este precepto, es importante resaltar que en el medio de la industria del fútbol profesional, los jugadores pueden suscribir contratos con ciertas

particularidades, que llevan a concluir que el contrato de un futbolista tiene características especiales, resulta necesario hacer referencia a dichas especificidades a pesar de que el presente asunto es un contrato eminentemente mercantil de cesión parcial (50%) de las sumas de dinero percibidas o que llegare a percibir el jugador **SANTIAGO ARIAS** a lo largo de su carrera como futbolista a partir del 20 de mayo de 2011.

En relación con los derechos federativos, la FIFA no ha establecido una definición para el concepto de derechos federativos, los cuales incluyen transferencia de jugadores (derechos federativos), la doctrina lo define como la potestad que tiene un club de contratar un futbolista para utilizar sus servicios profesionales.⁸

Ahora bien, los derechos económicos, se han definido en los siguientes términos:

*“Según gran parte de la doctrina, los derechos federativos de un determinado deportista (en nuestro caso un jugador de fútbol), poseen un contenido patrimonial, el cual es denominado “derechos económicos derivados de los derechos federativos” y que se traduce generalmente en el beneficio económico que percibirá (...)”.*⁹

El beneficio económico que forma parte del patrimonio del jugador, en este caso es cedido con el consentimiento del futbolista y por lo tanto es una declaración de voluntad libre de vicios, dentro del margen de autonomía de la voluntad de las partes, que se traduce en un negocio jurídico con objeto lícito, en virtud del cual el cedente se compromete a pagar al cesionario el 50% de **las sumas de dinero recibidas** como producto de su actividad como jugador profesional de fútbol, enmarcándose esta figura dentro del derecho civil y/o mercantil, como fuente de la obligación.

Respecto de los derechos económicos cedidos, se debe hacer la claridad que el señor **ARIEH GUBEREK GRIMBERG**, no actúa en calidad de agente (hoy intermediario) de fútbol, sino en calidad de persona natural con capacidad de suscribir un contrato; en ese orden de ideas, no se puede asimilar la cesión de derechos deportivos que se realiza entre un jugador y un club de fútbol donde debe existir una relación laboral de por medio y se deben considerar unas aspectos especiales, sino que se debe partir de que **el Contrato de Cesión del 20 de mayo de 2011, es un negocio jurídico particular celebrado entre dos personas naturales con capacidad de disposición de los derechos económicos y patrimoniales derivados de una actividad profesional.**

Por consiguiente, el contrato cumple con todos los preceptos y requisitos de existencia y validez, como se ha reiterado precedentemente es un contrato legalmente celebrado, para el caso que nos ocupa, como obra en el expediente el jugador señor **SANTIAGO ARIAS NARANJO** durante la ejecución del contrato y a la

⁸ Martin Auletta. Revista Republicana Enero-junio de 2014. Derechos y beneficios económicos en el mundo del fútbol. En

<https://mail.google.com/mail/u/0/#inbox/WhctKJVRJDJZbBghZtgBffdJVqQdVNlvBZcJRVwxfbdwMQcRnkXfZgfpwQnPTbKspmhVg?projector=1&messagePartId=0.0>

⁹ Extraído de http://www.gmsestudio.com.uy/pdf/derechos-federativos_econo.pdf

fecha ha celebrado de manera libre y sin restricciones de ninguna naturaleza, contratos laborales con clubes de Fútbol a saber: Sporting SAD de Portugal, PSV de Holanda, Atlético de Madrid de España, así entonces en el ejercicio y desarrollo del contrato suscrito con la parte que represento el jugador en virtud de los contratos laborales que ha suscrito a la fecha, ha entregado los derechos deportivos, federativos o de inscripción a los clubes antes descritos, sin que se haya afectado en ningún momento su actividad como deportista.

11. CONVERSIÓN DE LOS ACTOS NULOS

El señor **SANTIAGO ARIAS** reconoció al despacho haber firmado de forma libre y voluntaria el **CONTRATO DE CESIÓN DE DERECHOS**.

El testigo **JHERSON CÓRDOBA**, jugador profesional de fútbol quien compartió cancha y una gran amistad con **SANTIAGO ARIAS** en la Equidad – y que conoció los hechos de primera mano – testimonió no solo que **SANTIAGO ARIAS** firmó el **CONTRATO**, sino que lo leyó, hizo preguntas y al estimarlo claro, lo firmó en la sala de la casa del señor **GUBEREK**. Según su testimonio, el contrato de **ARIAS** – a la par que el suyo propio – no estaba limitado a una transferencia, sino que debía respetarse en cualquier caso de consecución de un nuevo contrato en el futuro. Es más. En cuanto a las gestiones anteriores a la firma del **CONTRATO**, el testigo Jerson Córdoba refirió que el señor **ARIAS** vivió durante aproximadamente 6-7 meses en la casa de **GUBEREK**, quien era el representante de Profutcol y además que Guberek viajó a Argentina y Portugal “para conseguir equipos” a favor de los jugadores. En las palabras mismas de **SANTIAGO ARIAS** refiriéndose a mi asistido, “Yo confié en él y en su abogado y firmé ese contrato”.

¿Porqué **SANTIAGO ARIAS** firmó el **CONTRATO DE CESIÓN DE DERECHOS**? En el interrogatorio de parte, **SANTIAGO ARIAS** afirmó que “venía jugando muy poco en la Equidad”. Tal y como lo subrayó enfáticamente en su testimonio su amigo y colega Jerson Córdoba, la finalidad principal para que un jugador profesional firma ese tipo de contratos con profesionales de la industria del fútbol es clara: mejorar su carrera deportiva.

Está claro que **SANTIAGO ARIAS** es un talento en el fútbol, no hubiera podido lograr destacados resultados deportivos con la Selección Colombia y con prestigiosos Clubes europeos. De la misma forma, debe quedar claro que el dinamizador, quien le dio a **SANTIAGO ARIAS** la posibilidad de mostrar dicho talento al más alto nivel, es el demandante en el presente proceso.

De las pruebas, oportunamente allegadas al proceso, las decretadas y practicadas, se colige que se dio ejecución y continuidad al contrato de cesión de derechos de fecha 20 de mayo de 2011, entablado así las partes una relación contractual plenamente acordada por **SANTIAGO ARIAS** y **ARIEH GUBEREK**, ello supone entonces que un contrato que el despacho declara nulo, puede adquirir una conversión de acuerdo a la intención de las partes, así ha sido ratificado en jurisprudencia conforme consta en sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Civil, Sentencia SC-44282018 (11001310300520040007601), Oct. 12/18., en la que

indicó la *“Transformación de contrato nulo. El contrato nulo podrá producir los efectos de un contrato diferente, del cual contenga los requisitos esenciales y formales, si considerando el fin perseguido por las partes deba suponerse que éstas, de haber conocido la nulidad, habrían querido celebrar el otro contrato.”*

Por lo anterior, extraña este extremo procesal la aplicación de las normativas de los artículos 1618 del Código Civil, de la prevalencia de la intención y 904 del Código de Comercio, por parte del Juez de primera instancia.

De lo anterior se concluye que, finalmente las partes le dieron ejecución a un acuerdo encaminado para proyectar y potenciar la carrera deportiva del demandado **SANTIAGO ARIAS NARANJO** como evidentemente ocurrió.

Entonces, se puede concluir a lo anterior señor Magistrado, que es válido concluir que el Contrato es un contrato bilateral¹⁰ y oneroso¹¹, y existen en el ordenamiento varias posibilidades para materializar la (indudable) voluntad de las partes de hacer un negocio en conjunto sobre la carrera deportiva de **SANTIAGO ARIAS**, a saber:

- **La cesión de derechos – créditos.**

El artículo 887¹² del Código de Comercio faculta a quienes hubieren celebrado contratos mercantiles de ejecución periódica o sucesiva, celebrado contratos de ejecución instantánea no cumplidos, y/o celebrado contratos *intuitu personae*, para hacerse sustituir en todo o parte de las relaciones derivadas de los mismos. De esta manera, el estatuto mercantil autoriza la cesión de los derechos que se deriven de las relaciones contractuales que tenga una parte, como ocurriría eventualmente con la cesión de derechos económicos objeto de discusión en el presente documento.

Ahora bien, dado que en el Contrato las Partes acordaron la cesión de derechos deportivos, económicos y de inscripción del Jugador¹³ –como parte de las relaciones derivadas de los contratos celebrados por el Jugador en el futuro– es pertinente referirnos a la Cesión de Créditos Personales en el Código Civil. La Cesión de Crédito consiste en la transferencia de un derecho de pago a favor de un tercero, por lo cual no modifica la relación contractual, sino simplemente el titular del derecho de pago.

¹⁰ Código Civil Colombiano. Artículo 1496: *“El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente”.*

¹¹ Código Civil Colombiano. Artículo 1497: *“El contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro”.*

¹² Código de Comercio Colombiano, Artículo 887: *“En los contratos mercantiles de ejecución periódica o sucesiva cada una de las partes podrá hacerse sustituir por un tercero, en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato, sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido, si por la ley o por estipulación de las mismas partes no se ha prohibido o limitado dicha sustitución. La misma sustitución podrá hacerse en los contratos mercantiles de ejecución instantánea que aún no hayan sido cumplidos en todo o en parte, y en los celebrados intuitu personae, pero en estos casos será necesaria la aceptación del contratante cedido”.*

¹³ El Código Civil Colombiano regula la cesión de los siguientes derechos: créditos personales, derecho de herencia y derechos litigiosos. Eventualmente, el “Contrato de Cesión de Derechos” sólo podrá enmarcarse bajo la figura de cesión de créditos personales.

En los términos del artículo 1959 y siguientes del Código Civil¹⁴, la Cesión de un Crédito tiene efecto entre las partes en virtud de la entrega del título, y frente al deudor o terceros cuando se notifique o acepte. La aceptación puede presumirse en los casos en que el deudor realice pagos al cesionario.

- **El contrato de participación**

El artículo 507 del Código de Comercio define a la participación como un contrato por el cual dos o más personas que tienen la calidad de comerciantes toman interés en una o varias operaciones mercantiles determinadas, que deberá ejecutar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal, con cargo de rendir cuenta y dividir con sus partícipes las ganancias o pérdidas en la proporción convenida.

A su vez, el artículo 508 establece libertad de forma en la celebración del contrato de participación, indicando que no está sujeto a las solemnidades necesarias para constituir compañías comerciales; además de aceptar que su objeto, forma, interés y condiciones responden al acuerdo entre los partícipes.

- **Joint venture**

Tal y como lo define la Guía Legal de Contratos de Colaboración de Procolombia, “*el contrato de Joint Venture es una asociación de dos o más personas para realizar un proyecto o negocio que implica un determinado riesgo compartido (venture), en la cual las partes combinan esfuerzos para perseguir un beneficio común, sin crear una sociedad. Para ello, las partes realizan un aporte de bienes o derechos (p.ej. dinero, locales, marcas, patentes, contratos, know-how) sobre los cuales tendrán derecho en la misma proporción de su participación en la ejecución del negocio. Las partes distribuirán entre ellas tanto las ganancias como los riesgos que se derivan del negocio*”¹⁵.

¹⁴ Código Civil Colombiano, Artículo 1959: “La cesión de un crédito, a cualquier título que se haga, no tendrá efecto entre el cedente y el cesionario sino en virtud de la entrega del título. Pero si el crédito que se cede no consta en documento, la cesión puede hacerse otorgándose uno por el cedente al cesionario, y en este caso la notificación de que trata el artículo 1961 debe hacerse con exhibición de dicho documento”. Artículo 1960: “La cesión no produce efecto contra el deudor ni contra terceros, mientras no ha sido notificada por el cesionario al deudor o aceptada por éste”. Artículo 1961: “La notificación debe hacerse con exhibición del título, que llevará anotado el traspaso del derecho con la designación del cesionario y bajo la firma del cedente”. Artículo 1962: “La aceptación consistirá en un hecho que la suponga, como la litis contestación con el cesionario, un principio de pago al cesionario, etc”. Artículo 1963: “No interviniendo la notificación o aceptación sobredichas podrá el deudor pagar al cedente, o embargarse el crédito por acreedores del cedente; y en general, se considerará existir el crédito en manos del cedente respecto del deudor y terceros”. Artículo 1964: “La cesión de un crédito comprende sus fianzas, privilegios e hipotecas; pero no traspasa las excepciones personales del cedente”. Artículo 1965: “El que cede un crédito a título oneroso, se hace responsable de su existencia al tiempo de la cesión, esto es, de que verdaderamente le pertenecía en ese tiempo; pero no se hace responsable de la solvencia del deudor, si no se compromete expresamente a ello; ni en tal caso se entenderá que se hace responsable de la solvencia futura, sino sólo de la presente, salvo que se comprenda expresamente la primera; ni se extenderá la responsabilidad sino hasta concurrencia del precio o emolumento que hubiere reportado de la cesión, a menos que expresamente se haya estipulado otra cosa”. Artículo 1966: “Las disposiciones de este título no se aplicarán a las letras de cambio, pagarés a la orden, acciones al portador, y otras especies de transmisión que se rigen por el Código de Comercio o por leyes especiales”.

¹⁵ Procolombia. Guía Legal de Contratos de Colaboración. Recuperada en:

Así entonces, no puede la Señora Juez desconocer de plano la voluntad de las partes y la ejecución de una relación contractual libre de vicios, suscrita como se ha reiterado por sujetos plenamente capaces, con la convicción de llevar a cabo una relación contractual con un fin específico, el crecimiento personal y profesional del señor **SANTIAGO ARIAS NARANJO**.

A manera de conclusión sobre el particular, me permito evidenciar que la solución adoptada por el juez *a quo* de la nulidad absoluta del CONTRATO DE CESIÓN DE DERECHOS, desconoce hechos ya consolidados y para los cuales la *restitutio ad integrum* no puede operar.

Pensamos a un caso de resonancia mundial en el derecho deportivo: el de Lance Armstrong. Al ciclista norteamericano, quien ha violado de forma reiterada y continuada la normativa nacional e internacional en materia de dopaje, ha sido conminada – entre otras - la pena, típicamente deportiva, del retiro de todos sus trofeos, empezando por varias ediciones del Tour de France. En ese caso, ha sido posible “eliminar”, *tamquam non esset*, los resultados logrados de forma ilegítima.

En el caso que nos ocupa, ¿Cómo podrían “eliminarse” los logros deportivos derivados de las acciones de mi asistido? En otras palabras, ¿cómo podrían cancelarse los efectos que la ejecución del CONTRATO ha producido desde 2011 a favor de SANTIAGO ARIAS? Sería claramente imposible, lo que demuestra una vez más la diferencia (y su relevancia práctica) entre el denominado derecho deportivo (aplicable al caso de Armstrong) y el derecho del deporte (que aquí nos ocupa).

Siendo, así las cosas ¿Cómo puede aceptarse según Derecho y Justicia, que una parte salga enormemente beneficiada de un CONTRATO cuyos efectos ha querido y de los cuales se ha beneficiado, cuando la otra, que dichos efectos no solo ha querido sino que a producido con su esmero y capacidad profesional, obtiene solo deshonra?

12. FALTA DE VALORACIÓN INTEGRAL DEL CONTRATO Y DEL MATERIAL PROBATORIO.

Teniendo en cuenta que la sentencia únicamente, realiza mención de los interrogatorios de parte, omitiendo analizar de forma concreta todas las pruebas oportunamente allegadas y las que fueron decretadas y evacuadas en el marco de las audiencias de que tratan los artículos 372 y 373 del Código General del Proceso, mediante la cual habría podido el juzgado realizar un análisis de la verdadera intención de los contratantes, conforme lo dispone el artículo 176 de Código General del Proceso, a saber:

“ARTICULO 176. *Apreciación de las pruebas. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.*

http://www.inviertaencolombia.com.co/Adjuntos/Guia_de_Contratos_de_Colaboracion_WEB.PDF

Barranquilla Cra. 56 N° 74 - 179 • El Prado. PBX: (+57) 5 360 56 66
Bogotá Cra. 13 N° 82 - 91 Pisos 3, 4, 5 y 6 • Lawyers Center - Zona T. PBX: (+57) 1 636 36 79
Medellín Calle 6 Sur N° 43a - 96 oficina 404 • Torre Affinity. El Poblado. PBX: (+57) 4 590 46 36
Miami 268 Alhambra Circle - FL 33134 • Coral Gables. PBX: (+1) 786 866 91 55

El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba” que

Con fundamento en la anterior disposición se tiene que el juzgado omitió exponer razonadamente el valor asignado a cada prueba, pues no obra en el fallo reprochado mención alguna de los documentos aportados por las partes, exhibidos en audiencia y declaración de testigos.

13. INDEBIDA APRECIACIÓN DEL FUNDAMENTO JURÍDICO

Dentro de la parte motiva de la sentencia recurrida el *a quo*, afirma que:

“La prohibición que contempla el artículo 32 de la Ley 181 de 1995, surge claro que el negocio jurídico celebrado entre las partes, esto es, la venta a un particular del 50% de los derechos deportivos del jugador de futbol SANTIAGO ARIAS NARANJO, se encuentra expresamente prohibido, y como tal, la cesión de derechos deportivos y la obligaciones que consagra el contrato a cargo del juzgador y a favor del demandante, recayeron sobre objeto ilícito, lo que conlleva a que sea ineficaz al tenor de lo dispuesto por el artículo 1523 del Código Civil.

(...)

*Además, la prohibición legal no se concreta a que los derechos deportivos solo puedan ser adquiridos por los clubes deportivos o de propiedad del respectivo poseedor, sino adicionalmente a que los recursos económicos derivados de dichos derechos, sean transferidos a terceros, pues como lo señala el artículo 32 de la Ley 1085 de 1992, **“En consecuencia, queda prohibido a aquéllos disponer por decisión de sus autoridades que el valor que reciban por tales derechos pertenezca o sea entregado a persona natural o jurídica distinta del mismo club poseedor”.***

*“En efecto, de conformidad con las consideraciones plasmadas para resolver la demanda inicial, se concluyó que el contrato génesis de esta acción, denominado **“CONTRATO DE CESIÓN DE DERECHOS”** a través del cual el juzgador SANTIAGO ARIAS NARANJO, cedió **“EN FORMA GRATUITA”** a favor del demandante, el 50% **“...de sus derechos deportivos, económicos y de inscripción que le corresponden...”**, y como resultado de ello se acordó en su cláusula segunda, la obligación a cargo del demandado de pagar al demandante el 50% de las sumas de dinero que SANTIAGO ARIAS reciba por concepto de sus derechos deportivos, acuerdos que infringen la prohibición establecida en el citado artículo 32 de la Ley 181 de 1995, y genera nulidad absoluta, en los términos del artículo 1741, dado que se trata de un contrato prohibido por la ley, y como tal, configura una de las modalidades de objeto ilícito por así disponer el artículo 1521 *Ibidem*.”*

No se comparte lo expuesto por la señora Juez de primera instancia en la parte motiva de la sentencia recurrida, por cuanto ello es contrario a realidad de la Sentencia C-320 de 1997, en tanto la providencia citada por el *a quo* declara exequible únicamente el inciso primero del artículo 32 de la citada Ley 181 de 1995.

Para tal efecto se cita el numeral primero de la parte resolutoria de la sentencia en cita que dispuso: “*Primero: Declarar **EXEQUIBLE** el inciso primero del artículo 32 de la Ley 181 de 1995, en el entendido de que ese mandato no se aplica a los propios jugadores, quienes pueden ser entonces titulares de sus derechos deportivos, en los términos de esta sentencia.*”. luego entonces no puede el *a quo* desconocer y dar otro sentido a la sentencia de la H. Corte Constitucional, relativo a la titularidad de los derechos deportivos, en la medida que de los mismos puedan ser titulares también los jugadores. Nada dice la sentencia de constitucionalidad sobre el inciso segundo del artículo 32, que se refiere a un concepto que podría equipararse al "**derecho económico**".

Dicho de otra forma, cuando los jugadores son titulares de los derechos deportivos (derecho de inscripción) no existe prohibición alguna de que hagan uso libre de esos derechos. Al extender mucho más allá de su perímetro la interpretación de la sentencia C-320, la Juez en el caso que nos ocupa, "cosifica" el jugador (en palabras de la misma Corte Constitucional), al quitarle libre determinación sobre las herramientas que más útiles considere para prosperar en el mundo del fútbol.

El señor **SANTIAGO ARIAS**, una vez desvinculado del Club La Equidad, decidió voluntariamente conferir a **ARIEH GUBEREK** el 50% de dichos derechos (económicos), lo que resultó una decisión muy acertada para sus intereses, analizando cada uno de los interrogatorios de parte y testimonios que fueron evacuados en audiencia, concretamente manifestaron que el contrato de cesión de derechos se suscribió con el lleno de los requisitos legales, siendo válido que el jugador busque acompañamiento para conseguir sus fines profesionales y deportivos, como efectivamente sucedió.

IV. SOLICITUD.

De conformidad con los fundamentos fácticos y jurídicos precedentes, me permito solicitarle:

1. Se sirva **CONCEDER** el **RECURSO DE APELACIÓN** contra la sentencia del veintinueve (29) de abril de dos mil veintiuno (2021).
2. En consecuencia, se sirva **REVOCAR INTEGRALMENTE** la Sentencia de fecha veintinueve (29) de abril de dos mil veintiuno (2021) proferida por el **JUZGADO 41 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**.
3. En consecuencia, se sirva **ACCEDER** a las pretensiones de la demanda formulada por el señor **ARIEH GUBEREK GRIMBERG**.

De la Señora Magistrada, con distinción y respeto.

Atentamente,

DE LA ESPRIELLA
Lawyers | Enterprise®

Consultorías y Servicios Legales Especializados



CARLOS SÁNCHEZ CORTÉS

C.C. 79.724.539 de Bogotá D.C.

T.P. 137.037 del C.S.J.

Barranquilla Cra. 56 N° 74 - 179 ● El Prado. PBX: (+57) 5 360 56 66
Bogotá Cra. 13 N° 82 - 91 Pisos 3, 4, 5 y 6 ● Lawyers Center - Zona T. PBX: (+57) 1 636 36 79
Medellín Calle 6 Sur N° 43a - 96 oficina 404 ● Torre Affinity. El Poblado. PBX: (+57) 4 590 46 36
Miami 268 Alhambra Circle - FL 33134 ● Coral Gables. PBX: (+1) 786 866 91 55

www.lawyersenterprise.com



Señora Magistrada:

ADRIANA SAAVEDRA LOZADA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C. (SALA CIVIL)

chernanc@cendoj.ramajudicial.gov.co

secstribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co;

E.S.D.

PROCESO: 11001310304120190038900

**DEMANDANTES: EDUARDO HUMBERTO RODRÍGUEZ ÁLVAREZ,
RAFAEL EDUARDO RODRÍGUEZ VALDERRAMA.**

DEMANDANDO: EDIFICIO RODAL III PH.

RADICADO: 2019-389.

ASUNTO: SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACION EN CONTRA DE LA SENTENCIA PROFERIDA EL DÍA 26 DE MARZO DE 2021.

ERNESTO MARTINEZ CELIS, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bogotá D.C., identificado con Cédula de Ciudadanía N° 1.026.569.872, con T.P. 227.544 del C.S.J, obrando en calidad de apoderado del señor EDUARDO HUMBERTO RODRÍGUEZ ÁLVAREZ y del señor RAFAEL EDUARDO RODRÍGUEZ VALDERRAMA, parte activa del presente proceso, presento a continuación complemento del RECURSO DE APELACIÓN, bajo el término legal para su interposición y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, presento ante su despacho sustentación del recurso de apelación lo anterior de conformidad a los siguientes argumentos fácticos y jurídicos:

FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACION:

PRIMERO: *En la sentencia el AQUO hace referencia en primer lugar a los coeficientes de parqueaderos de la copropiedad, donde indica que sumando estos no se tiene por parte de mi poderdante RODRIGUEZ ALVAREZ el mayor coeficiente para actuar o tomar decisiones de carácter económico, lo cual es preciso resaltar, que dentro del expediente se puede observar que la parte pasiva en su contestación de la demanda no indico ni informo nunca este asunto (PARQUEADEROS), y a su vez en los interrogatorios de parte practicados, y alegatos de conclusión de la parte pasiva, tampoco se refirieron a este tema lo cual NO ES PRECISO como obtuvo esta información el AQUO sino la misma no se encontraba inmersa en el expediente, ni se desarrolló en la audiencia, ni tampoco era parte de la fijación del litigio que se había fijado por parte del despacho.*

SEGUNDO: Es relevante manifestar que EL AQUO manifiesta que no quedo demostrada la capacidad para actuar como demandante el Señor RAFAEL EDUARDO RODRIGUEZ VALDERRAMA, indicando que no tiene legitimación en la causa por activa para actuar dentro del proceso; sin embargo, es claro que dentro del acta impugnada dentro del presente proceso el señor RODRIGUEZ VALDERRAMA fue relevado de su cargo como administrador, LO CUAL FUE ADMITIDO POR LA PARTE PASIVA en su contestación de la demanda, razón por la cual considero que es totalmente equivocada la manifestación del AQUO quien restringió el derecho fundamental (DEBIDO PROCESO) de actuar a mi poderdante sin ningún fundamento factico ni jurídico, aunado a lo anterior es preciso manifestar que desde que fue admitida la demanda el día 23 de julio de 2019 se admite por parte del juzgado la capacidad para actuar y ser parte dentro del proceso al señor RODRIGUEZ VALDERRAMA, e indicar en el momento de la sentencia que no tiene legitimación es vulnerar el DERECHO PROCESAL DE SER PARTE plasmado en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, según consta en la sentencia 027201300040 01 de Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá donde se indica como incluso el hijo de un copropietario tiene facultad para impugnar un acta de asamblea, como es para el caso en concreto donde el señor RAFAEL RODRÍGUEZ VALDERRAMA, es hijo legítimo del señor EDUARDO RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, en su calidad de demandante.

TERCERO Y PRINCIPAL ARGUMENTO LEGAL: Es preciso manifestar que según el artículo 7 del Código General del Proceso se indica: **“los jueces en sus providencias están sometidos al imperio de la LEY”**. Para el caso en particular y concreto el juez AQUO, no cumplió esta disposición normativa debido a que desde nuestra óptica está profiriendo una sentencia contraria a derecho, por cuanto en ésta no cito nunca el artículo 45 de la Ley 675 de 2001, fundamento central de los alegatos de conclusión de la parte activa, ni desvirtuó estos.

CUARTO: El Artículo 45 de la Ley 675 de 2001, es una norma de carácter imperativo, mas no dispositivo, por cuanto la misma indica en su tenor literal lo siguiente:

ARTÍCULO 45. Quórum y mayorías. Con excepción de los casos en que la ley o el reglamento de propiedad horizontal exijan un quórum o mayoría superior y de las reuniones de segunda convocatoria previstas en el artículo 41, la asamblea general **sesionará** con un número plural de propietarios de unidades privadas que representen por lo menos, más de la mitad de los coeficientes de propiedad, y **tomará decisiones con el voto favorable de la mitad más uno de los coeficientes de propiedad representados en la respectiva sesión.** Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-318 de 2002, bajo el entendido descrito en el resuelve de la sentencia.

Para el caso en particular y concreto, el litigio se fijo en un asunto según el AQUO eminentemente jurídico, respecto de si para la REMOCION DE UN ADMINISTRADOR, O ELECCION DE UN CONSEJO DE ADMINISTRACION, su votación en una unidad de propiedad horizontal de carácter residencial debe ser por coeficiente de copropiedad o de manera

nominal, en primer lugar es preciso indicar que la norma *ibidem* (artículo 45 LEY 675 DE 2001) declarada *exequible sin ninguna condicionalidad*, no da lugar a interpretación equivocada puesto que a través de los verbos imperativos “sesionará” y “tomará” demuestra que la misma es de carácter imperativo y no dispositivo o facultativo, a comparación de cuando la ley utiliza expresiones como “podrán”.

Por lo tanto, es claro, que el AQUO profirió un fallo contrario a derecho, debido a que la norma indica con claridad como debe efectuar decisiones la Asamblea general, cuando no exista disposición mayoritaria contraria en el Reglamento de Propiedad Horizontal o en las reuniones de segunda convocatoria; para nuestro proceso en particular el Reglamento de la copropiedad EDIFICIO RODAL III PH, no indica un régimen exceptuado para elegir de manera nominal al Consejo de Administración ni tampoco indica un quorum para deliberar o decidir la remoción de un Administrador, por lo tanto es indiscutible el tenor imperativo de la norma citada, la cual no puede dejar de aplicarse o enunciarse por el juzgador AQUO a su arbitrio, debido a como se indicó inicialmente en Colombia los Jueces en sus providencias están sometidos al IMPERIO DE LA LEY, y el AQUO en el contenido de la sentencia hizo caso omiso a lo promulgado en el Artículo 280 del C.G.P Y AL ARTICULO 45 DE LA LEY 675 DE 2001 y no se pronunció sobre este argumento, el cual es el eje central de la teoría del caso para la parte demandante, como así se hizo saber en los respectivos alegatos de conclusión.

QUINTO: El AQUO interpreto equivocadamente la sentencia C-522 de 2002, ya que en su decisión no citó una línea jurisprudencial en su fallo para exponer la misma o profundizar en su aplicación en litigios similares, mientras que para la presentación de éste recurso se enuncia la Sentencia nº 17201000545 02 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, 25 de Enero de 2012, que indica que el deber del juez es realizar un control de legalidad, y por lo tanto debe apegarse en éste sentido al desarrollo legal para la interpretación y emisión de sus decisiones. Desde nuestra óptica, la citada sentencia no se debe entender contraria al Artículo 45 de la Ley 675 de 2001, que ordena el voto por coeficiente de copropiedad, sino por el contrario debe entenderse apegada la misma, por cuanto la misma fue DECLARADA EXEQUIBLE.

En éste orden de ideas, LA SENTENCIA C-522 DE 2002, regula de forma condicionada los Artículos 25 y 37, en el entendido que el voto nominal se debe realizar únicamente en los casos por medio de los cuales se estén vulnerando los derechos fundamentales de las personas, tales como la intimidad o el libre desarrollo de la personalidad, por lo tanto no entendemos como en éste sentido, las decisiones de la elección del Consejo de Administración, la elección o remoción de un Administrador, afectan los derechos a la intimidad o el libre desarrollo de la personalidad de los copropietarios o residentes de la copropiedad, máxime ante el hecho de que se trata de los órganos de administración que planean supervisan y ejecutan conjuntamente el presupuesto de la copropiedad, como se indica en los numerales primero, sexto y séptimo del Artículo vigésimo séptimo que trata de las funciones del consejo de administración y del artículo trigésimo sexto que trata del manejo del FONDO DE RESERVA, asignado a este Consejo, dentro del Reglamento de Propiedad Horizontal del EDIFICIO RODAL III PH, y su alcance en cuanto las decisiones de tipo

económico; un CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN, nombrado a través del voto nominal, por ley tiene la potestad de nombrar el administrador de la copropiedad, en conjunto toman las decisiones de carácter económico, dejando o a los propietarios con mayor coeficiente de copropiedad, quienes pagan las mayores cuotas de administración en total desamparo jurídico, por cuanto esta situación si representa en la realidad un desequilibrio y un sesgo legal contra ellos.

Es preciso manifestar que el ADMINISTRADOR como su palabra lo indica administra recursos de la copropiedad, incluso esta función es taxativa según el artículo 51 de la ley 675 de 2001 “8. Cobrar y recaudar, directamente o a través de apoderados cuotas ordinarias y extraordinarias, multas, y en general, cualquier obligación de carácter pecuniario a cargo de los propietarios u ocupantes de bienes de dominio particular del edificio o conjunto, iniciando oportunamente el cobro judicial de las mismas, sin necesidad de autorización alguna.” estos cobros inciden en el ámbito económico, y su remoción, está sujeto a las funciones que este ejercía, que para los efectos, en últimas por la connotación de su remoción, este debía ser a través de voto de coeficiente y no nominal.

Igualmente, la elección del Consejo de Administración como su palabra lo indica efectúa actos de administración y vigilancia de recurso, de acuerdo al reglamento de propiedad horizontal, entre sus funciones, se encuentra aprobar o improbar los balances mensuales que presenta el administrador cada mes, por lo cual también incide su nombramientos en determinaciones económicas que influye en todos los copropietarios, siendo la índole de su ejercicio, apremiante a que su votación se diera a través de coeficiente y no nominal.

La Sentencia 522 de 2002, declaro EXEQUIBLE el artículo 37 de la Ley 675 de 2001, es decir **el artículo 37 se encuentra vigente y dentro del ordenamiento jurídico**, y es claro que para la Corte Constitucional el voto por coeficiente no discrimina ni afecta a ningún copropietario, EL VOTO no puede separarse del dominio del bien y por ello es un atributo del ejercicio de la PROPIEDAD que se rige por el DERECHO PRIVADO y no por el DERECHO PUBLICO, como lo pretenden la abogada JAHEL OCHOA y el abogado NICOLÁS RICO, quienes son cónyuges de los propietarios de los apartamentos 201 y 302 del EDIFICIO RODAL III PH.

Se debe distinguir en el momento de votar en las asambleas de copropietarios de inmuebles destinados a vivienda las decisiones de tipo económico de las decisiones que no lo son, porque para las primeras, el coeficiente de propiedad como criterio para determinar el voto porcentual, es una garantía del equilibrio entre los derechos patrimoniales y los deberes, pero para las decisiones que no representan una erogación económica, la regla será la de un propietario un voto.

La Corte Constitucional considera importante resaltar que en las asociaciones de copropietarios de bienes inmuebles destinados a la vivienda se toma múltiples decisiones que no responden a la regla económica del equilibrio entre derecho y deberes sino que se encuentran vinculados al diario vivir y que definen las reglas de la convivencia entre los habitantes de un conjunto residencial tales como: la tenencia de

mascotas, el uso de los ascensores, y parques, reglas para el acceso a los apartamentos, personal autorizado para ingresar y circular, el ingreso del personal de servicios a domicilio, el horario para realizar trasteos, el uso del salón comunal etc. son decisiones que limitan los derechos fundamentales como el libre desarrollo de la personalidad o el derecho a la intimidad que no comprometen el patrimonio de los copropietarios y por ello, la votación no debe definirse a partir del coeficiente de propiedad sino de la participación de cada propietario en igualdad de condiciones: un voto por cada unidad privada.

Es preciso agregar que el mayor coeficiente no solo da el mayor rango para ejercer el derecho al voto, sino que también es la persona sobre la cual recae mayores obligaciones, y tendrá mayores consecuencias ante una negligencia o ineficiente e inefectiva administración, por cuanto el pago de la cuotas mensuales de administración son de mucho más valor a aquellas que tienen un coeficiente menor y se verán más afectados ante las consecuencias económicas en las determinaciones que asuma el administrador o el concejo de administración, en este orden de ideas la Corte Constitucional declara exequible el voto por coeficiente, aunado a lo anterior la Corte Constitucional establece la diferencia entre bienes de propiedad horizontal utilizados para el uso residencial y otros designados en uso comercial, respecto de los primeros es posible aplicar un voto ponderado, una persona un voto, siempre y cuando este en primer lugar DEBE ESTAR EXEGETICAMENTE regulado en el reglamento de propiedad horizontal y siempre y cuando dichas disposiciones sean para regular asuntos que no afecten derechos patrimoniales del propietario con mayor coeficiente asuntos tales, que se reiteran, como: tener mascotas o no, uso de ascensores parques, y demás aspectos relacionados a la convivencia.

Aunado a lo anterior, es preciso manifestar y aclarar en qué casos ameritan el voto por coeficiente y que circunstancias justifican el voto nominal, en primer lugar, debe aclararse que el voto por coeficiente debe ser la regla general, en el sentido, que todas aquellas decisiones reguladas en la ley 675 de 2002, por coeficiente deben hacerse de esta manera tal y cual lo ordena la ley, por ejemplo, el desarrollo de la asamblea ordinaria que debe realizarse dentro del primer trimestre el artículo 38 de la norma en mención debe hacerse por coeficiente salvo si en alguna decisión se encuentran vulnerando los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y/o el derecho a la intimidad, de lo cual la corte en la sentencia en estudio manifestó al tenor literal:

“La Corte Constitucional considera importante resaltar que en las asociaciones de copropietarios de bienes inmuebles destinados a la vivienda se toma múltiples decisiones que no responden a la regla económica del equilibrio entre derecho y deberes sino que se encuentran vinculados al diario vivir y que definen las reglas de la convivencia entre los habitantes de un conjunto residencial tales como: la tenencia de mascotas, el uso de los ascensores, y parques, reglas para el acceso a los apartamentos, personal autorizado para ingresar y circular, el ingreso del personal de servicios a domicilio, el horario para realizar trasteos, el uso del salón comunal etc. son decisiones que limitan los derechos fundamentales como el libre desarrollo de la personalidad o el derecho a

la intimidad que **no comprometen el patrimonio de los copropietarios** y por ello, la votación no debe definirse a partir del coeficiente de propiedad sino de la participación de cada propietario en igualdad de condiciones: un voto por cada unidad privada.”

Finalmente es preciso indicar que el Consejo de Administración, tiene obligaciones solidarias con el administrador respecto del manejo de la Copropiedad, lo anterior con base en lo estipulado en el Artículo 55 de la Ley 675, además de las consagradas directamente en el Reglamento de la Propiedad Horizontal, como ya se indicó, por lo cual si no se realiza el citado deber se estará actuando en negligencia y omisión respecto de la copropiedad.

PETICIÓN EN CONCRETO

Señor AD QUEM, conforme a lo expuesto, solicito respetuosamente, se revoque en su totalidad la sentencia proferida por el AD QUO el 26 de marzo de 2021, y se acceda a todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda.

Del señor Juez;



Abogado ERNESTO MARTÍNEZ CELIS
C.C. 1.026.569.872
Tarjeta Profesional 227.544

GERMAN GARCIA GARCIA

ABOGADO

Honorable
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL
M.P. MARTHA PATRICIA GUZMAN ALVAREZ
E.S.D

DEMANDANTE: SANDRA MILENA OCHOA y OTROS.
DEMANDADO: EDICSON PEREZ JIMENEZ y OTROS.
RADICO: 2017 – 00119 – 02.
PROCESO: PROCESO VERBAL DE MAYOR CUANTIA.

GERMAN GARCIA GARCIA, mayor de edad, identificado civilmente con la cédula de ciudadanía No. 19.489.165 expedida en la ciudad de Bogotá D.C., y profesionalmente con la T.P. número 53.441 del C.S. de la J., con domicilio profesional en la ciudad de Bogotá D.C., actuando en mi calidad de apoderado judicial especial de la parte demandante por medio del presente escrito y encontrándome dentro de la oportunidad procesal establecida para tal efecto, conforme al auto fechado del 08 de junio de 2021, el cual fue notificado mediante estado del 09 de junio de los corrientes, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 14 del decreto 806 de 2020 me permito **SUSTENTAR el RECURSO DE ALZADA**, interpuesto en contra de la sentencia proferida por el **JUZGADO CUARENTA Y CINCO (45) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**, por lo cual paso a pronunciarme respecto de cada uno de los tópicos objetos de inconformidad y que fundamentan el recurso:

1. CONCURRENCIA DE ACTIVIDADES PELIGROSAS.

En este tópico y como fue objeto de apelación Honorables Magistrados en el presente asunto tenemos que en accidentes de tránsito como el ocurrió el pasado 12 de febrero del año 2015 y del cual resultaron lesionados mis poderdantes y que cimientan la presente acción de responsabilidad civil extracontractual, para declarar la excepción de culpa exclusiva de la víctima es requisito sine qua non que el accionar de las víctimas sea la **ÚNICA** causa o razón del fatídico, exigencia que en el presente asunto NO sucedió como tampoco podía ser acreditado, téngase en cuenta que la actividad peligrosa desarrollada por el señor **EDICSON PEREZ JIMENEZ** conductor del vehículo de placas **RDO – 274** fue crucial, determinante y culposa frente a la ocurrencia del multimencionado accidente de tránsito, pues tal y como se determinó en el informe de accidente de tránsito, en la contestación de la demanda y a través de los demás medios probatorios evacuados en el litigio el demandado no acato la obligación de reducir la velocidad en una intersección, esto por cuanto a pesar de su calidad de ABOGADO desconocía por lo expuesto en el artículo 74 de la ley 769 de 2002, la cual estaba vigente al momento de la fatídica colisión como fue objeto de **CONFESIÓN** en la contestación de la demanda y que arbitrariamente NO fue debidamente valorado por el Fallador de Primera Instancia, en este sentido la Honorable Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil en sentencia **SC12994-2016**, el 15 de Septiembre de 2016, Magistrada Ponente Margarita Cabello Blanco, adoctrino:

“en la ejecución de esa tarea evaluativa no se puede inadvertir ‘que para que se configure la culpa de la víctima, como hecho exonerativo de responsabilidad civil, debe aparecer de manera clara su influencia en la ocurrencia del daño, tanto como para que, no obstante la naturaleza y entidad de la actividad peligrosa, ésta deba considerarse irrelevante o apenas concurrente dentro del conjunto de sucesos que constituyen la cadena causal antecedente del resultado dañoso’. Lo anterior es así por cuanto, en tratándose ‘de la concurrencia de causas que se produce cuando en el origen del perjuicio confluyen el hecho ilícito del ofensor y el obrar reprochable de la víctima, deviene fundamental establecer con exactitud la injerencia de este segundo factor en la producción del daño, habida cuenta que una investigación de esta índole viene impuesta por dos principios elementales

GERMAN GARCIA GARCIA

ABOGADO

de lógica jurídica que dominan esta materia, a saber: que cada quien debe soportar el daño en la medida en que ha contribuido a provocarlo, y que nadie debe cargar con la responsabilidad y el perjuicio ocasionado por otro (G. J. Tomos LXI, pág. 60, LXXVII, pág. 699, y CLXXXVIII, pág. 186, Primer Semestre, (...)) Reiterado en CSJ CS Jul. 25 de 2014, radiación n. 2006-00315). (Negrilla fuera del texto original)

En un asunto que guarda simetría con el que ahora ocupa la atención de la Sala, advirtió esta Corporación:

*“Tal comportamiento, en ese marco de cosas, no puede considerarse de ningún modo inocuo en la pesquisa de la responsabilidad; porque con abstracción de las medidas de advertencia que hizo el conductor de la buseta, de las que dan cuenta sólo sus afirmaciones, **es palmar que si la moto terminó impactando contra la carrocería de la misma, es porque su vía hallábase obstaculizada con otro automotor cuya presencia en ese lugar no encuentra en últimas justificación atendible; esa maniobra, conformada por el intento de cruzar a la izquierda y la detención en el carril contrario, traduce en buenas cuentas una falta de previsión inaceptable, sin que al efecto quepa sostener que las memoradas precauciones repugnen ese obrar incurioso.***

Y no solamente por las carencias demostrativas que allí saltan a la vista, según quedó anotado líneas atrás, circunstancia que mengua la fuerza de convicción de las afirmaciones del directo implicado en el hecho, **sino porque en el fondo todo deja ver un proceder imprudente de cara a las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que los hechos se sucedieron, pues por ningún motivo podría admitirse que porque el motociclista infringía normas de tránsito, derecho asistía al otro motorista para obrar de tal modo que acabara propiciando su injuria, que en últimas fue lo que ocurrió**”. (CSJ CS Sentencia de 19 de Dic. De 2006, Rad. 2002 00109).” (Negrilla y subraya fuera de texto)

Ahora bien su señoría Respecto de las conclusiones traídas a colación por el despacho y que fueron objeto del debate probatorio, es necesario efectuar la réplica en cuanto a la indebida valoración probatoria en la que se incurrió por parte del aquo, tal y como paso a exponer:

1. En el punto 3.5., numeral 3, de la sentencia se señala: “el impacto sufrido por la motocicleta, lo fue en su lado derecho con ruptura en el posapie de la palanca de frenos y en el tercio anterior del tanque de combustible, lo que contradice la versión del actor de haber recibido el impacto por su frente y corrobora la versión dada por el señor Pérez Jiménez, al decir: **“el golpe con la motocicleta fue en la parte izquierda, en la punta izquierda”** la interpretación dada por la Juez de Primera Instancia, es totalmente contraria a lo que se deduce de la inspección que se llevo a cabo por parte de la fiscalía, puesto que lo que se puede concluir y se ratifica es que el impacto que sufrió la moto en el que transitaba mis representados fue en el lado **DERECHO** como se ha argumentado por el extremo demandante y no en el lado **IZQUIERDO** como lo pretendió hacer ver el demandado a lo largo del debate probatorio, lo que evidentemente le resta toda la credibilidad a su versión de los hechos.
2. Seguidamente en el numeral 7, de la providencia recurrida se señala “Aunque el punto de impacto (numeral 3 del croquis) lo estableció la parte actora al inicio de la intersección, mientras el demandado lo señalo en el mismo sitio en donde quedo su rodante y a lado la motocicleta, en verdad, en el croquis aparece la camioneta al finalizar la intersección y con un giro hacia el lado derecho de si carril, sin que la casilla de “longitud de huella” (f.3), se halla dejado consignado alguna huella de fregado ni de arrastre” análisis que abiertamente es opuesto a lo que se establece

GERMAN GARCIA GARCIA

ABOGADO

en el CROQUIS (BOSQUEJO TOPOGRAFICO) del accidente de tránsito, puesto que en el cuadro de tabla de medidas en el numeral 6 se puede leer: “punto.oo.A.inicio. HUELLA” punto que claramente está plasmado en el croquis y sin necesitar experticia técnica se puede concluir que si existió huella de frenado, que la camioneta realizó una maniobra de giro a la derecha de su carril, impactando en el punto identificado con el número 3 al rodante de placas **YIO – 28C**.

3. Posteriormente en el numeral 9, del mismo acápite, señala el Despacho que no se encontró pruebas sobre el exceso de velocidad a la que conducía el señor **EDICSON PEREZ JIMENEZ**, conclusión abruptamente discordante con lo que se señala en la parte inicial de dicho ítem y que me permito transcribir:

“9) Ahora, es cierto es que el policía vial le enrostró a la camioneta de placas RDO – 274, la hipótesis 157, que por corresponder a “otra”, anotando “no reduce la velocidad al acercarse a una intersección Art. 74 C.N.T. Ley 769 de 2002” la que igualmente expuso ante la fiscalía arguyendo que el demandado “no reduce la velocidad como lo ordena el artículo 74 del Código Nacional de Tránsito, donde dice que todo vehículo al aproximarse a una intersección, debe reducir la velocidad a 30 kilómetros” lo que no cumplió, por que dejó una huella de frenado de 15 metros”

Es más que evidente que el policía de tránsito encontró demostrada la trasgresión a la normatividad vigente por parte del conductor del vehículo de placas **RDO – 274**, quien **NO REDUCE** la velocidad al acercarse a la intersección confirmando que si existió **HUELLA DE FRENADO**, lo que CAUSA el accidente de tránsito de fecha 12 de febrero de 2015, como se señala en el numeral segundo del libelo introductorio y como se argumenta a lo largo de todo el litigio y **NO** como erróneamente lo interpreta el AQUO que el mismo condujera a **EXCESO DE VELOCIDAD**, pues se trata de casuales totalmente diferentes.

De lo anterior Honorable Magistratura, se puede concluir válidamente que el argumento base para absolver al señor **EDICSON PEREZ JIMENEZ**, se cae por su propio peso, puesto que como ya se argumentó la fuente del accidente de tránsito no es la estudiada por el Juzgado de Primera Instancia que denomina presurosamente “EXCESO DE VELOCIDAD”, sino la causal probada en la foliatura del expediente de no reducir la velocidad al aproximarse a la intersección de la carrera 73 con calle 66 sur, quedando esto manifiesto en la contestación de la demanda en donde el mismo demandado quien obra en nombre propio valga resaltar, **CONFIESA** en el acápite de excepciones de mérito **CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA EXONERACIÓN POR EL HECHO DE UN TERCERO FRENTE A SANDRA MILENA OCHOA** lo siguiente:

“iii) el código nacional de tránsito dispone que se debe reducir la velocidad al llegar a una intersección; sin embargo dicha orden no especifica en qué medida o bajo que parámetros se debe reducir la velocidad, es decir el código no establece que un vehículo que transite a 50 kms por hora al llegar a una intersección debe reducir su velocidad hasta 20 kms o similares, definición que se aleja del concepto de detener la marcha”

Confesión que es totalmente concordante con lo consignado en el informe de accidente de tránsito, versión ratificada por el Policía de Tránsito ante la Fiscalía General de La Nación, como acertadamente se señala en la sentencia de primera instancia y que fue citado precedentemente por la suscrita; medios probatorios que de igual manera son consecuentes con lo declarado por el testigo presencial de los hechos LUCIO FERNANDO DIAZ RAMIREZ, quien al no tener conocimientos en materia de tránsito, puntos de referencia o de medición vial, percibió de manera directa el accidente de tránsito y pudo dar cuenta de lo que le constaba como el punto de impacto de los vehículos, que si existió huella de frenado y arrastre de la motocicleta, que el señor **EDICSON PEREZ JIMENEZ** conducía a velocidad elevada por lo cual no le fue posible frenar antes del choque,

GERMAN GARCIA GARCIA

ABOGADO

declaración totalmente certera, espontánea y que coinciden con los demás medios de prueba, por lo cual el Despacho debió tenerla en cuenta al momento de darte el mérito probatorio que merecía.

Por todo lo anterior y con base en la amplia jurisprudencia al respecto de la concurrencia de actividades peligrosas, siendo el demandado **EDICSON PEREZ JIMENEZ** quien tuvo participación evidente, directa y significativa en la creación del riesgo que efectivamente fulmino en contra de mis representados, debe revocarse la sentencia de primera instancia para en su lugar declarase la responsabilidad civil extracontractual del demandado y consecuentemente condenársele al resarcimiento de los perjuicios irrogados a mis poderdantes.

2. CUANTÍA DE LOS PERJUICIOS DEPRECADOS EN EL LIBELO INTRODUCTORIO

En este punto Honorable Corporación al haber sido una sentencia totalmente desfavorable a los demandantes el aquo no se pronunció respecto del DAÑO como elemento esencial de la acción de responsabilidad civil extracontractual y su correspondiente resarcimiento, siendo esta la oportunidad procesal para deprecar se sirva condenar al extremo demandante a todas y cada una de las pretensiones de la demanda teniendo en cuenta que como consecuencia del fatídico el señor **JUAN GABRIEL GARZON CONTRERAS**, fue valorado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, donde le dieron una incapacidad médico legal definitiva de 65 días y **SECUELAS MEDICO LEGALES** de deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente, perturbación funcional de miembro inferior izquierdo de carácter por definir y perturbación funcional del órgano de la locomoción de carácter por definir y la señora **SANDRA MILENA OCHOA**, fue valorada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, donde le dieron una incapacidad médico legal definitiva de 70 días y **SECUELAS MEDICO LEGALES** de deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente; además de los perjuicios materiales e inmateriales debidamente tasados en el libelo introductorio y probados ampliamente de manera testimonial y documental obrante en el plenario tal y como paso a exponer:

DAÑO EMERGENTE: Respecto del primer componente del daño material, legalmente está definido por el Código Civil como *“el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento”* (art. 1604). Pero, también puede definirse como la situación en la cual un bien económico, **tal como el dinero, salió o saldrá del patrimonio de la víctima**. Cuando el daño recae sobre la persona humana, pueden plantearse dos eventos: fallecimiento o lesiones de la persona. En el primer caso, el daño emergente comprende todos los gastos funerarios necesarios y en el segundo, **aquellos requeridos para el restablecimiento de la salud de la persona o también aquellos requeridos para la consecución de documentos, transportes, y cualquier otro derivado para la atención de la tragedia**.

Causación que se encuentra acreditada con los siguientes medios de prueba:

- Factura No. 2084 por la suma de \$125.000.00 M/CTE.
- Remisión No. 9302 UMED LTDA I.P.S., por la suma de \$25.000.00 M/CTE.
- Factura No. 224101676996 por la suma de \$8.600.00 M/CTE.
- Remisión No. 9302 UMED LTDA I.P.S., por la suma de \$25.000.00 M/CTE.
- Factura No. 220101565950 por la suma de \$37.124.00 M/CTE.

GERMAN GARCIA GARCIA

ABOGADO

- Factura No. 0268 por valor de \$13.000.00 M/CTE.
- Recibo de caja Droguería casa loma por la suma de \$15.500.00 M/CTE.
- Factura contado centro CA 469403 por la suma de \$17.000.00 M/CTE.
- Autorización de servicios Cruz Blanca (3 folios)
- Cotizaciones 0260 y 0261 las cuales se allegan, dadas por AUTEKO los repuestos para la reparación de la motocicleta ascienden a la suma de **\$1.928.000.00 M/CTE.**
- Contratos y testimonios de las personas que prestaron sus servicios durante el periodo de incapacidad y recuperación de mis prohijados, los cuales gozan de plena validez y credibilidad en el proceso.

En segunda medida y en lo referente a los perjuicios derivados del **LUCRO CESANTE** me permito precisar que con fundamento en lo señalado por la Honorable Corte Suprema de Justicia mediante sentencia de fecha 20 enero de 2009, exp. 17001310300519930021501 M.P. Pedro Octavio Munar Cadena, con base en el principio de equidad debe acudirse a cualquier mecanismo de comparación y sana crítica para poder concretar la cuantía de la indemnización, en lo referente y descendiendo al caso bajo estudio por el oficio desempeñado por mi representada como independiente como manicurista a domicilio y promotora de revistas de artículos de belleza sus ingresos quedaron más que acreditados con las declaraciones extra juicio y testimonios rendidos en audiencia los cuales fueron certeros, espontáneos, y dieron cuenta de lo que les constaba acreditando a este despacho el trabajo y las cuantías devengadas por la señora SANDRA MILENA OCHOA.

En cuanto al señor **JUAN GABRIEL GARZON CONTRERAS** no hay lugar a controversia pues los soportes de nómina son más que descriptivos y suficientes para determinar el ingreso mensual máxime cuando la liquidación se llevó a cabo sobre el porcentaje que dejó de percibir durante la incapacidad al encontrarse afiliado al sistema de seguridad social integral como lo determina la Jurisprudencia.

Finalmente, frente a los denominados **DAÑO MORAL**, y **EL PERJUICIO O DAÑO FISIOLÓGICO O A LA VIDA DE RELACIÓN**, el primero de ellos será abordado, habida cuenta del inmenso y constante dolor, aflicción, congoja y perturbaciones emocionales sufridas por las **VICTIMAS**, al sufrir disminuciones físicas y deformidades de carácter permanente y la perturbación en sus órganos.

Sobre esta clase de perjuicios, por ser ellos de creación y desarrollo jurisprudencial, se considera pertinente hacer los siguientes señalamientos:

En relación con el concepto de daño o perjuicio moral, la Corte Suprema de Justicia ha señalado, que es **la lesión del patrimonio intrínsecamente moral, en que se comprende la parte afectiva a él, los afectos, el amor en la familia, y la parte social, en los atentados contra el honor, la reputación, las consideraciones sociales**¹. A su vez el Consejo de Estado, que no en pocas ocasiones se ha ocupado de estudiar esa clase de perjuicios, ha señalado sobre los mismos, y refiriéndose a la doctrina creada sobre el asunto, lo siguiente:

“A propósito de los daños morales, la doctrina ha considerado que éstos son “esos dolores, padecimientos, etc., que pueden

¹ Ver Gaceta Judicial LVI, 672 y LXXX, 657, entre otras.

GERMAN GARCIA GARCIA

ABOGADO

presentarse solamente como secuela de los daños infligidos a la persona. Que no son entonces daños propiamente dichos, y que por otra parte, constituyen un sacrificio de intereses puramente morales, que justifican una extensión del resarcimiento, esta vez con función principalmente satisfactoria". No obstante, la Sala ha adoptado un criterio más amplio, para considerar que hay lugar a indemnizar todo perjuicio moral, sin importar su origen, como el derivado de la pérdida de bienes materiales o el causado con el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato,(...)"²
(Cursiva, negrilla y subrayado fuera del texto)

El perjuicio moral en estricto sentido no debe probarse, sino que **se presume su existencia**, esto es, el afligimiento de la persona, como consecuencia de las situaciones que se alegan de manera general como hechos constitutivos de responsabilidad, tal y como quedó demostrado a lo largo del presente proceso.

3. FRENTE A LA VALIDEZ Y COBERTURA DEL CONTRATO DE SEGUROS

En este ítem, al igual que el anterior no tuvimos ningún pronunciamiento por parte del aquo ante las resultas de la primera instancia, no obstante es necesario plantear como objeto de replica el asunto de la referencia, por cuanto se demandó la cobertura de los amparos de la póliza de seguros para la fecha del accidente de tránsito expedida por la entidad **LIBERTY SEGUROS S.A.**, quien fundamenta su defensa en el supuesto desconocimiento del fallecimiento del señor **LUIS ANTONIO PEREZ (Q.E.P.D.)**, lo que quedo desvirtuado a lo largo del proceso tal y como paso a exponer:

- Téngase en cuenta en primera medida que la fecha de renovación de la póliza data del 20/02/2014 y la muerte del señor **LUIS ANTONIO PEREZ (Q.E.P.D.)** desafortunadamente ocurrió el 13 de enero de 2013, por lo cual la aseguradora debía tener conocimiento de dicha situación, ratificando la validez del contrato de seguro.
- La aseguradora aprueba la afectación de la póliza autorizando la reparación de la reparación del vehículo de placas **RDO – 274**, como consta en los soportes documentales aportados por el demandado y obrantes en el expediente.

De conformidad con el artículo 1058 del Código de Comercio, la entidad aseguradora como ya fue expuesto estaba en la obligación de conocer mediante la revisión y verificación de documentos las circunstancias acaecidas previas a la celebración o renovación del contrato de seguros; de igual forma al momento del accidente de tránsito a través de sus apoderados para asuntos judiciales debieron conocer indefectiblemente el fallecimiento del señor **LUIS ANTONIO PEREZ (Q.E.P.D.)**, no obstante lo anterior y para dejar clara la aceptación tácita de **LIBERTY SEGUROS S.A.**, respecto de las modificaciones de multimencionada póliza déjese ver Honorable Sala, que con posterioridad a la ocurrencia del fatídico, no puede excusarse la entidad aseguradora en una supuesta desinformación puesto que a través de sus líneas de atención y talleres de reparación, se autorizó la afectación de la póliza para la sustitución, montaje, desmontaje y arreglo del vehículo de placas **RDO – 274**.

Ahora bien, Honorables Magistrados frente a la naturaleza y coberturas del contrato de seguros la Corte suprema de Justicia sala de casación civil y agraria, en sentencia STC17390-2017, Magistrado Ponente ARIEL SALAZAR RAMÍREZ señaló:

(...) El propósito que la nueva reglamentación le introdujo, desde luego, no es, per

² Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del dieciocho (18) de marzo de 2004. Consejero ponente: Dr. RICARDO HOYOS DUQUE. Radicación número: 14589

GERMAN GARCIA GARCIA

ABOGADO

se, sucedáneo del anterior, sino complementario, "lato sensu", porque el seguro referenciado, además de procurar la reparación del daño padecido por la víctima, concediéndole los beneficios derivados del contrato, igualmente protege, así sea refleja o indirectamente, la indemnidad patrimonial del asegurado responsable, en cuanto el asegurador asume el compromiso de indemnizar los daños provocados por éste, al incurrir en responsabilidad, dejando ileso su integridad patrimonial, cuya preservación, en estrictez, es la que anima al eventual responsable a contratar voluntariamente un seguro de esta modalidad".

Al mismo tiempo que el seguro de responsabilidad civil resguarda el pago de la indemnización a que tiene derecho el beneficiario, también protege la integridad del patrimonio del asegurado.

De modo que una interpretación de la regulación del seguro de responsabilidad civil **que desconozca, suprima o aminore su función originaria en cuanto a la protección patrimonial del asegurado, desnaturalizaría el contenido esencial de dicho convenio y particularmente la función con la que fue concebido por la ley, en demérito de la confianza que el asegurado deposita en esa modalidad de aseguramiento.**

Luego, como el propósito del legislador **no fue otro que otorgarle a los damnificados acción directa contra el asegurador, es lógico que desde la perspectiva de las víctimas los daños que éstas sufren son causados por el asegurado.** Por consiguiente, para conservar la coherencia de la redacción del artículo 1127 del Código de Comercio, fue necesario cambiar la expresión que indicaba que el seguro de responsabilidad "impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que sufra el asegurado", por la actual que establece que dicho contrato "impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado" con ocasión de esa responsabilidad.

Es ostensible que desde la perspectiva de los damnificados en el nivel de la responsabilidad civil, ellos son quienes sufren los daños y no quienes los causan. Más desde la óptica del contrato de seguro, los daños que causa el asegurado son los mismos que éste sufre en su patrimonio cuando queda obligado a pagar la indemnización.

De lo anterior se concluye que no es admisible interpretar el artículo 1127 del Código de Comercio como si prescribiera que el asegurador únicamente está obligado a indemnizar los perjuicios patrimoniales que sufre la víctima como resultado de una condena de responsabilidad civil, sino que hay que seguir interpretándolo en su acepción original, esto es desde el nivel de sentido del contrato de seguro, según el cual el asegurador está obligado a mantener al asegurado indemne de los daños de cualquier tipo que causa al beneficiario del seguro, que son los mismos que el asegurado sufre en su patrimonio.

No está sujeto a discusión que el perjuicio que experimenta el responsable (asegurado) es siempre de carácter patrimonial, porque para él la condena económica a favor del damnificado se traduce en la obligación de pagar las cantidades que el juzgador haya dispuesto, y eso significa que su patrimonio se verá afectado por el cumplimiento de esa obligación, la cual traslada a la compañía aseguradora cuando previamente ha adquirido una póliza de responsabilidad civil.

En consecuencia, los daños a reparar (patrimoniales y extrapatrimoniales) constituyen un detrimento netamente patrimonial en la modalidad de daño

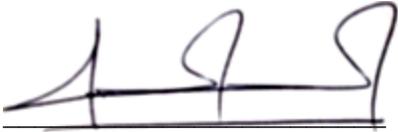
GERMAN GARCIA GARCIA ABOGADO

emergente para la persona a la que les son jurídicamente atribuibles, esto es, para quien fue condenado a su pago". (negrilla ajena al texto original)

Con fundamento en lo anterior y en la abundancia del material probatorio que milita en el expediente solicito se condene a la aseguradora **LIBERTY SEGUROS S.A.**, que amparaba la operación del automotor que ocasiono el accidente de tránsito de placas **RDO - 274** conducido por el demandado **EDICSON PEREZ JIMENEZ**.

En los anteriores términos dejo sustentado el recurso de alzada solicitando se **REVOQUE** en su totalidad la sentencia proferida por el aquo y en consecuencia se declare que el señor **EDICSON PEREZ JIMENEZ**, es civilmente responsable de los daños y perjuicios causados a mis poderdantes por **RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL**, se condene solidariamente en los términos expuestos en la demanda a la entidad aseguradora **LIBERTY SEGUROS**, a pagar a favor de mis mandantes, los daños y perjuicios causados.

De la Honorable Sala, respetuosamente;



GERMAN GARCIA GARCIA
C.C. 19.489.165 de Bogotá D.C.
T.P. No. 53.441 C.S. de la J.

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA CIVIL

Atn Dr. Marco Antonio Álvarez Gómez

Magistrado Ponente

E. S. D.

Referencia: Proceso VERBAL
Demandante: FABIOLA MOYA CORTES Y OTROS
Demandado: NUEVA EPS S.A. Y OTRO
Expediente: 2015-00748-01
PJ-1351

***** SUSTENTACION DE LA APELACION *****

ALBERTO GARCÍA CIFUENTES, mayor de edad y vecino de la ciudad de Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía no. 7.161.380 de Tunja, abogado en ejercicio y portador de la tarjeta profesional no. 72.989 del CSJ, por medio del presente escrito con el mayor de los respetos informo al despacho que debidamente facultado, reasumo como apoderado principal de la entidad demandada Nueva EPS y por medio del presente escrito y estando dentro del término legal establecido en el Código General del Proceso y el art 14 del Decreto 806 de 2020, me permito SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACION INTERPUESTO CONTRA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA DE FECHA 19 de febrero de 2020

SUSTENTACION RECURSO

Lo probado en el expediente

Del estudio de las pruebas desarrolladas y practicadas en el proceso que nos ocupa, se observa como los médicos que participaron en la atención del paciente dan cuenta que los servicios prestados fueron adecuados de conformidad con la situación especial con la que llegó el paciente, sin que se hubiera presentado demora alguna en desarrollo de dicha atención, y mucho menos que se hubieran cometido errores en la prestación de los servicios de salud, no obstante la sentencia funda el fatal resultado en el hecho de la no consecución de cama para traslado y realización del procedimiento denominado CPRE, **ENTENDIENDO EL TERMINO CAMA EN LA TERMINOLOGIA UTILIZADA PARA DEFINIR SITIO EN EL CUAL SE DESARROLLE UN PROCEDIMIENTO ESPECIFICO REQUERIDO POR EL PACIENTE**, como se puede apreciar en el texto del fallo impugnado, lo que de plano considero una de las bases del error interpretativo de las pruebas desarrolladas a lo largo del proceso.

De la situación médica preexistente del paciente

Resulta evidente, que la situación del paciente es muy complicada, lo que da pie a pensar que la causalidad se debe estudiar desde varios frentes, el primero de ellos la patología del paciente, y el estado de avance de la enfermedad, el descuido personal e inobservancia del deber de

AUTOCAUIDADO, la demora en la solicitud del servicio de salud, y la atención médica, observada desde la óptica científica (médicos), y administrativo (EPS).

En la primera, esto es la patología del paciente, se probó en el proceso. COMO LAS DEMANDADAS no son responsables del lamentable resultado alegado como dañoso, sino que se dan situaciones ajenas a su voluntad en el desarrollo de los procedimientos, y que dependen del descuido del paciente y el desarrollo avanzado de la patología del mismo, ya que como se sugiere desde un comienzo, se dan elementos como la patología que sufría el paciente, y que llevó a que a pesar de tener síntomas de la enfermedad, como lo es que dentro de los cuatro (4) meses previos al deceso, ya se evidenciaran hechos como sensación de escalofríos, sudoración nocturna, malestar general y distensión abdominal que se exacerba con los alimentos además de orina colúrica, con lo cual se observa que el paciente también ha dejado de lado su deber de autocuidado y lo que lleva a que el día 7 de junio de 2013 el paciente ingrese con SIRS es decir SINDROME DE RESPUESTA INFLAMATORIA SISTEMICA, es decir ya con una evolución importante de la patología, lo que lleva a que se orienten nuevos estudios a efecto de verificar el verdadero estado del paciente.

Lo anterior lleva a que se desarrolle el Diagnóstico Diferencial necesario para poder determinar, no solo la patología que aqueja la salud del paciente, sino el nivel de evolución del mismo, y los procedimientos a seguir. Es así que se establecen hipótesis, entre estas se determina el foco de sepsis de origen en vías biliares, particularmente patología obstructiva de las mismas "hiperbilirrubinemia directa con elevación de transaminasas con SIRS por posible patología obstructiva biliar, por lo que se solicita ecografía hepática y de vías biliares fosfatasa alcalina, amilasa y se inicia tratamiento antibiótico con ampicilina sulbactam, se realiza ecografía de vías biliares y se reporta lo siguiente "...la cual evidencia hígado normal, vesícula ausente coledocolitiasis y signos de colangitis recomendando colangiografía", se actúa en consecuencia bajo la lex artis ya que se inicia antibioticoterapia temprana y se inicia manejo sintomático y corrección del desequilibrio electrolítico

El paciente es valorado por cirugía general con el siguiente concepto en la historia clínica dado por el servicio de Cirugía General "**con cuadro clínico de larga evolución de síntomas gastrointestinales asociados a procesos febriles documentándose proceso infeccioso en la vía biliar (colangitis) secundario a coledocolitiasis por lo que se indicó antibiótico EN ESPERA DE DEFINIR CONDUCTA QUIRURGICA, con ecocardiograma pendiente (...) sin contraindicación para intervención quirúrgica sin embargo se espera ecocardiograma para evaluar posibles alteraciones estructurales relacionadas con cardiomiopatías con pronóstico estable pero de alto riesgo de complicación cardiovascular por las comorbilidades por el cuadro séptico que presenta. Valorado por anestesiología como pre quirúrgico para realización de CPRE extra institucional**"

En este punto se observan dos situaciones que tienen relevancia en el desarrollo de la atención del paciente, la primera y ya comentada, que corresponde a la evolución misma de la patología que venía padeciendo

el paciente, que evidencia una demora NO EN LA ATENCION SINO EN LA SOLICITUD DE LA MISMA lo que depende enteramente del paciente, ya que se observa que acude al servicio con un cuadro supremamente avanzado de la enfermedad, situación que de plano dificulta no solo el diagnostico, sino la atención misma del problema (**HECHO DE LA VICTIMA**).

De otra parte, la realización de la CPRE de manera extra institucional, que es uno de los puntos fundamentales de este caso, ya que se ha determinado de manera probatoria que la institución prestadora de servicios de salud Fundación San Carlos estaba habilitada y su contrato con Nueva EPS establecía entre otros muchos la realización de este tipo de procedimientos en su institución, lo que constituye un hecho de tercero frente a Nueva EPS.

Estos dos hechos no fueron apreciados en su integridad por el a-quo y mucho menos las actividades desplegadas por Nueva EPS para la consecución de quien desarrollara el procedimiento de manera adecuada, ya que no era cualquier tipo de procedimiento.

Nótese como el paciente va presentando complicaciones llevando a una inestabilidad hemodinámica dados los sangrados por vías digestivas, documentándose plaquetas muy bajas, requiriéndose transfusión de plaquetas y alto riesgo por disfunción hepática y renal por falla hepática secundaria a síndrome de disfunción multiorgánica por sepsis, se traslada a UCI y el procedimiento no se puede realizar por la condición crítica del paciente.

Es claro, que en la realización de las pruebas científicas desarrolladas dentro del proceso, y sobre las cuales debería estar fundado el fallo respectivo se determinó que, como lo manifestaron los médicos en sus intervenciones, todo el cuerpo médico actuó de acuerdo a los protocolos, que aunados a los demás factores predisponentes, trajo como consecuencia el resultado en las condiciones que es presentado en esta acción; no se puede ser ligero al analizar los hechos y determinar que fue por la ATENCION en las condiciones indicadas en la demanda, sino que se deben observar los factores externos e internos influyentes y definitivos para el desarrollo de la actual situación, que por sí misma lleva a un resultado no querido, pero sí muy posible que se diera.

La actuación de Nueva EPS

Además, se determinó que NUEVA EPS cumplió en debida forma su obligación al autorizar todos los insumos y procedimientos requeridos para a la atención adecuada del paciente, ya que a pesar de tener contratado el servicio en la institución codemandada Hospital San Carlos, la actividad ejecutada por NUEVA EPS en lo que corresponde a la consecución de "cama", entendida como sitio para desarrollar un PROCEDIMIENTO DE ALTA COMPLEJIDAD (CPRE), entendida esta por las condiciones del paciente, y que llevo a solicitar en múltiples instituciones como HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN IGNACIO, HOSPITAL SAN JOSE, HOSPITAL JUAN CIUDAD, MEDERI, CLINICA SAN RAFAEL, Y CLINICA MEDICAL SAS donde finalmente fue aceptado, pero ya por las condiciones del paciente el procedimiento no se

podía llevar a cabo, TAL COMO SE PROBO CON LA DECLARACION DE LA REPRESENTANTE LEGAL DE NUEVA EPS.

Se observa como el señor apoderado de la actora, procura desligar la CAUSALIDAD que se origina en la patología misma del paciente, y que es definitiva en fallecimiento del mismo.

Es menester hacer ver que el análisis probatorio que hace el a-quo, se debe fundamentar en lo demostrado en el proceso, haciendo un análisis SISTEMATICO de las pruebas, y no individualizado de las mismas, cosa que se observa en las argumentaciones del a-quo, llegando a procurar demostrar una causalidad inexistente, entre la atención, el trámite de REFERENCIA Y CONTRAREFERNCIA y el fallecimiento del paciente, cuando la causa eficiente del fallecimiento es otra muy diferente **que es la patología**.

Para definir la causalidad en este tipo de procesos, se debe atender a todos los factores que influyen en el resultado, y no castigar a las entidades participes por el simple hecho de la atención, sino que se debe demostrar que el resultado se dio por la NEGLIGENCIA, IMPRUDENCIA O IMPERICIA del cuerpo médico o de las entidades participes.

Como se observa, contrario a lo manifestado por el a-quo NUEVA EPS si direccionó la gestión tendiente a la consecución de sitio en el cual se desarrollara no solo la cirugía, sino que tuviera cupo para la realización de los procedimientos requeridos como se observa en la BITACORA aportada con la contestación, que considero no fue apreciada en su integridad y mucho menos en concordancia con otras pruebas aportadas al proceso.

Como se puede observar NO SE APRECIA LA PRUEBA EN SU INTEGRIDAD, NI SE HACE UN ANALISIS SISTEMATICO DE LAS PRUEBAS OBRANTES AL PROCESO, lo que de por si lleva a una errónea interpretación de las mismas.

De la causa del fallecimiento del paciente

Las que efectivamente llevaron al resultado muerte del paciente pero que no tuvieron que ver con los hechos narrados en la demanda, lo que muestra una evidente RUPTURA DEL NEXO DE CAUSALIDAD entre el hecho alegado como dañoso y el resultado final, ya que existen:

1. Situaciones propias del paciente
2. Dificultades en la realización de cepre extrainstitucional, pese a lo cual, como se demostró, que además de intentarse el traslado con respuestas negativas por no disponibilidad se CONTINUO EL TRATAMIENTO
3. Fallecimiento del paciente POR SU GRAVE ENFERMEDAD

Ante una situación que dependió única y exclusivamente de la respuesta de su cuerpo, pero atendiendo que la situación no se genera por negligencia, mala praxis o demora por parte de NUEVA EPS sino por efecto

de la patología misma, situación PROPIA DEL PACIENTE que no puede ser imputada a ninguno de los demandados y mucho menos a NUEVA EPS.

En este orden de ideas, SE INSISTE "basta recordar que el hecho de la víctima como causal de exoneración se fundamenta desde tiempo atrás en el postulado de Pomponio que señala: *Quod quis ex sua culpa damnum sentit, non intelligitur damnum sentire* (No se entiende que padece daño el que por su culpa lo sufre). Esta causal es igualmente respaldada por dos de los principios de la lógica jurídica que señalan que cada quien debe soportar el daño en la medida en que ha contribuido a provocarlo, y que nadie debe cargar con la responsabilidad y el perjuicio ocasionado por otro. Adicionalmente ha dicho la Corte que cuando una persona se expone imprudentemente a un riesgo y sufre daño se dice que el daño fue por su causa."

Ahora dentro del análisis probatorio no se tiene en cuenta otras situaciones, como lo es el análisis científico que hacen los médicos sobre la patología que cursaba el paciente, en la que se indica que la situación es muy complicada para el paciente, lo que no le da una posibilidad de sobrevida dadas las circunstancias en que llegó a la atención médica, situación en la que fueron coincidentes los testigos técnicos y presenciales participes en el desarrollo del proceso.

La pérdida de oportunidad

El A-quo se refiere a una PERDIDA DE OPORTUNIDAD, que, reconociendo de manera explícita la condición del paciente, y que el resultado podría ser el mismo, es decir el fallecimiento del paciente, sin embargo el FACTOR DE IMPUTACION A NUEVA EPS lo sustrae de una presunta pérdida de oportunidad o chance no de la sobrevida, sino de la opción de recibir el procedimiento y que en virtud de no haberse logrado el traslado solicitado, por las razones ya expuestas, se configura esta figura.

Frente a la pérdida de oportunidad se debe decir lo siguiente

*"La teoría de la pérdida de oportunidad o pérdida de chance, en este caso de curación, se conoce como el menoscabo de probabilidad suficiente de obtener una ventaja esperada o evitar una pérdida en la recuperación de la salud, **en donde se exige en un primer estadio establecer un vínculo de causalidad entre la culpa del personal médico, asistencial e incluso administrativo y el estado del paciente y en un segundo estadio, la existencia de una probabilidad cierta de mejoría o de evitar deterioros en la salud y no de meras expectativas** y, corresponde al juez ordenar la reparación en forma proporcional al coeficiente de oportunidades que tenía el paciente."*

En el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española se entiende por Chance: "(Del fr. chance). Oportunidad o posibilidad de conseguir algo".

La doctrina sostiene que la pérdida de oportunidad es una situación en la que media un comportamiento antijurídico que interfiere en el curso normal de los acontecimientos de forma tal, que ya no se podrá saber, si el afectado por el mismo habría o no obtenido una ganancia o evitado una pérdida de no haber mediado aquél.

Como lo explica el doctrinante López Mesa (2007, p.164), el concepto jurídico de pérdida de chance u oportunidad es uno de los conceptos más abiertos e indeterminados que existen en el derecho y por ende deben encontrarse ciertos elementos de juicio que lo justifiquen, para ello cita a Vásquez Ferreyra y Tallone(2000, p.174), quienes afirman que

“en casos de pérdida de chance no se puede imputar casualmente al profesional el resultado final que padece el paciente pues en parte ello obedece a un proceso natural. No obstante ello, en muchas ocasiones, los tribunales en forma equivocada al analizar el capítulo de los daños indemnizables, pasan por alto el hecho de que se está solo frente a la pérdida de una chance y se manda a indemnizar el daño de forma integral”

Se contraponen lo frustrado, lo perdido y para que dicho daño sea indemnizable el mismo autor (López et. al., 2007 p.165 y166), estima que deben reunirse los siguientes requisitos:

- 1) existencia de la relación causal adecuada entre la frustración de la chance del perjudicado y la actuación del dañador;
- 2) antijuridicidad de la actuación del dañador;
- 3) legitimidad del derecho o ventaja cuya concreción se interfiriera antijurídicamente;
- 4) el balance de probabilidades a favor y en contra del perjudicado debe arrojar un saldo favorable, que demuestre que estadísticamente según el curso normal y ordinario de las cosas era probable que obtuviera esa ganancia o ventaja, de no haber interferido el demandado en el curso de los sucesos; la pérdida de chance es resarcible cuando importa una “probabilidad suficiente” de obtener un beneficio económico que resulta frustrado por culpa ajena y,
- 5) posibilidad de cuantificación de la chance frustrada.

Entonces no se trata de indemnizar cualquier posibilidad, sino la que tuviese una alta probabilidad en beneficio del perjudicado y se le hubiese negado.

En definitiva la determinación de la pérdida de la oportunidad no puede ser una mera especulación, es necesario que de manera científica quede establecido cuál era la posibilidad real del paciente de recuperar su salud o preservar su vida, y que esa expectativa haya sido frustrada por omisiones o erradas acciones en la actuación médica, en este aspecto hay que prestar la máxima atención y no resolver como pérdida de oportunidad eventos en los cuales lo que realmente se presentan son dificultades para establecer el nexo causal.

Pero, si bien se requiere que se encuentre demostrado que la prestación del servicio médico constituía una oportunidad real y no meramente hipotética para el paciente de recuperar su salud o prolongar su vida, **también debe**

quedar claro que esta ventaja debe ser una posibilidad, cuya materialización dependa también de otros factores como las propias condiciones del paciente, porque en aquellos eventos en los cuales no se trate de una oportunidad sino que se cuenta con la prueba cierta de la existencia del nexo causal entre la actuación deficiente u omisión de la prestación del servicio médico, no se estaría ante un caso de responsabilidad patrimonial del Estado por pérdida de oportunidad sino por la falla del servicio médico.

La teoría de la pérdida de oportunidad o pérdida de chance, en este caso de curación, se conoce como la pérdida de probabilidad suficiente de obtener una ventaja o evitar una pérdida de recuperación, para lo cual se exige un vínculo de causalidad entre la culpa del personal médico, asistencial e incluso administrativo y el estado del paciente y, la existencia de una probabilidad cierta de obtener ventajas o evitar deterioros en la salud.

- Debe distinguirse entre la falta de oportunidad dada a un paciente o la pérdida de chance de curarse o de sobrevivir en un caso concreto, con la falta de resultados positivos en un tratamiento médico y con la falta de prueba en el proceso sobre los protocolos médicos seguidos o sobre el diagnóstico y tratamiento que se llevó a efecto.
- El nexo de causalidad adecuado entre el acto médico y el perjuicio no siempre se logra establecer cuando de pérdida de oportunidad se trata, pero al menos debe determinarse la existencia de una probabilidad suficiente, que usualmente se relaciona con errores de diagnóstico, diagnóstico tardío y con la actuación omisiva o reprochable.
- El primer tema que debe dilucidarse en los casos de responsabilidad médica es el de la falla del servicio, lo que consuetudinariamente se viene haciendo al verificar el agotamiento de los protocolos médicos de acuerdo con la lex artis.
- La concausa, esto es, la existencia de causas, puede jugar un papel importante para la producción del resultado dañoso, tales como las condiciones del paciente y una mala praxis médica.
- La indemnización de la pérdida de chance comprende en los casos en que sea posible determinarlo, el porcentaje en que se disminuyó esa oportunidad.

Ante las consideraciones doctrinarias antes anotadas, se debe observar la situación real del paciente, que en repetidas oportunidades se ha manifestado en este escrito.

Así lo expuesto, no se encuentra que haya pérdida de la oportunidad dentro del asunto que nos ocupa, y en consecuencia no existe daño indemnizable.

Es necesario observar, como el A-quo otorga indemnizaciones a título de pérdida de oportunidad con base a las con todo respeto erradas conclusiones a que llega, es menester que la parte demandante haya demostrado tal como lo reclama la jurisprudencia, el nexo de causalidad entre la conducta desplegada por la EPS y el daño sufrido por el paciente, pues esta no es la causa eficiente del daño.

Si bien se considera que no existe daño indemnizable en atención a lo mencionado, se debe resaltar que independientemente esta consideración, y haciendo alusión a lo definido por el Juez de instancia, en donde impone condenas del orden de \$40.000.000, para hijos y \$20.000.000 para el hermano, en lo que considera daños morales, no se toma en cuenta la teoría de la pérdida de oportunidad o chance, con miras a determinar el quantum de la condena, ya que el juez no observa la realidad fáctica del paciente y se limita a imponer unos valores que lindan con los límites jurisprudenciales en materia de responsabilidad, sin analizar verdaderamente cual fue el chance o la pérdida real de oportunidad, y con base en esta situación calcular la eventual indemnización.

Es claro que el sistema de salud es un medio con el cual se busca propender por la atención adecuada a los afiliados al mismo, pero no por eso se debe responsabilizar al sistema por resultados no queridos por las partes, como en este caso, cuando la causa eficiente de la situación no es otra que las mismas condiciones patológicas del sujeto, y se pretende trasladar la responsabilidad al sistema y sus entidades por el resultado, sin entrar a analizar una realidad fáctica, que lleva a conclusiones muy diversas a las planteadas en la demanda, convirtiendo en prácticamente DIOSES a los médicos y pretendiendo que por el simple hecho de la atención ya el sistema se hace cargo del resultado, lo que a la luz de la sana lógica es un imposible factico y jurídico. Pensar lo contrario, sería objetivizar la ciencia médica, y desangrar económicamente el sistema de salud.

A lo largo del proceso se demostró que la realidad es una muy diferente, se determinó que:

1. El paciente no estaba sano, estaba en un estado de enfermedad avanzada.
2. Que el paciente tiene antecedentes de importancia, y en este caso no solo en lo que tiene que ver con la enfermedad con la que ingresa, sino con los antecedentes patológicos, genéticos y de no autocuidado del afiliado,
3. La atención en el sistema de salud no es personalizada, como pretenden en la demanda, es claro que el servicio médico se presta a una comunidad, y se dan las atenciones de acuerdo al grado de complejidad de las patologías, al grado de urgencia de la atención, pero también se debe tener en cuenta la disponibilidad de los servicios, ya que como en el caso concreto se observa que la especialidad requerida, y esa es una situación insalvable para el sistema de salud en Colombia
4. Las atenciones brindadas en principio al paciente son muy especializadas baste únicamente con ver el abordaje inicial en el que se encuentran muchas situaciones que no son resaltadas en la demanda como es que de acuerdo a los signos y síntomas con que ingresa el paciente se hacen evaluaciones profundas (dados sus antecedentes patológicos), se hace un diagnóstico diferencial adecuado, y exámenes tendientes a ubicar el foco del problema.
5. Se realizan todos los diagnósticos diferenciales, además que se hacen de acuerdo a los protocolos médicos, y en un tiempo prudencial.
6. La EVOLUCION DEL PACIENTE ES TORPIDA Y NO RESPONDE ADECUADAMENTE A LOS TRATAMIENTOS

7. Es menester recordar que las obligaciones médicas son de MEDIO Y NO DE RESULTADO, por lo tanto no se puede imputar responsabilidad por un resultado no querido.

POR TANTO SE SOLICITA QUE SE ANALICE LA CAUSA EFICIENTE DEL RESULTADO NO QUERIDO (MUERTE), YA QUE LAS PREGUNTAS A HACERSE SON:

1. La muerte la causa la atención médica recibida?
2. De presentarse problemas o dificultades en la atención médica o tratamiento, los mismos causan el fallecimiento?
3. Que tan avanzada estaba la enfermedad al momento de la atención?
4. La muerte es consecuencia de mala praxis o demoras en la atención?

De estas preguntas ya se han respondido varias a lo largo del análisis anterior, ya que se ha dicho lo siguiente:

1. La muerte no se da por causa de la atención sino por causa de la patología, y de acuerdo al avance de la misma.
2. La situación del paciente al momento de entrar a la última atención corresponde a una patología avanzada y es atendido con profesionales idóneos para el tipo de enfermedad y los procedimientos que se desarrollaron eran los necesarios.
3. La determinación medica es adecuada de conformidad con la evolución de la enfermedad, y se hace con criterios de oportunidad.
4. Se indica la necesidad de la CPRE como parte de la continuidad del servicio, pero con un altísimo riesgo que esta no va a tener el resultado esperado, dado que la patología ya estaba muy avanzada.
5. EL Hospital San Carlos, si bien estaba contratado y habilitado el servicio, por razones técnicas ajenas a Nueva EPS se debe remitir al paciente a otra entidad, por lo que se inicia protocolo de referencia y contrareferencia de manera adecuada, sin embargo las respuestas de las diferentes entidades que eventualmente podrían llevar a cabo la cirugía especializada no tenían cupo para el servicio requerido.
6. La negativa de las entidades referidas del caso, lleva a que Nueva EPS extienda el cubrimiento a otras entidades por fuera de la RED contratada, con igual respuesta. Esta situación está plenamente demostrada en el plenario, con las certificaciones emitidas por NUEVA EPS y aportadas en la contestación, documental que no fue tachada de falsas en ningún momento.

Se citan los siguientes apartes jurisprudenciales:

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Radicación número: 08001-23-31-000-1993-07622-01 (19846), veintisiete (27) de abril de dos mil once (2011):

“(...) La responsabilidad estatal por fallas en la prestación del servicio médico asistencial no se deriva simplemente a partir de la sola constatación de la intervención de la actuación médica, sino que debe acreditarse que en dicha actuación no se observó la lex artis y que esa inobservancia fue la causa eficiente del daño. Esa afirmación resulta relevante para aclarar que si bien de conformidad con lo previsto en el artículo 90 de la Constitución, el derecho a la reparación se fundamenta en la antijuridicidad del daño, no es suficiente verificar que la víctima o sus beneficiarios no estaban en el deber jurídico de soportarlo para que surja el derecho a la indemnización, se requiere además que dicho daño sea imputable a la Administración, y sólo lo será cuando su intervención hubiera sido la causa eficiente del mismo. (...)”

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Expediente No.2001 00778 01, ocho (8) de agosto de dos mil once (2011).

“(...) lo cierto es que la prueba denunciada por la censura como preterida, esto es, el certificado médico expedido por el doctor César Augusto Giraldo tan sólo da cuenta de que el señor Barrera Ochoa falleció como consecuencia de una enfermedad coronaria (folio 2, C.1), hecho que, en el hipotético caso de que estuviere acreditada la culpa, no demuestra perse que aquella se hubiere desencadenado necesariamente por la supuesta omisión en que incurrieron los médicos tratantes -no remitir al paciente a un centro clínico u hospitalario para el control de su crisis hipertensiva-.

Súmase a esto, que el recurrente no se percató que el fallador, en torno a la relación de causalidad, coligió que los elementos de persuasión recaudados no daban cuenta de ella y que estaba probado que el señor Barrera Ochoa dejó de tomarse los medicamentos que le habían sido recetados para el control de la presión arterial, exponiéndose imprudentemente a los resultados de su omisión, reflexión frente a la cual ningún reparo formuló. (...)”

Por lo tanto, se puede concluir que es claro que según el mandato del artículo 167 del C. G. P., la carga probatoria de los supuestos de hecho está radicada en cabeza de la parte que pretende derivar de ellos determinadas consecuencias jurídicas, lo cual implica que, con fundamento en el deber de lealtad procesal que debe inspirar las distintas actuaciones procesales de las partes, la parte demandante debe exponer los hechos en los cuales fundamenta sus pretensiones y las pruebas que al efecto pretende hacer valer. En cuanto a la prueba del nexo de causalidad entre el hecho generador alegado y el supuesto daño causado, establecer el primero de los elementos equivale a llegar a la certeza de que la actuación de la entidad demandada constituyó la causa adecuada o eficiente del daño que la víctima busca le sea reparado, de lo contrario, la consecuencia es la no acreditación de lo manifestado en el plenario.

La inactividad probatoria de la parte actora y la carga de la prueba

Es necesario resaltar la inactividad probatoria de la parte actora, que no ejecutó su deber de procurar demostrar la ciencia de su dicho con pruebas direccionadas a definir la responsabilidad de las entidades demandadas, por el contrario, se limitó a presentar la Historia clínica únicamente, sin que exista alguna otra prueba tendiente a definir la existencia de responsabilidad de las entidades por acción o por omisión.

Por el contrario las entidades demandadas, particularmente la IPS Hospital San Carlos, allegan al plenario sendas declaraciones de médicos tratantes que esbozan no solo de manera académica la situación fáctica del paciente, la necesidad del procedimiento y los eventuales efectos que podría tener, y en estas declaraciones no se evidencia de manera clara que el resultado fuera a ser diferente, pero si se resalta que la condición y respuesta orgánica del paciente es un punto importante a tenerse en cuenta y que guarda relación muy íntima con el resultado final.

El tema de la carga probatoria queda muy en entredicho en este caso, ya que como se manifiesta la desidia en esta materia por parte del actor es evidente, debemos reiterar que el actor no logra el objetivo demostrativo de la responsabilidad, sino que el Juez de primera instancia saca conclusiones por las anotaciones dadas en la historia clínica sobre el requerimiento de la CPRE, pero no explica en su sentencia, ahora impugnada, el nexo causal entre su no realización y el fallecimiento, cuando de las pruebas recaudadas, y con las cuales debe fundar su sentencia, se evidencia que **el fallecimiento no es por la no realización del CPRE sino por la situación del paciente, la respuesta sistémica, y la reacción negativa a los tratamientos instaurados por los médicos.**

INEXISTENCIA DE CULPA DE NUEVA EPS S.A. Y CUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES CONTRACTUALES

La sentencia de primera instancia cataloga la conducta desplegada por Nueva EPS como culposa, sin embargo, omite dar aplicación a situaciones que a lo largo del proceso fueron evidentes. La primera, como la poca oferta de centros clínicos para la atención de pacientes en las condiciones especiales que este tenía, dada la demora en la solicitud de servicio médico, con una evolución de cuatro meses de los síntomas, pues para la época de los hechos, las IPS que podían haber atendido al paciente en virtud de la remisión, no tenían disponibilidad para la realización de la cirugía, como quedo evidenciado en la bitácora aportada

La segunda situación que fue evidente, es la falta de disponibilidad de cama en las IPS referenciadas, ya que se intentó no solo en la red de servicio sino fuera de ella, lo cierto es que los tiempos anotados en los registros de la bitácora del proceso de referencia y contrarreferencia impidieron el traslado de la paciente ante la falta de disponibilidad de ubicación para una cirugía como la que requería el paciente.

Finalmente, otro de los puntos propios de reproche del fallador de primera instancia se refiere a la culpa especial de Nueva EPS por el descuido de sus deberes contractuales.

Sobre este argumento, basta con decir que el cumplimiento de los deberes contractuales no puede estar supeditado a una carga sobrenatural de obligar a las entidades a realizar lo imposible, en este caso, obsérvese como hubo una constante comunicación con las IPS para garantizar el traslado de la paciente, sin que existiera una respuesta favorable.

Finalmente debo hablar de la indebida tasación de los perjuicios, que sin aceptar responsabilidad por parte de NEPS si se está hablando de PERDIDA DE OPORTUNIDAD el juzgador debe determinar en qué consistió esta pérdida de oportunidad, y cuantificar la misma, con miras a determinar, si lo considera en un fallo, el valor de la indemnización, pues el juzgador toma como base para los perjuicios los límites jurisprudenciales, pero no hace una valoración sobre la cuantificación efectiva de la pérdida de oportunidad o chance de sobrevida del paciente y se limita a declarar la existencia de la figura, y sin más valoraciones impone una pena que a todas luces, es desproporcionada por cuanto no tiene en cuenta el verdadero chance del paciente, y así definir el quantum de la condena, por lo tanto solicito se revise este punto en el evento de considerar la existencia de alguna responsabilidad de NUEVA EPS

Por todo lo anterior, atentamente solicito SE REVOQUE EL FALLO IMPUGNADO y en consecuencia, solicito se ABSUELVA a Nueva EPS de todos y cada uno de los cargos formulados por la parte demandante.

De los Honorables Magistrados,



ALBERTO GARCIA CIFUENTES

C.C. No. 7.161.380 de Tunja

T.P. No. 72.989 del C.S. de la J.

Teléfono Celular 3004974755

SEÑOR MAGISTRADO
IVÁN DARIO ZULUAGA CARDONA.
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ.
E. S. D.

REFERENCIA: PROCESO VERBAL
DECLARATIVO PROMOVIDO POR
SILVANA VILLA PÉREZ EN CONTRA DE
BANCOLOMBIA S.A., RADICADO BAJO
EL NÚMERO 11 001 31 99 2020 0072 01.

ASUNTO: SUSTENTACIÓN DEL
RECURSO DE APELACIÓN
INTERPUESTO EN CONTRA DE LA
SENTENCIA PROFERIDA EL 22 DE
ENERO DE 2021 POR LA
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE
COLOMBIA.

YONATAN ALEXANDER GONZÁLEZ CHIQUIZA, identificado como aparece al pie de mi firma, actuando en calidad de apoderado judicial especial de la demandante, señora **SILVANA VILLA PÉREZ**, encontrándome dentro del término legal concedido en auto de fecha 8 de junio de 2021, en concordancia con el término dispuesto en el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, por medio del presente escrito, procedo a sustentar el recurso de apelación que interpuesto en contra de la sentencia de fecha 22 de enero de 2021 proferida por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, con fundamento en las siguientes razones de hecho y de derecho:

1. Es de advertir Honorable Magistrado que la sentencia fue objeto de apelación como quiera que el contenido de la misma no obedeció a los principios de debida motivación y congruencia, ya que las consideraciones adoptadas por el Superintendente Delegado para asuntos Jurisdiccionales en la misma, son carentes de una debida valoración probatoria, e interpretación debida de la ley frente al caso en concreto.
2. Así las cosas es de la más alta importancia indicar que el artículo 280 del Código General del Proceso, frente al principio de motivación, señala que el Juez al momento de proferir la sentencia se encuentra obligado a atender lo siguiente:

“La motivación de la sentencia deberá limitarse al examen crítico de las pruebas con explicación razonada de las conclusiones sobre ellas, y a los

razonamientos constitucionales, legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, con indicación de las disposiciones aplicadas. El juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ella”.

Así mismo, el artículo 281 ibídem enseña en su inciso primero respecto al principio de congruencia de la sentencia, y los deberes del Juez, que:

“La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.”

De lo anterior, se desprende diáfananamente que como se infiere de los interrogatorios de las partes, declaración de los testigos, y pruebas documentales obrantes en el plenario, BANCOLOMBIA S.A. no cumplió a cabalidad las obligaciones propias a su cargo en virtud del contrato de depósito en cuenta de ahorro que había suscrito con la señora SILVANA VILLA PÉREZ, y que dio lugar a la cuenta de ahorro número 192 – 404844 – 58.

3. Para argumentar la anterior afirmación Honorable Magistrado, me permitiré realizar unos breves antecedente del asunto en cuestión, en seguida me pronunciaré respecto de los indicios derivados de la ausencia de documentos requeridos por el despacho de primera instancia, luego me manifestaré respecto de la debida valoración probatoria, posteriormente me referiré a la responsabilidad contractual y sus elementos, y finalmente me manifestaré frente al problema jurídico del asunto de la referencia, es decir, esbozaré las consideraciones por las cuales el despacho del Superintendente Delegado para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia debió haber accedido a las pretensiones de la parte demandante, hoy recurrente.

a) ANTECEDENTES

Es de rememorar señor Magistrado, que la acción de protección al consumidor financiero enervada por la señora SILVANA VILLA PÉREZ en contra del banco BANCOLOMBIA S.A., se promovió en aras de que se declarará contractualmente responsable a dicho establecimiento bancario por el desembolso erróneo de la suma de

ciento CIENTO NOVENTA Y CINCO MILLONES TRESCIENTOS MIL PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$ 195.300.000), de la cuenta de ahorros número 192 – 404844 – 58, de la cual mi mandante es titular, toda vez que dicha suma se había entregado a persona NO facultada ante la entidad financiera por la accionante, pues tales dineros fueron entregados al señor ÁLVARO ALEJANDRO GÓMEZ GARZÓN el día siete (7) de octubre de dos mil diecinueve (2019), reitero, sin la anuencia de la señora VILLA PÉREZ.

Así mismo, que como consecuencia de la anterior declaración, se condenara a la aludida entidad financiera a reintegrar tales dineros a mi poderdante, junto con los intereses moratorios calculados a la tasa máxima legal permitida por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Así las cosas, el Superintendente Delegado para Asuntos Jurisdiccionales se limitó a fijar el litigio con fundamento en lo anterior, y determinó cómo problema jurídico del caso en concreto el siguiente:

“¿Si Bancolombia incumplió las obligaciones a su cargo en virtud del contrato de depósito en cuenta de ahorros terminado en 44-58 celebrado con la señora VILLA PÉREZ efectuado el día siete (7) de octubre de dos mil diecinueve (2019)?”

Ahora bien, el despacho resolvió de forma infundada, y superflua, que tal suma de dinero había sido entregada en debida forma, atendiendo a lo señalado en el numeral 4° del capítulo 3° del Reglamento de Cuenta de Ahorro Aportado por el establecimiento financiero accionado, y como quiera la accionante, señora SILVANA VILLA PÉREZ, había autorizado al señor ÁLVARO ALEJANDRO GARZÓN GÓMEZ para el uso de la cuenta de ahorros, (*Minuto 06:57 del audio correspondiente al fallo*).

De igual manera, señaló el despacho que las pretensiones no se encontraban llamadas a prosperar, como quiera que la apoderada de la entidad financiera manifestó que el señor GARZÓN GÓMEZ *“tenía liberalidad para hacer transacción que se hace respecto de la cuenta de titularidad de la señora Silvana”* (*Minuto 08:30 del audio correspondiente al fallo*) toda vez que la firma de él se encontraba autorizada de manera independiente, y no requería autorización de la señora VILLA PÉREZ para retirar suma alguna de dinero.

Luego el despacho, advierte que la desvinculación de la firma autorizada del señor ÁLVARO ALEJANDRO GARZÓN GÓMEZ de la

cuenta de ahorros de la accionante, no se probó, ya que en el expediente no obra constancia de radicación alguna de documento de desvinculación, (*Minuto 12:58*), afirmación que realiza sin tener en cuenta, que ya en el minuto 10:05 del audio de fallo, señala que BANCOLOMBIA S.A. no aportó la documentación pedida de oficio por el despacho, esto es la documentación correspondiente al procedimiento de desvinculación de firma autorizada en cuenta de ahorros, y documento de autorización de manejo de cuenta de ahorros (minuto 06:52 del audio n.º 2 de la diligencia de decreto de pruebas), y que de igual manera la desvinculación del señor ÁLVARO ALEJANDRO GARZÓN GÓMEZ no se ajustó al procedimiento señalado por la entidad financiera para tales fines, y al que se refirió la apoderada de Bancolombia S.A. en el interrogatorio que absolvió.

Con posterioridad a tales afirmaciones advierte el despacho que además de los demás medios probatorios no se desprende que la desvinculación del señor GARZÓN GÓMEZ, se haya solicitado en junio de 2018, y que aunado a esto, la accionante en los correos electrónicos remitidos con posterioridad al momento en que se dio el retiro del dinero de su cuenta, esto es, el 7 de octubre de 2019, no mencionó tal evento o situación de desvinculación.

En seguida el despacho sostiene que del testimonio de la señora GERALDINE BUITRAGO, en el cual ella indicó que había acompañado a la accionante desvincular al señor GARZÓN GÓMEZ de la cuenta de ahorros, nada aporta al proceso, toda vez que ella manifestó que "*no conoció los términos de la comunicación*", y en virtud a que dicho testimonio no suple la existencia del documento de desvinculación.

Finalmente el Superintendente Financiero Delegado para Asuntos Jurisdiccionales, sin realizar mayores elucubraciones que las ya expuestas, concluye que el señor GARZÓN GÓMEZ se encontraba debidamente autorizado, sin limitación alguna, y que por ende, la excepción de mérito denominada "BANCOLOMBIA CUMPLIÓ CON SU OBLIGACIÓN LEGAL DE ENTREGAR LAS SUMAS DEPOSITADAS A LA PERSONA AUTORIZADA POR SU TITULAR".

b) LOS INDICIOS DERIVADOS DE LA AUSENCIA DE DOCUMENTOS.

Honorable Magistrado, con fundamento en los antecedentes expuestos, es del caso señalar que el despacho que profirió la sentencia de primera instancia incurrió en diversos yerros de orden probatorio al momento de proferir el fallo que hoy es objeto de alzada.

En primer lugar el Superintendente Delegado Para Asuntos Jurisdiccionales, advierte que BANCOLOMBIA S.A., no aportó una documentación que había sido requerida de oficio, esto es, por el Superintendente Delegado, tal documentación corresponde al procedimiento de desvinculación de firma autorizada en cuenta de ahorros, y documento de autorización de manejo de cuenta de ahorros (minuto 06:52 del audio n.º 2 de la diligencia de decreto de pruebas), y sin embargo, pese a lo anterior, advierte que no existe constancia de la desvinculación del señor GARZÓN GÓMEZ de la cuenta de ahorro de la señora VILLA PÉREZ.

Es de señalar respecto de lo anterior, que si el despacho había requerido tal documentación, era porque no tenía certeza de la existencia o no de dicho documento de desvinculación, lo cual no podía suplir solo con los argumentos expuestos por la parte demandada.

Así las cosas, Honorable Magistrado, es de advertir que de acuerdo a lo señalado por el artículo 240 y siguientes del Código General del Proceso, se constituye un indicio en contra de la entidad financiera BANCOLOMBIA S.A., respecto de la existencia de tal documento de desvinculación, situación que reitero fue pasa por alto por el Superintendente Delegado para asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia en el fallo de primera instancia.

En virtud de lo anterior, desde ahora, este apoderado se permite advertir que en la presente apelación cuenta con vocación de prosperidad y por ende el fallo recurrido debe ser revocado en su totalidad, y en su lugar, acceder a las pretensiones de la accionante.

c) AUSENCIA DE DEBIDA VALORACIÓN PROBATORIA

Honorable Magistrado, aunado a lo ya expuesto, es de advertir como ya se mencionó, que el despacho funda su decisión en las disposiciones contenidas en el numeral 4º del Capítulo 3º del Reglamento de cuenta de ahorro aportado por la entidad financiera BANCOLOMBIA S.A., documento allegado por el referido establecimiento bancario en su escrito de contestación de la acción de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, dicho documento no aporta en nada al asunto de la referencia, es decir, es un documento que resulta inconducente, impertinente e inoportuno, pues tal documento corresponde al reglamento de cuenta de ahorro actual de BANCOLOMBIA S.A., por lo que al remitirse al contenido literal del mismo, se vislumbra en

su parte superior, que fue objeto de modificación en los años 2010 y 2015, y por ende, se desprende que no corresponde a uno de similares circunstancias

al suscrito por la señora SILVANA VILLA PÉREZ, pues ella suscribió la versión que se encontraba vigente para el año 2008, año en que ella aperturó la cuenta de ahorros terminada en 44 – 58, el cual tampoco fue aportado por la entidad demandada aludiendo que en relación a la carpeta de la señora Silvana villa no se encontraba digitalizada, argumento similar al dado para no aportar la carta de vinculación como segunda firma del señor Alvaro Garzòn, la cual brilla por su ausencia, lo cual tampoco se podía suplir solo con el dicho de mi representada.

Tal circunstancia de hecho y de derecho también fue pasada por alto por el despacho juzgador de primera instancia.

Ahora, Honorable Magistrado, de acuerdo a lo señalado por el artículo 1602 del Código Civil, el cual señala que *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*, para solucionar el problema jurídico, era pertinente, conducente, y oportuno revisar el contrato suscrito por la señora SILVANA VILLA PÉREZ con BANCOLOMBIA S.A., y no el que aportó la apoderada de la entidad financiera accionada.

Así mismo, de lo relatado se desprende un indicio grave de la parte accionada, pues en virtud de lo señalado en el artículo 167 del Código General del Proceso, en concordancia con lo expuesto en el ya citado 240 *ibídem*, a la entidad financiera le asistía la carga probatoria de aportar el reglamento del contrato de depósito en cuenta de ahorro suscrito entre la señora SILVANA VILLA PÉREZ, y BANCOLOMBIA S.A. en compañía de la carta de vinculación como segunda firma del Señor Álvaro Garzón.

Honorable Magistrado, de lo anterior se vislumbra diáfananamente que existe una indebida valoración de los elementos de prueba aportados al expediente, y reitero, se constituye un indicio grave en contra de BANCOLOMBIA S.A.

De otra parte, el despacho brinda únicamente certeza al dicho de la parte accionada, BANCOLOMBIA S.A., pues del contenido de la sentencia con claridad palmaria se llega a tal conclusión, en atención a que de lo manifestado por mi mandante, y la testigo que compareció a petición de la accionante el despacho no dio crédito al dicho de ellas, toda vez que, según lo sostenido en el fallo, no existía evidencia de lo advertido por ellas, y respecto del dicho de la

accionada, pese a que también carecía de soporte documental, le dio total crédito y certeza.

d) DE LAS PRUEBAS OBRANTES EN EL EXPEDIENTE QUE NO FUERON VALORADAS

De manera respetuosa, solicito que en el momento emitirse el fallo que en derecho corresponda, se valore las conductas procesales y extraprocesales de la parte demandada las cuales prueban los hechos objeto de Juzgamiento no valorados por la primera instancia y se tenga en cuenta la gravedad de las mismas, la concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas aportadas y practicadas dentro de este proceso, las cuales conducen a despachar favorablemente las pretensiones, toda vez que las mismas lesionan los derechos de mi mandante.

Y es que esas conductas se pueden observar en ese comportamiento dominante y arbitrario, y en esa falta de deber de cuidado de los productos financieros dados por la señora SILVANA VILLA para su guarda y custodia, lo cual quedó probado, y es por esto, como se indicó que se debe declarar contractualmente responsable a la parte demandada y por lo mismo condenarla a reintegrar la suma de \$195.300.000 y demás reconocimientos financieros que tengan lugar legalmente por esta afectación ilegal que sufrió el patrimonio de la demandante el día 7 de octubre de 2019 a través de su cuenta de ahorros número 192-404844-58 de titularidad y única disposición mí de mi mandante desde el mes de junio de 2017 hasta la actualidad.

CONDUCTAS EXTRAPROCESALES

Resulta una conducta extraprocesal que debe ser objeto de análisis la:

ABIERTA VIOLACIÓN DE LOS PRINCIPIOS CONSAGRADOS EN LA LEY 1328 DE 2009 EN ESPECIAL EL CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 3 LITERAL E EL CUAL INDICA

e) **Manejo adecuado de los conflictos de interés.** Las entidades vigiladas deberán administrar los conflictos que surjan en desarrollo de su actividad entre sus propios intereses y los de los consumidores financieros, así como los conflictos que surjan entre **los intereses de dos o más consumidores financieros**, de una manera transparente e imparcial, velando porque siempre prevalezca el interés de los consumidores financieros, sin perjuicio de otras disposiciones aplicables al respecto.

Claro es señor Magistrado que surgieron dos conflictos con el acto realizado el día 7 de octubre de 2019, sobre el patrimonio de mi mandante depositado en la mentada cuenta de ahorros, a los cuales nunca se les dio solución pese a los múltiples requerimientos elevados por mi mandante, como lo referencian las pruebas aportadas con la demanda.

Es importante decir que los requerimientos realizados por la señora Silvana como obra en las pruebas, todos se dirigieron con una estructura similar, contrario sensu a lo manifestado en la sentencia recurrida, la cual consistía en exponer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se produjo la afectación a su patrimonio el día 7 de octubre por una persona que no estaba facultada para manejar su cuenta, así mismo señalaba la incapacidad que tenía de comparecer personalmente a la entidad financiera, y de igual forma como se produjo la desvinculación de las facultades su ex esposo en el mes de junio del año 2018.

Exactamente a las peticiones elevadas a los distintos funcionarios fueron contestadas desacertadamente en términos similares como se observa en los correos decretados como pruebas ;

(1.-) Diana Milena Hernández López - Línea Ética Grupo Bancolombia el día 25 de octubre de 2019 (*prueba número 1 y 2*).

"Doctora Diana Milena! Muchísimas gracias por su pronta intervención, le agradezco muchísimo!

Pues además estoy muy preocupada pues realicé un control de mi cuenta de ahorros la última vez en el computador y vi que mi ex esposo realizó un CDT sin firma autorizada desde un centro comercial.

Doctora yo redacté un derecho de petición para enviar directamente a la sede El Can en Bogotá, pero no pude enviar el fax, me es imposible comunicar con ellos, y se me hace extremadamente delicado este asunto, quisiera si es tan amable su opinión al respecto, discúlpeme si aprovecho su intervención.

(¿Que debo hacer doctora? ¿Según su opinión?) cuál es el fax de esa sede?

*Derecho De Petición,
A los señores Entidad Financiera,
GRUPO BANCOLOMBIA Y a quien competa:*

Yo, Silvana Villa Pérez identificada con la cédula de ciudadanía n. 52698471 y Por medio de la presente, denuncio la estafa me fue

realizada en abuzo de confianza y/o robó del señor Alvaro Alejandro Garzon Gomez de cédula 79500558, ya que realizó un movimiento de apertura de CDT de mi cuenta de ahorros n. 19240484458 a su favor por 193.300.00.00 pesos ya que nos encontramos divorciados hace ya más de 2 años con escritura legal de divorcio y desde entonces le suprimí firma poder o acceso a mi cuenta a este último en la sede donde hice apertura de mi cuenta El Can Barrio La Esmeralda (Bogotá Colombia).

Subrayo el hecho que soy la única beneficiaria sobre mis dineros que se encuentran en dicha cuenta bancaria y NO DEJO PODER O FIRMA ALGUNA FUERA DE LA MÍA como titular.

*De esta manera, solicito muy atentamente se cancele de manera inmediata el CDT que este señor abrió en nombre suyo y a su favor de manera presencial en la sede Bancolombia del Centro Comercial Fontanar, esos dineros representan y están destinados para los alimentos y sustento de mi hijo de 3 años de edad, una vez no tengo familiares ni nadie en Colombia que me pueda representar, pido muy respetuosamente la cancelación de ese CDT.
Quedo atenta a una pronta solución.*

Esta funcionaria contestó lo siguiente;

Buenas tardes señora Silvana,

Realmente no manejo la información del caso que me cuenta del CDT y no sabría asesorarla, le sugiero que se comuniqué a la línea del banco o se acerque a una sucursal física para que le pueden indicar el proceso correcto.

(2.-) Angela María Becerra Diaz- Asesora de la oficina de la sede el CAN el día 29 de octubre de 2019, y 18 de noviembre. lo cual fue conocido por el señor (pruebas 3, 4 y 4.1). Al funcionario

A esta funcionaria también le realizó las mismas manifestaciones y recibió la respuesta:

Buen día Señora Silvana Como le comenté no se puede hacer nada, debe alguien acá en Colombia con un poder en su nombre acercarse para hacer cualquier operación o modificación en la cuenta, de lo contrario, el banco no puede hacer nada al no tener un documento físico que acredite su identidad. Es necesario que un conocido suyo o un familiar

Presenten un poder debidamente apostillado con copia de su documento de identidad.

Ante esta manifestación indicó la señora Silvana

Discúlpeme le explico, usted no se imagina lo preocupada que me encuentro con este delicado asunto, que desde mitad de octubre vengo sintiendo una angustia inimaginable que ese señor me robe, resulta que nunca le dejé poder ni firma alguna pues desde que nos divorciamos es mas claro que yo le había retirado la firma de la cuenta ya que hicimos proceso legalmente constituido en escritura de repartición de bienes,

Todo esto es tan absurdo que si usted supiera ese señor tiene una demanda por alimentos pues no paga lo de su propio bebé y lo que se firmó en común acuerdo, que ese mi dinero, es fuente indispensable para el sustento de mi hijo.

Lo más triste es que escuchen al ladrón y no al que está siendo robado... Estoy tan triste y desmoralizada señora Angela (así se llama mi madre, por eso pensé usted me ayudaría) que le explico, no tengo a nadie en lo absoluto en Colombia ni en Bogotá, para que ojalá alguien me pudiese colaborar con este penoso asunto...

De esta manera no se que más hacer...

(3.-) Andrés Gutiérrez Rojas Director de Servicio Sucursal El Can quien ordena el día 30 de octubre que el caso se debe escalar al área Jurídica para saber cómo se le podía ayudar al cliente. además de la petición presentada el día 15 de noviembre (pruebas 3 y 12)

Este funcionario pese a conocer directa y concretamente la situación siempre guardo silencio frente a las manifestaciones de la señora Silvana.

(4.-) Laidis (yualopez@bancolombia.com.co) el día 29 y 30 de octubre y 4 de noviembre (pruebas 5.1 y 5).

Esta funcionario pese a conocer directa y concretamente la situación siempre guardo silencio frente a las manifestaciones de la señora Silvana.

(5.-) Natalia Álvarez Tamayo. Sección de Servicios de Seguridad Colombia El día 7 y 9 de noviembre (pruebas 7, 9 y 10). A la funcionaria

Doña silvana le manifestó
Doctora Natalia, muy buen día,

Estoy realmente preocupada y decepcionada pues llamé para mi caso y me dijo la asesora qué fue mi "esposo " a realizarlo que el tiene todo el derecho! Por Dios doctora casi doy a luz con esa respuesta que me Diógenes esa asesora! Después de reclamar que yo notifique hace 3 años mi divorcio en mi sucursal, que no tengo que ver nada con ese ladrón y decirles a ustedes que ese señor me quiere robar y que ustedes Bancolombia se van a dejar Robar ese dinero por este tipo estafador!

Dios mío doctora esto no tiene presentación alguna doctora! Discúlpeme pero dígame de una vez si m van a cerrar ese cdt ya mañana mismo o tendré que poner un abogado penalista para que me haga valer mi voz y mi dinero ahorros en Bancolombia,

(-6.) Sandra Yuliana Hincapie Arboleda Área de Seguridad Corporativa el día 7 de noviembre de 2019 (Prueba número 8). A la funcionaria

(-7.) Carolina Pérez Fernández Línea Especializada en Seguridad El día 9 de noviembre (Prueba número 11). A la funcionaria

Doctora Carolina muy amable por su apoyo, Tengo confianza en su colaboración, Quedo muy atenta y muy preocupada a la vez de esta importante y tempestiva intervención! Solo deseo que este delincuente no logre robarme ni ustedes Bancolombia permitan ser robados por ese ser despreciable!

(-8.) Rosa Amelia Betancurt Serrano Gerencia de Atención al Cliente Vicepresidencia Servicios para los Clientes el día 18,19 y 20 de nov 2019 (prueba 13 ,14 ,15, 16, 17 ,18 y 20)

(-9.) Funcionaria del área de reclamos. del área de reclamos que contesta la solicitud el día 21 de noviembre

Es decir 9 funcionarios directos los cuales se pudieron documentar, pero fueron muchos mas los que conocieron el caso a fondo y nunca le brindaron una solución a este consumidor financiero.

Ahora bien, resulta incongruente que no se hubiese dado aplicación del mentado principio y los múltiples ruegos elevados por mi poderdante respecto a la cancelación del CDT del cual era titular otro consumidor financiero de la entidad, pero llama la atención y no fue valorado por la primera instancia que se hubiese desvinculado de manera unilateral sin la satisfacción de requisito alguno al señor Garzón, tiempo después de materializada la afectación del patrimonio de mi representada, como se observa en el interrogatorio rendido por la representante legal de la parte demandada;

Record a partir del minuto 1:00:00 ¿hubo alguna otra modificación y/o autorización frente al manejo de la cuenta con posterioridad a esa fecha?

Hubo una modificación hacia el mes de diciembre de 2019, cuando ya se retira la autorización al señor Álvaro Garzón para seguir siendo autorizado dentro de esa cuenta

Record 1:20:00 (Audiencia Inicial) A raíz de las múltiples reclamaciones realizada por la señora Silvana y a partir lo que se le presentó y teniendo en cuenta que la señora no se encontrara en Colombia y el hecho que no tuviera quien le pudiese colaborar para solucionar el tema el área encargada tomó la decisión de bloquear la firma del señor Álvaro Alejandro Gómez Garzón, teniendo en cuenta estar circunstancias y teniendo en cuenta que doña Silvana había presentado en varias ocasiones derecho de petición manifestando todos los inconvenientes que desafortunadamente se le presentaron con el señor Garzón.

¿Ese formato no es un requisito sine cuanom para la desvinculación de esa firma.?

Es un requisito, pero en ese momento se tuvo una consideración especial con la señora Silvana teniendo en cuenta el lugar donde se encontraba ubicada y la imposibilidad que tenia ella de hacer el tramite de forma presencial a parte de su manifestación que no tenia quien le pudiese colaborar.

e) LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Honorable Magistrado, de acuerdo a lo expuesto en la parte introductoria de este escrito esta parte, sostuvo que la sentencia proferida por el Superintendente Delegado Para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, desatendió a los principios de motivación y congruencia señalados en los artículos 280 y 281 del Código General del Proceso.

Tal afirmación la sustento en el hecho que en el escrito de acción de protección al consumidor financiero, señaló que BANCOLOMBIA S.A. desatendió las obligaciones propias del contrato de depósito en cuenta de ahorro que había suscrito con la señora SILVANA VILLA PÉREZ, y que por ende se deriva una responsabilidad contractual en virtud de tal incumplimiento.

Así las cosas, es de la más alta importancia advertir que la ley 1398 de 2009, en los literales a y c del artículo 3°, impuso a las entidades financieras como principios orientadores de las relaciones entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas (BANCOLOMBIA S.A.), los deberes de debida diligencia y transparencia e información cierta, respectivamente.

Ahora bien, el despacho que profirió la sentencia de primera instancia, no atendió tales circunstancias de hecho y derecho en su providencia, pues evidentemente quedó demostrado en el proceso que la señora SILVANA VILLA PEREZ, efectivamente acudió a desvincular de su cuenta de ahorro al señor ÁLVARO ALEJANDRO GARZÓN GÓMEZ, hecho que en la sucursal BANCOLOMBIA del barrio la Esmeralda de la ciudad de Bogotá, D.C., le hicieron creer había ocurrido, por lo que ella abandonó territorio nacional con tal convicción.

Dicho esto, y aunado a los indicios a lo que ya he hecho referencia, se tiene que al despacho juzgador de primera instancia, le asistía la obligación de pronunciarse respecto de la responsabilidad contractual de la entidad financiera accionada, dada la ausencia de debida diligencia, e información con la señora SILVANA VILLA PÉREZ, en virtud del contrato de depósito en cuenta de ahorro que ella mantenía con ellos, hecho que evidentemente no ocurrió.

Así las cosas, frente a la responsabilidad contractual, es oportuno sostener que el tratadista, JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR, en su texto Teoría General del Contratos, entorno a los requisitos de la responsabilidad civil, sostiene lo siguiente:

“Como requisitos clásicos de la responsabilidad civil en general podemos señalar los siguientes:

- *El hecho que sea contrario a derecho.*
- *La imputabilidad. Esta indica que tal resultado dañoso impone al autor la obligación de reparar.*
- *El daño. Como consecuencia de ese hecho debe resultar un daño.*
- *La relación causal. Debe presentarse un nexo causal entre el hecho y el daño, para inferir que el resultado o daño se debe al hecho o infracción al deber jurídico.”*
(Arrubla, 2012).

En mérito de lo anterior, sin realizar mayores elucubraciones, se desprende que efectivamente a BANCOLOMBIA S.A. le asiste una

responsabilidad contractual en virtud del contrato de cuenta de ahorro que suscribió con la señora SILVANA VILLA PÉREZ, por la entrega de la suma de CIENTO NOVENTA Y CINCO MILLONES TRESCIENTOS MIL PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$ 195.300.000), de la cuenta de ahorros número 192 – 404844 – 58, de la cual es titular la accionante, al señor ALVARO ALEJANDRO GARZÓN GÓMEZ.

Tal afirmación, se ocasiona en el hecho que efectivamente por parte de BANCOLOMBIA S.A. existió un comportamiento contrario a derecho, esto es, no haber informado a la señora SILVANA VILLA PÉREZ de la debida desvinculación del señor ALVARO ALEJANDRO GARZÓN GÓMEZ de su cuenta de ahorro, consecuencia de lo cual, se dio la entrega de la suma de dinero atrás referenciada, hecho que causó un daño patrimonial a mi mandante, daño que en consecuencia debe ser reparado, respecto de lo cual, reitero, el despacho juzgador de primera instancia no dijo nada.

Sobre esto se trae a colación el interrogatorio rendido por la representante legal del Banco en la audiencia inicial, la cual manifestó lo siguiente;

“1:08:13 ¿Cuéntenos cual es paso a paso o el procedimiento que tenia Bancolombia vigente para junio de 2018 para la modificación o desautorización si se puede decir así de la cuenta de ahorros de una persona que contaba con segunda firma?”

*De acuerdo a la información que me fue suministrada para atender la audiencia, para la época del año 2018, era necesario que la persona titular de la cuenta se desplazase a hasta la sucursal para hacer presencial para que hiciese todo el tramite **para poder desvincular a la persona y llenase un formulario o un formato en el que consigne que estaba desvinculando de su cuenta de ahorros a la persona**, se diligencia y se radica en la sucursal, si la persona no puede asistir de carácter presencial es necesario que le confiera poder a una persona, un poder especial para poder hacer este tramite ante notaria para esa época.*

1:09:30 ¿Y si se surte ese procedimiento que usted nos explica la desautorización es inmediata?”

Si señor, sucede exactamente lo mismo que se hace cuando esta haciendo la vinculación, mas aún estando en la sucursal duela de la cuenta, lo que procede es el funcionario a tomar los datos necesarios para esa nueva de cierta forma,

actualización de los datos, por que tiene que retirar a una persona y se procede haber de inmediato el cambio.

Sim embargo, como se puede observar, si bien es cierto, bajo la gravedad del juramento en el interrogatorio realizado a la representante legal de Bancolombia, la misma indicó la existencia de un formato en la contestación al requerimiento formulado de oficio la misma indicó lo siguiente;

“Ahora bien, cuando se requiere la desvinculación de una firma, la actualización de la cuenta y en general cualquier modificación de las condiciones del manejo de la misma, el cliente debe presentar una carta escrita indicando la novedad: retiro, adición y las condiciones de manejo: firmas conjuntas, sellos independientes entre otras; para que de esta manera la oficina proceda con el registro y la actualización correspondiente. Es importante resaltar que en las oficinas no se toman solicitudes verbales por parte de los clientes para este tipo de procedimientos.”

Lo anterior le da firmeza a los hechos planteados en la demanda y lo probado mediante los interrogatorios y el testimonio de la ciudadana Geraldine y de las pruebas aportadas por la misma entidad, toda vez que del dicho de la demandante y del log transaccional se observa que en el mes de junio del año 2018, como lo refleja el log transaccional el cual dijo la representante legal de Bancolombia en su interrogatorio que el mismo reflejaba todas las transacciones, en el mes de junio la señora Silvana recibe una transacción días antes de salir del país (26 de junio de 2018 – consignación por 89.000.000 deposito por la venta de la casa como se dice en el interrogatorio y Como lo prueba su pasaporte) fecha esta donde realiza la desvinculación de segunda firma de la cuenta del señor Álvaro Garzón y tanto es así, que la entidad demandada no aportó los extractos bancarios de la fecha en que se realizó CDT si no se hizo por petición de oficio mediante contestación del requerimiento.

Así las cosas señor Magistrado, es evidente que no existe congruencia y debida motivación entre lo expuesto en la demanda, la fijación del litigio, el problema jurídico, y lo resuelto por el Superintendente Delegado Para Asuntos Jurisdiccionales.

Honorable Magistrado, con fundamento en los argumentos de hecho y derecho expuestos, me permito realizar la siguiente:

SOLICITUD

Señor Magistrado, ruego se sirva REVOCAR la sentencia de fecha veintidós (22) de enero de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Superintendente Delegado Para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, y en su lugar se ACCEDA a las pretensiones de la parte accionante.

Del señor Magistrado, Cordialmente,



YONATAN ALEXANDER GONZÁLEZ CHIQUIZA
C.C. N.º 1.030.589.780, EXP. EN BOGOTÁ, D.C.
T.P. N.º 274.242, EXP. POR EL C. S. DE LA J.

Señores

HONORABLES MAGISTRADOS SALA CIVIL

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA

E S D.

Proceso No. 11001310300520170041501

Juzgado 5 civil del circuito

Proceso verbal pertenencia de ANA MARLENY MURCIA DE LOPEZ y otro contra herederos indeterminados de CONCEPCION MEDINA DE SILVA y otros

Apelación

Respetados Magistrados:

CARLOS ALBERTO LOPEZ PIRAQUIVE mayor de edad, con domicilio y residencia en esta ciudad de Bogotá, actuando como apoderado de la parte ACTORA, dentro del proceso de la referencia, describiendo el traslado, admitido el 8 de junio del 2021 y en oportunidad procesal, propongo a continuación la sustentación del recurso de APELACION, presentada inicialmente ante el Juez Quinto Civil del circuito, juez del conocimiento de la causa que nos ocupa, con el fin de que se REVOQUE la sentencia impugnada y en consecuencia se tengan en cuenta las PRETENSIONES DE LA

DEMANDA en los términos siguientes:

a) DE LOS DOCUMENTOS

1.- Tal como lo presenté en los hechos de mi demanda, adquirí junto con mi esposa ANA MARLENY MURCIA DE LOPEZ los derechos de posesión sobre el apto 701 ubicado en la Carrera 62 No. 96-75 de esta ciudad de Bogotá, así como el depósito 12, junto con el espacio de parqueo asignado para el apartamento.

2.- Los derechos de posesión que adquirí a la señora JUSTINA MEDINA CAÑON, provienen del fallecimiento de su hermana CONCEPCION MEDINA DE SILVA, hecho acaecido el 2 de junio de 1983, tal como consta en el registro civil de defunción aportando con la demanda, razón por cual se transmitieron los derechos en sus herederos SUS PADRES ; SIERVO DE JESUS MEDINA RODRIGUEZ y UBALDINA CAÑON DE MEDINA y el cónyuge supérstite JULIO ROBERTO SILVA CASTELLANOS.

3.- Los padres de CONCEPCION MEDINA CAÑON o sea SIERVO DE JESUS MEDINA RODRIGUEZ y UBALDINA CAÑON DE MEDINA por medio de documento privado (aportado a la demanda) de fecha 12 de abril de 1984, vendieron a JULIO ROBERTO SILVA CASTELLANOS , los derechos herenciales que les podían corresponder dentro de la sucesión de la fallecida CONCEPCION MEDINA DE SILVA.

En la cláusula séptima del citado documento se lee:

“El prometiende comprador Julio Roberto Silva Castellanos se obliga también a transferir a favor de la señora JUSTINA MEDINA CAÑON .. el derecho de dominio y la posesión del apto 701 del Edificio los Andes de la Transversal 43 No. 96-75 (hoy Carrera 62 No 96-75) de esta ciudad de Bogotá, correspondiente al folio de matrícula inmobiliaria No. 0000421714, transferencia que se realizará en un término de dos (2) años. “

En el citado documento el comprador JULIO ROBERTO SILVA CASTELLANOS se compromete a cancelar los impuestos con el fin de cumplir con la venta a la señora JUSTINA.

Así mismo en la cláusula duodécima del citado documento se lee:

“La señora Justina ya se encuentra en posesión material del apartamento”

A la fecha el obligado a cumplir el documento contrato de fecha 12 de abril de 1984, no ha cumplido con transferir la propiedad del apto 701 de la hoy Carrera 62 No.96-75.

4.- La poseedora del mismo, entró en crisis económica, a tal punto que el apartamento fue embargado por LA JURISDICCION COACTIVA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA, anotación 8 del certificado de libertad del folio 50C-411714, hecho ocurrido en el 2009.

5.- También da cuenta el certificado de libertad y tradición en la anotación 12 del folio 50C-411714, donde reza que también la embargó la copropiedad por el pago de cuotas de administración.

Todas las acciones judiciales se encuentran inscritas en contra de CONCEPCION MEDINA DE SILVA a pesar de que como ya se dijo ella falleció el 2 de julio de 1983.

b) TESTIMONIOS

1.- TESTIMONIO DE JUSTINA MEDINA CAÑON.-

En su testimonio rendido ante el despacho, la señora JUSTINA MEDINA CAÑON hace un recuento de la forma en que entró al apartamento, manifestando que su hermana le compró para ella el apto 701 de la Carrera 62 No. 96-75, junto con el depósito y la zona de parqueo señalado para el apartamento, pero que por problemas de tipo personal el apartamento quedó a nombre de CONCEPCION MEDINA DE SILVA, nos narra también con nostalgia que lamentablemente su hermana CONCEPCION, fallece en un accidente aéreo, en una avioneta de su propiedad en el mes julio de 1983.

Que desde el momento del fallecimiento de su hermana, su situación de vida cambió ya que ella era empleada de la hermana y de allí derivaba el sustento para ella y sus hijos.

Siguió viviendo en el apartamento pero las crisis económica la llevó a contraer obligaciones que no pudo cumplir; después varios años llegando a contraer deudas con las empresas de servicios públicos y con la administración.

En respuesta al interrogatorio manifestó que nadie compareció a ayudarle y que su cuñado JULIO ROBERTO SILVA CASTELLANOS en alguna oportunidad pago el impuestos, requisito que debía cumplir para transferirle la propiedad.

La posesión la ejerció de esta manera desde el año de 1983 y nadie le ayudó, para salir adelante, por el contrario la situación se agravó con los procesos, a tal punto que resolvió vender los derechos de posesión en el año de 2015.-

2.- DEL TESTIMONIO DE CAMILO JAIRO PEÑA RODRIGUEZ

El Abogado CAMILO JAIRO PEÑA RODRIGUEZ le manifiesta el despacho que en un principio fue contactado por la ADMINISTRACION del edificio para iniciar la acción ejecutiva en contra de la señora JUSTINA MEDINA CAÑÓN, como quiera que era deudora de varios años de cuotas de administración.

Que en razón a que la conocía aproximadamente desde el año de 1999, porque sus padres residían en el edificio Andes de la carrera 62 No. 96-75, le propuso que en lugar de que ella saliera del apartamento sin ningún peso, era mejor efectuar alguna negociación y con esto evitarse quedar físicamente en la calle; hasta este momento se enteró el Dr Peña que doña Justina Medina Cañón no era la titular de la propiedad si no la hermana fallecida.

Así las cosas, nos plantea la negociación a nosotros ANA MARLENY MURCIA DE LOPEZ y CARLOS ALBERTO LOPEZ PIRAQUIVE quienes le proponemos que en su condición de poseedora nos puede vender esos derechos de posesión y que nosotros a cambio le entregamos una casa en el Municipio de Chiquinquirá (Boyacá), dinero en efectivo y nos hacemos cargo de sus obligaciones adquiridas durante más de veinte (20) años de posesión.

3.- DEL TESTIMONIO DEL INGENIERO CARLOS ENRIQUE LAMUS OCHOA

El ingeniero CARLOS LAMUS le manifiesta al despacho también que conoce a la señor JUSTINA MEDINA CAÑON, desde hace varios años, ya que él reside en el mismo edificio objeto de este proceso y que realizó en el apartamento 701 de la carrera 62 No. 96-75 unos trabajos de remodelación por administración delegada, contrato suscrito en el año 2015, con ANA MARLENY MURCIA DE LOPEZ Y CARLOS ALBERTO LOPEZ PIRAQUIVE.

d.- CUADERNO 2 DE NULIDAD

Hago referencia a este cuaderno como quiera que comparece al despacho el señor JULIO ROBERTO SILVA CASTELLANOS pidiendo se decrete la nulidad de lo actuado dentro de este proceso de PERTENENCIA , toda vez que él es el propietario del apartamento objeto del proceso y que este bien le fue despojado, contradiciendo su dicho presentando el documento (promesa demcompraventa), que al principio mencioné, donde compra los derechos de la sucesión de su cónyuge CONCEPCION MEDINA DE SILVA a sus padres y en el mismo se compromete en el año de 1984 a firmarle la correspondiente escritura a favor de JUSTINA MEDINA CAÑON en un término de dos años.

El despacho después de analizar el escrito y de corroborar que el inmueble no ha formado parte, ni forma parte de bienes despojados, continúa con el proceso.

e.- CONCLUSIÓN

Tal como lo manifesté en mis alegatos de conclusión que se acogieran MIS PRETENSIONES, en el sustento inicial del recurso de APELACION, y ante el Honorable Tribunal una vez más solicito, se revoque la providencia del Juzgado Quinto Civil del Circuito que desestimó mis pretensiones y en consecuencia se declare que hemos adquirido por PRESCRIPCION ADQUISITIVA DEL DOMINIO el apartamento 701 de la Carrera 62 No. 96-75 de esta ciudad de Bogotá.

Considero importante tener en cuenta algunos aspectos como complementación al recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primera instancia proferido dentro del proceso de pertenencia

Por una parte no puede tenerse como premisa cierta de manera absoluta, la afirmación hecha por el a quo, relativa a que la señora JUSTINA MEDINA ni pago impuestos ni administración, pues su permanencia o ingreso al inmueble data de más de treinta años, y durante los primeros años pagó impuestos y administración, luego no se puede interpretar que su falta de pago constituye una circunstancia que desdibuje su condición de poseedora.

En efecto, debe tenerse en cuenta que los impuestos pagados como demandante, no corresponden a todos los años en que la señora JUSTINA habitó el inmueble, así como tampoco las cuotas de administración.

Ahora bien, así como NO se ha demostrado de modo alguno, que la situación económica de la señora JUSTINA fuera de solvencia y que su falta de pago fuera injustificada o deliberada, amen que ese NO es punto de controversia bajo la cuerda procesal.

¿como puede entonces denegarse o desconocerse su condición, o peor aún, sostener que no fueron consideradas las pretensiones, por el hecho de no haber podido pagar los rubros citados en los últimos años de su permanencia en el inmueble apto 701 , depósito y garaje asignado de la Carrera 62 No 96-75 de esta ciudad de Bogotá.?

Más aún, debe tenerse en cuenta que la ley no exige y menos aún lo puede hacer el administrador de justicia, el despliegue de conductas o comportamientos en los ciudadanos que les son materialmente imposibles de ejecutar, o imponer cargas económicas para hacer sostenible una condición jurídica que es eminentemente de carácter subjetivo, tal como la condición de poseedor, máxime si como en este caso, por el contrario las condiciones de la permanencia en el inmueble por parte de la señora JUSTINA, describen las características legales para estructurarse como tal, ostentando durante todo el tiempo de su ocupación del inmueble desde el año de 1983 hasta el 2015, una posesión permanente, pacífica, y reconocida además tanto por manifestación expresa del demandado mismo en prueba documental de negociación hecha entre ellos, y de los residentes en el edificio donde se halla el inmueble pretendido.

Es por ello, que mal podría exigirse la ejecución de obras de remodelación en el inmueble, si la poseedora en ocasiones no tuvo ni siquiera para poder cumplir con cargos tributarios y de administración, los cuales además en gala de su condición intentó superar mediante la celebración de acuerdos de pago en su condición de propietaria, los cuales lastimosamente no alcanzó a cumplir, dada su angustiosa situación económica.

No se puede desconocer por otra parte, que la poseedora JUSTINA MEDINA CAÑON, no obstante su condición de pobreza, efectuó todos los gastos de sostenimiento básico del inmueble, y éste fue encontrado, negociado y entregado en normal funcionamiento de sus servicios públicos.

Ahora bien, la ejecución de actos de señorío tienen que ver justamente con el ejercicio paralelo de otros derechos como la habitación en el inmueble hecha en condición reconocida a título de dueña por parte de todo el vecindario y sin oposición alguna, y menos aún de quien eventualmente podría pensarse en gracia de discusión que ostentaba legitimidad activa para demandarla.

Pensar que el hecho de no poder pagar oportunamente la administración y realizar obras civiles de mejoramiento o remodelación, desdibuja, interrumpe, o suspende su condición de poseedora es una interpretación del juzgado de instancia, inaceptable, injusta e ilegal, pues no existe disposición alguna en nuestra normatividad civil vigente que así lo establezca, luego la condición de poseedora de la señora JUSTINA MEDINA CAÑÓN , se estructuró y consolidó desde mucho tiempo atrás al acto de los respectivos derechos al demandante, y tal condición se solidificó y fortaleció año tras año, con actos inequívocos de señorío, como el pago de impuestos, administración, sostenimiento entre otros, luego vemos que la pluricitada posesión no puede ser desconocida ni llevar a otra decisión distinta que la del reconocimiento del advenimiento innegable de la prescripción adquisitiva de dominio en favor hoy del demandante, bajo la figura de suma de posesiones.

Ahora bien, debemos desentrañar el espíritu de la expresión USUCAPION, en este momento, para reforzar la convicción invencible del surgimiento del derecho cuya declaración se reclama hoy por el actor, en su cabeza e inicialmente en cabeza de la señora JUSTINA MEDINA CAÑÓN, con ocasión de la válida compra de dicho derecho.

Es así como vemos que la expresión viene del latín “ usucapio” (usucapionis - toma de un bien por uso - vocablo con un sufijo de acción -io (n), compuesto a partir de usus (uso, derecho de utilización y goce que alguien tiene sobre lo suyo), nombre de efecto o resultado del verbo uti (utilizar, usar, servirse de), y de la raíz de capere (coger, tomar, capturar).

La palabra usucapión remite a un concepto jurídico acuñado por el derecho Romano en virtud del cual alguien puede acceder a la propiedad de un bien claramente inscrito a nombre de otro, por haberlo usufructuado o disfrutado de su posesión durante un largo tiempo (plazo determinado por la ley), de buena fé y con un USO justo, sin que nadie lo haya reclamado como propio. La usucapión hunde sus raíces en las leyes de las XII Tablas (450 AC) y luego es ampliamente desarrollada en sus detalles por el Derecho Romano, siendo una figura jurídica que sobrevive hasta hoy.

Se privilegia así entonces, el ejercicio del derecho como poseedor, el USO, disposición y sostenimiento del inmueble, amén de la exteriorización del dominio mediante el disfrute material del mismo, el cual fue públicamente reconocido y nunca controvertido, luego la consecuencia de la ejecución continua de tales actos, por tanto tiempo lleva de la mano la certeza frente al abandono de sus derechos por parte del demandado, lo que de suyo impone una sanción legal que se materializa forzosamente en la declaración y reconocimiento de la poseedora JUSTINA MEDINA y del nuevo poseedor en suma de posesiones , el actor, para acceder como propietario único de los derechos reales de dominio del inmueble y su paralelo despojo de los mismos a quien en muy lejano tiempo fungiera como propietario.

f.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Artículo 60 de la Constitución Nacional

“ El estado promoverá, de acuerdo con la ley, el acceso a la propiedad.”

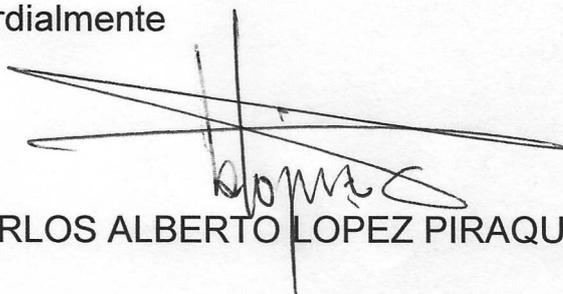
Artículos 673, 762, 981, 2512, 2531 a 2534 del Código civil

Artículo 375 del Código General del Proceso

Decreto 1250 de 1970 Ley 791 de 2002 Ley 1564 del 2012 y demás normas concordantes y consecuentes.

Considero de esta manera, suficientemente sustentado el recurso de alzada, e innecesario abundar en más razones para reiterar mi pedido de que se revoque la sentencia atacada y en su lugar se conceda mérito a las pretensiones de la demanda.

Cordialmente

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Carlos Alberto Lopez Piraquive', is written over a large, stylized signature graphic consisting of several overlapping lines.

CARLOS ALBERTO LOPEZ PIRAQUIVE

C.C. No. 19217798 de Bogotá

T.P. 52442 del C.S.J

calpiraquive@gmail.com

Señor

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

secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

con copia al correo electrónico des08ctsbtta@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. Email.

Referencia: DEMANDA ORDINARIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL de LINA MARCELA MÉNDEZ DÍAZ y otros, contra EDGAR APARICIO HIGUERA.

Radicado: 2012 – 624 – 01

(Radicado interno Juzgado 1 Civil del Circuito de Gacheta, Cundinamarca No. 2019-00033)

Asunto: SUSTENTACION RECURSO DE APELACIÓN.

JOHN JAIRO FLÓREZ PLATA, abogado en ejercicio, mayor y vecino de esta ciudad, identificado como aparece bajo mi firma, obrando en mí condición de apoderado judicial de la parte Demandante, dentro del término de traslado que establece el art. 14 del Decreto 806 de 2020, me permito presentar ante su Despacho **SUSTENTACIÓN AL RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto contra la sentencia proferida por el Juzgado 15 Civil del Circuito de Gacheta, Cundinamarca, de fecha 30 de abril de 2020 y notificada por el Juzgado 46 civil del circuito de Bogotá d.c., el día 13 de enero de 2021 por estado, que fue presentado ante la Juez A quo el día 18 de enero de 2021, en los siguientes términos:

Señala el fallador de primera instancia, que en el presente asunto nos encontramos ante una presunta responsabilidad civil extracontractual por hecho ajeno, como aquella frente a la cual solo se responde por lo que realiza la persona que estaba bajo la dependencia o control del demandado. No obstante, el despacho arribó a este único estudio, bajo el argumento de que el suscrito omitió plantear para el estudio de responsabilidad civil contractual mencionar que el presente asunto era responsabilidad civil contractual, cuando lo cierto es que precisamente la técnica jurídica planteada era manifestar como fuente de la obligación reclamada la responsabilidad civil a modo general para que en la litis se determinara atendiendo de manera preferente a la víctima cual era la responsabilidad que más le beneficiaba a esta, situación que a todas luces, resulta contraria al principio *iura novit curia* como aquel deber que tiene las autoridades judiciales de estudiar de manera integral los hechos, las pretensiones de la demanda y las pruebas que legalmente se recaudaron, con el fin de encaminar debidamente el proceso, evitándose cuestionar a las partes y al contrario atender el acceso efectivo a la administración de justicia en aras de reparar integralmente las suplicas de las víctimas conforme lo prevé la ley 446 de 1998.

En suma de lo anterior, consideró el Despacho que se debían desestimar las pretensiones de la demanda como quiera que no se encontraba probada la culpa y negligencia del demandado en el suministro del medicamento, descartando de esta forma de forma tajante, el estudio de los demás elementos de la acción indemnizatoria por responsabilidad civil extracontractual y el actuar imprudente y negligente probado de la persona que estaba bajo la dependencia o control del demandado mediante la **DROGUERÍA SANTAFÉ NORTE**; toda vez que, si bien puede ser cierto que los Demandantes hubieran podido tener una injerencia en la ocurrencia del hecho (lo cual no está probado) que ocasionó el daño en los dos

menores, no es menos cierto que la entidad que prestó el servicio desconoció de manera grave que para la dispensación de medicamentos existen protocolos que no se probaron existían, ni la capacitación debida a los trabajadores que participaron en el hecho dañoso y de paso se premió la irresponsabilidad inherente a sus funciones en un defectuoso suministro que se dio en el desempeño de sus labores.

Aunado al desconocimiento del fallador de primera instancia en atender el postulado de la buena fe, no sólo legal sino constitucional que depositan las personas que acceden al servicio prestado por la **DROGUERÍA SANTAFÉ NORTE**, máxime cuando se reputa a los trabajadores de esta entidad que son personas idóneas y realmente capacitadas con los conocimientos necesarios para vender, ofrecer, suministrar y despachar los medicamentos, (lo cual no se probó por el demandado) y no sus clientes, quienes la mayoría de las veces sólo están guiados únicamente por las fórmulas médicas que en muchas ocasiones son modificadas en las droguerías cuando se le manifiesta al cliente final que no existe tal medicamento ordenado pero si uno de similares características o compuestos al medicado que obviamente no tienen conocimiento de las posibles consecuencias adversas a medicamentos homólogos, no recetados o equivocados, pues en muchos casos los usuarios de estos establecimientos pueden ser analfabetas, como fue el caso de los abuelos de los menores.

- **Indebida aplicación del principio de derecho “iura novit curia”:**

En este estado, resulta inminente hablar y precisar, en primera medida, acerca del deber que tiene las autoridades judiciales de estudiar de manera integral el escrito de la demanda, con el propósito de evitar confusiones, muchas veces planteadas por las partes litigantes con el objeto de crear distracciones y obtener fallos inhibitorios o absolutorios.

El principio *iura novit curia*, es un principio procesal que da a los jueces facultades de traer normas de interpretación, normas procesales y principios que un Demandante o un Demandado hubieran podido dejar al juzgador, porque él los conoce, los aplica y es la autoridad designada en la búsqueda de la justicia material con el objeto de evitar una errónea la aplicación de tesis y una errónea decisión o, si se quiere decir en otras palabras, una denegación de justicia como quedó en este fallo de primera instancia.

Al respecto la **H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, en Sentencia STC6507 del 11 de mayo de 2017, Magistrado Ponente Ariel Salazar Ramírez**, en donde no sólo hace mención al citado principio, sino que explica claramente un caso similar, y expone tajantemente sobre la imprudencia de negar una indemnización probada bajo el argumento o excusa de que el actor se equivocó al señalar que escogía la acción de responsabilidad extracontractual, cuando la que en realidad de ajustaba era la de responsabilidad contractual. Así:

“Consideraciones que se encuentra desconocen no sólo el deber que tiene el juez de interpretar la demanda para desentrañar su genuino sentido cuando éste no aparezca de forma clara y de resolver de fondo la controversia puesta a su consideración; sino que además faltan al principio fundamental de que el funcionario judicial es el que define el derecho que debe aplicarse en cada proceso «iura novit curia» y no las partes, así como que el derecho a la impugnación.

Lo anterior, porque el Juzgador al definir el alcance de una demanda a fin de poder determinar el curso del litigio y la solución del mismo, ésta limitado únicamente a no variar la causa petendi, pero no así el derecho aplicable al juicio la denominación a la acción o tipo de responsabilidad,

dado que en virtud del principio iura novit curia las partes no tienen la carga de probar el derecho, salvo contadas excepciones como cuando se trata de derecho extranjero o consuetudinario.

De ahí, que los descuidos, imprecisiones u omisiones en que incurren los litigantes al invocar un tipo de responsabilidad –extracontractual o contractual- deben ser suplidos o corregidos por el juez, quien no se encuentra vinculado por tales falencias, sino a los hechos fundamento de las peticiones.”

En igual sentido sobre este principio, la **H. Corte Constitucional en Sentencia T-851 del 28 de octubre de 2010, Magistrado Ponente Humberto A. Sierra Porto** señaló:

“El principio iura novit curia, es aquel por el cual, corresponde al juez la aplicación del derecho con prescindencia del invocado por las partes, constituyendo tal prerrogativa, un deber para el juzgador, a quien incumbe la determinación correcta del derecho, debiendo discernir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando autónomamente, la realidad del hecho y subsumiéndolo en las normas jurídicas que lo rigen.

En consecuencia, el principio iura novit curia evita que el juez quede atrapado en los errores propuestos por las partes fundados en las normas desajustadas con la causa, pues al fallador le corresponde aplicar las normas jurídicas con prescindencia de los fundamentos que las partes enuncien, sin que pueda modificar el encuadre fáctico proveniente de la litis”.

En igual sentido, en **Sentencia T-577 de 14 de septiembre de 2017, Magistrada Ponente Diana Fajardo Rivera**, se aclaró:

La Corte Constitucional ha manifestado que en virtud del principio iura novit curia, corresponde al juez la aplicación del derecho con prescindencia del invocado por las partes, constituyendo tal prerrogativa un deber para el juzgador, a quien incumbe la determinación correcta del derecho, debiendo discernir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando autónomamente la realidad del hecho y subsumiéndolo en las normas jurídicas que lo rigen.

En la medida que la tutela es un recurso judicial informal que puede ser interpuesto por personas que desconocen el derecho, es deber del juez de tutela, en principio, analizar el caso más allá de lo alegado por el accionante. Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en consideración que “la jurisprudencia constitucional ha sido sensible en la aplicación de este principio a las condiciones materiales del caso. Así, por ejemplo, se asume y demanda del juez una actitud más oficiosa y activa en aquellos casos en los que la tutela la invoca un sujeto de especial protección constitucional o una persona que, por sus particulares circunstancias, ve limitado sus derechos de defensa. De igual forma, el juez no puede desempeñar el mismo papel si el proceso, por el contrario, es adelantado por alguien que sí cuenta con todas las posibilidades y los medios para acceder a una buena defensa judicial.”

Así pues, con todo respeto, resulta equivocado por el juzgador de primera instancia que hubiera desechado y descartado el estudio de la responsabilidad civil contractual antes de abordar el estudio de la responsabilidad extracontractual por parte del demandado, con fundamento en que *la parte actora no especificó en el escrito de la demanda en forma clara cuál era la clase de responsabilidad endilgada al demandado, si contractual o extracontractual.* Esto último, agravado por el hecho

de que con el relato de los hechos y las pretensiones, se percató y evidenció por el mismo despacho la celebración de un contrato de compraventa, que al haberse abordado el estudio de este caso como responsabilidad civil contractual que colocaba en mejor posición jurídica y procesal a la víctima, donde el causante del daño está en una posición jurídica donde debía entre otras probar que su personal estaba calificado, que existía un protocolo para el despacho de medicamentos, que ese protocolo se cumplió entre otras circunstancias que de no haberse presentado hubiera evitado a que se produjera la cadena de errores que conllevaron a la producción del daño, ya que no se puede hablar de error en el suministro, si no se hubiera presentado error en el despacho y entrega, para absolver totalmente como se hizo a la demandada, luego de abordar la responsabilidad civil extracontractual donde consideró el despacho que se debían desestimar las pretensiones de la demanda como quiera que no se encontraba probada la culpa y negligencia de forma exclusiva del demandado en el suministro del medicamento, afirmación que resulta contraria a lo probado dentro del proceso, toda vez que dentro de los documentos allegados evidencia el error primeramente de la negligencia en el suministro y la entrega del medicamento formulado por el médico tratante y solicitado vía telefónica a la **DROGUERÍA SANTAFÉ NORTE**, lo que prueba el nexo de causalidad entre el daño ocasionado a los menores con el medicamento ingerido y la acción culposa de la Demandada, ya que sin la venta errónea o negligente por la Demandada no se hubiera podido haber presentado la ingesta por los menores, siendo una consecuencia una de la otra, sin que hubiera podido existir la segunda como consecuencia de la primera.

- ***Indebida aplicación o falta de aplicación del principio de derecho constitucional de “buena fe” con que actúa cada una de las partes en una relación contractual o en la interacción del personal de la salud con la sociedad, los pacientes en general y en particular para el presente caso los menores que sufrieron el hecho dañoso.***

Al respecto la H. Corte Constitucional ha definido en reiterada jurisprudencia el principio de buena fe, y particularmente en **Sentencia C-131 del 19 de febrero de 2004, Magistrada Ponente Clara Inés Vargas Hernández**, así:

“El mencionado principio es entendido, en términos amplios, como una exigencia de honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que otorga la palabra dada, a la cual deben someterse las diversas actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares entre sí y ante éstas, la cual se presume, y constituye un soporte esencial del sistema jurídico; de igual manera, cada una de las normas que componen el ordenamiento jurídico debe ser interpretada a luz del principio de la buena fe, de tal suerte que las disposiciones normativas que regulen el ejercicio de derechos y el cumplimiento de deberes legales, siempre deben ser entendidas en el sentido más congruente con el comportamiento leal, fiel y honesto que se deben los sujetos intervinientes en la misma.

La buena fe incorpora el valor ético de la confianza y significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, sus efectos usuales, es decir, los mismos que ordinaria y normalmente ha producido en casos análogos. De igual manera, la buena fe orienta el ejercicio de las facultades discrecionales de la administración pública y ayuda a colmar las lagunas del sistema jurídico.”

Es pertinente resaltar que en el presente asunto, igualmente mis representados actuaron de buena fe, confiando legítimamente en los conocimientos que deben tener la personas que trabajan en este establecimiento de suministro de

medicamentos; máxime cuando los trabajadores de la entidad demandada se presumen idóneas y realmente capacitadas con los conocimientos necesarios para vender, ofrecer, suministrar y despachar los medicamentos, y no sus clientes, quienes la mayoría de las veces sólo están guiados únicamente por formulas médicas que en muchas ocasiones en las droguerías se les manifiesta que no existe el medicamento ordenado pero si uno de similares características o compuestos al medicado, y no tienen conocimiento de las posibles consecuencias adversas a medicamentos no recetados o equivocados, pues en diversos casos los usuarios de estos establecimientos pueden ser analfabetas.

En otras palabras, pueden llegar a ser personas sin los conocimientos básicos para distinguir entre un medicamento u otro, de ahí la especialidad de cada uno, puesto que un fallador mal puede cuestionar el conocimiento de una persona a otra, a manera de ejemplo, es diferente el concepto que puede tener sobre incluso un médico ginecólogo al de un médico optómetra, en determinada patología pues de ahí la necesidad de la especializada para confiar en uno o el otro, según sea la experiencia de su materia.

- **Falta de aplicación del artículo 2357 del Código Civil:**

Siguiendo esta tesis y sin que la afirmación o tesis que seguidamente se plantea constituya la aceptación de culpa alguna de parte de los demandantes ya que esta no está ni siquiera sumariamente probada, resulta totalmente equivocado que el juez de conocimiento se abstuviera de condenar al demandado, al menos proporcionalmente en un 50% en la medida de su incidencia de su participación con la causación del daño, amparándose vagamente en el argumento que ***“LA SOLA VENTA O ENTREGA EQUIVOCADA NO ES EL ORIGEN DEL PERJUICIO, PUESTO QUE AL EXPENDER O ENTREGAR UN MEDICAMENTO, QUIEN LO RECIBE DEBE VERIFICAR QUE LO COMPRADO SE AJUSTA A LO PEDIDO”***, endilgándole con esta afirmación, de forma exclusiva la responsabilidad y culpabilidad del hecho que provocó el daño únicamente a aquella persona que suministró el medicamento a los menores a quien no fue posible identificar si fue sus padres o los abuelos ambos grupos de personas analfabetas por lo menos de la materia, desconociendo que, si bien es cierto los Demandantes y víctimas pudieron tener alguna injerencia o grado de participación en la ocurrencia del hecho que ocasionó el daño al recibir un medicamento que no era y proceder a suministrarlo, no es menos cierto que se desconoció que la entidad que prestó el servicio de manera grave fue quien propició ello con la dispensación o entrega de un medicamento equivocado o no formulado, por cuenta se puede concluir de la capacitación que debían tener sus trabajadores, pues brilla por su ausencia prueba que demostrara que el personal de aquella época que intervino en el suministro y la entrega contaba con la capacitación, encubriendo su responsabilidad la cual inherente a las funciones propias de un personal capacitado en un defectuoso suministro que ocurrió en el desempeño de sus labores.

Este reproche a la sentencia guarda sustento en la falta de aplicación al presente asunto del artículo 2357 del Código Civil, por medio del cual ***la apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente.***

Así lo dijo la H. Corte Suprema de Justicia en **Sentencia SC-56742018, Magistrado Ponente Álvaro Fernando García:**

“Cuando el hecho lesivo es generado por la acción independiente de varias personas, sin que exista convenio previo ni cooperación entre sí, ‘pero de tal suerte que aún de haber actuado aisladamente, el resultado se habría producido lo mismo, entonces surge la hipótesis de la causalidad

acumulativa o concurrente, prevista en el artículo 2537 del ordenamiento civil, según el cual la apreciación del daño está sujeta a reducción cuando la víctima interviene en su producción por haberse expuesto a él de manera imprudente.

‘Tal coparticipación causal –ha sostenido esta Corte– conducirá a que la condena reparatoria que se le imponga al demandado se disminuya proporcionalmente, en la medida de la incidencia del comportamiento de la propia víctima en la producción del resultado dañoso’. (Sentencia de Casación Civil de 16 de diciembre de 2010. Exp.: 11001-3103-008-1989-00042-01).

Pero como la ley nada dice acerca del método ni el porcentaje que han de tenerse en cuenta para realizar esa reducción, es al juez a quien corresponde establecer, según su recto y sano criterio, y de conformidad con las reglas de la experiencia, en qué medida contribuyó la acción del perjudicado en la producción del daño.

Claro está que ese arbitrio iuris no puede confundirse nunca con la arbitrariedad, ni siquiera con un amplio margen de liberalidad o subjetivismo, toda vez que el mismo debe estar fundamentado en un objetivo examen de las pruebas que demuestren la participación de cada uno de los agentes y su incidencia en el desencadenamiento del daño. Esa cuantificación deberá realizarse, además, en términos de prudencia y razonabilidad, a fin de establecer la equitativa proporción que corresponde a cada uno de los autores del hecho lesivo (CSJ, SC del 9 de diciembre de 2013, Rad. N.º 2002-00099-01).”

En Sentencia de Tutela STC6507 del 11 de mayo de 2017, Magistrado Ponente Ariel Salazar Ramírez, resolvió un caso muy similar, en donde en efecto el fallador de primera instancia sin verificar si los hechos fundamentos de las pretensiones se probaban o no, señaló que no le era viable analizar de fondo el mismo y por ende denegaba las mismas, POR CUANTO EN LA DEMANDA CLARAMENTE SE HABÍA SEÑALADO QUE SE EJERCÍA LA «ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL», CUANDO LO PROCEDENTE ERA EJERCER LA CONTRACTUAL, EN TANTO QUE EL RECLAMO JUDICIAL SE DERIVABA DE UN INDEBIDO PROCEDER DE LA ENTIDAD FINANCIERA «EN LO ATINENTE AL CONTRATO COMERCIAL QUE LOS VINCULABA».

Así mismo, en aquel caso, el juzgador que conoció la apelación, también se denegó a resolver el asunto de fondo, por cuanto de la demanda, la parte no debatió que la acción que había interpuesto era la contractual, por lo que era incompetente para pronunciarse sobre dicho asunto y por ende, debía confirmar la decisión del a-quo.”

Así las cosas, ante la negativa de los falladores de primera y segunda instancia que conocieron del proceso, en la mencionada sentencia del **Magistrado Ponente Ariel Salazar Ramírez**, se expuso y aclaró frente al tema que:

(...) “De ahí, que los descuidos, imprecisiones u omisiones en que incurren los litigantes al invocar un tipo de responsabilidad –extracontractual o contractual- deben ser suplidos o corregidos por el juez, quien no se encuentra vinculado por tales falencias, sino a los hechos fundamento de las peticiones.

En tal sentido, la Corte indicó que, «en razón del postulado “da mihi factum et dabo tibi ius” los jueces no quedan sujetos a las alegaciones o fundamentos jurídicos expresados por el actor, porque lo que delimita la

acción y constituye la causa petendi no es la fundamentación jurídica señalada en la demanda –la cual puede ser muy sucinta y no tiene que coincidir con lo que el funcionario judicial considere que es el derecho aplicable al caso–, sino la cuestión de hecho que se somete a la consideración del órgano judicial». (CSJ SC13630-2015, 7 Oct. 2015, Rad. 2009-00042-01).

De tal manera que cuando una pretensión se soporta en una causa petendi (hechos) que puede encuadrarse en una responsabilidad contractual, el carácter único de la indemnización no puede negarse bajo la excusa de que el actor se equivocó al señalar que escogía la acción de responsabilidad extracontractual, calificación jurídica del instituto que lo regula. Semejante grado de injusticia e inequidad no ha sido jamás defendido por jurista alguno, ni mucho menos podría llegar a ser admitido por la jurisprudencia.”

Por las razones anteriormente expuestas, me permito dejar plasmados los reparos concretos que sustentan el **RECURSO DE APELACIÓN** invocado contra la sentencia proferida por el Juzgado 1 Civil del Circuito de Gacheta, Cundinamarca, de fecha 30 de abril de 2020 y notificada por el Juzgado 46 civil del circuito de Bogotá d.c., el día 13 de enero de 2021 por estado, que fue presentado ante la Juez A quo el día 18 de enero de 2021, para que en su lugar en esta sede de apelación los honorables magistrados accedan total o parcialmente a las pretensiones planteadas por las razones expuestas.

Para todos efectos téngase como dirección electrónica: director@contactolegal.com.co, donde recibiré las respectivas notificaciones de las actuaciones judiciales del presente proceso.

De su señoría, se suscribe



JOHN JAIRO FLÓREZ PLATA

C.C. 80.224.074 de Bogotá

T.P. 194.275 del C. S. J.

LISSY CIFUENTES SANCHEZ
Abogada

Honorables Magistrados

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA SALA LABORAL
Magistrada Ponente Dra. **LIANA AIDA LIZARAZO VACA**

Vía correo electrónico

secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Referencia: Responsabilidad Médica

Radicación : 2012-562

Demandante: Agustín Consuegra y otros

Demandado: CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN
y otros

LISSY CIFUENTES SANCHEZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 34.043.774 de Pereira, abogada en ejercicio con tarjeta profesional No 27.779 del C.S.J., actuando como apoderada judicial de CAFESALUD EPS En Liquidación, de acuerdo con los documentos que fueron remitidos al juzgado actuando dentro del término de ley, de manera respetuosa me pronuncio frente a la sentencia de instancia que condenó a mi representada.

Con fundamento en el principio que orienta la actividad procesal según el cual el juez debe buscar la verdad real y no limitarse a la verdad procesal, es que en este escrito adicionare los argumentos del recurso para profundizar sobre los aspectos probatorio que obran en el expediente y demostrar que no se encuentra probada la relación de causalidad directa entre el daño neurológico sufrido por el menor DILAN YAIR CONSUEGRA MARTINEZ y el parto atendido por la corporación IPS Saludcoop – Clínica Veraguas.

ME centraré en este escrito en lo relacionado con la relación de causalidad, entre el hecho y el daño ya que este último si se encuentra probado, mas no existe prueba fehaciente que indique que fue el supuesto retardo, el que lo originó .

1.- Esta probado que el niño nació sin deficiencias neurológicas.

Existe en el expediente el puntaje APGAR obtenido por el menor al momento de nacer, que marco entre 8 y 10, siendo 10 el máximo puntaje. Esto significa dentro de la literatura médica que el menor no presentaba ninguna deficiencia y que su estado era normal física y neurológicamente.

LISSY CIFUENTES SANCHEZ
Abogada

Cosa diferente es la infección que se produjo con posterioridad pero que tampoco esta demostrado que sea la causa de la deficiencia neurológica que padece el niño; esta infección fue superada y por eso al 5º. Día de hospitalización se le dio de alta.

2.- Contradicciones probatorias que se encuentran en el proceso

En el proceso se encuentra una contradicción entre el dictamen Técnico Forense. Y las declaraciones de los médicos ALVARO PEREZ MUÑOZ, EDUARDO FERNANDEZ VARELA, ALVARO JOSÉ LORENZO ORTIZ, GERMAN GONZALO SUAREZ RODRIGUEZ y JUAN BAUTISTA CORENA VASQUEZ.

Dice el perito de Medicina Legal en la conclusión (folio11):

"Conclusión: recién nacido con infección neonatal severa después de trabajo de parto prolongado con hipoxia perinatal, lo que derivó en secuelas neurológicas que deben continuar en manejo con fisioterapia, terapia del lenguaje terapia ocupacional y control semestral por neuropediatría".

De acuerdo con la historia clínica, no es cierto que el bebé hubiera tenido "hipoxia perinatal" durante el nacimiento. Lo que el bebé presentó fue una infección (corioamnionitis) que se produjo durante el trabajo de parto, pero esta infección NO es la causa del daño neurológico que después presentó el niño. Con esto se desvirtúa el nexo de causalidad.

Esto se confirma con las declaraciones de los especialistas que obran en el expediente:

Dr. GERMAN GONZALO SUAREZ RODRÍGUEZ, especialista en pediatría (folio 11):

"En este caso según describe la historia clínica, las condiciones del nacimiento del bebé no fueron de asfixia severa pues el recién nacido, lloró y respiro espontáneamente, no necesitó asistencia cardiorrespiratoria al nacer y la puntuación del APGAR (score o puntuación que mide la vitalidad al momento del nacer del recién nacido)"

Dr. JUAN BAUTISTA CORENA MARQUEZ, especialista en Pediatría (folio 12):

"...es un niño que nace en la CLINICA VERAGUAS el 6 de Julio de 2008 a las 12:50

LISSY CIFUENTES SANCHEZ
Abogada

meridiano, recién nacido a término, 39 semanas, con un peso aproximado de 3 kilos, nace por cesárea, la cual se realiza por ruptura prolongada de membranas y sospecha de sufrimiento fetal, recién nacido en buenas condiciones al nacimiento, pasa a alojamiento en conjunto con la madre. En la noche del 6 de Julio de 2008, se toman exámenes de laboratorio, al bebé, reportándose un hemograma con neutrofilia, y una PCR Positiva en 4.8 (indicador de infección) **Dado el resultado de laboratorio practicado al bebé y los antecedentes de infección de la mamá que era una CORIOAMNIONITIS indica hospitalización del bebé** en Unidad de Recién Nacidos de dicha clínica, el día 7 de julio de 2008, por riesgo infeccioso. Se le toman al bebé hemocultivos No. 2 y se inician antibióticos ampicilina y gentamicina, paciente asintomático durante su hospitalización en cuidados básicos, a las 72 horas se reportan hemocultivos negativos, indicación de que no hay infección activa en el bebé, se decide dar egreso”.

En esta declaración subrayo el hecho que la infección que padece el menor la sufría la mama, situación que no ha sido objeto de estudio en el fallo que se cuestiona.

Dr. JUAN BAUTISTA CORENA MARQUEZ, especialista en Pediatría (folio 13):

“El niño ingresa con un diagnóstico de recién nacido a término, parto cesárea por ruptura prolongada de membranas, madre con CORIOAMNIONITIS y potencialmente infectada, durante su hospitalización no se encontró otro diagnostico”.

Dr. ALVARO JOSÉ LORENZO ORTIZ, especialista en Cuidado Neonatal (folio 15):

“cuando nació el bebé tuvo un APGAR bueno de 8 a 10, no necesitó reanimación neonatal, solamente adaptación, (...) la mamá tenía una CORIOAMNIONITIS razón por la cual el bebé se hospitalizó por riesgo de sepsis, estuvo con antibiótico 72 horas o algo así. Y se dio salida con hemocultivos negativos y sin ninguna anormalidad hemodinámica, ni neurológica ni respiratoria, en el examen físico”.

2). ¿Entonces cuál fue la causa de la parálisis cerebral que presenta el niño?
No se conoce hasta el momento. **Pero lo que sí se puede afirmar, es que NO se produjo durante la atención del parto ni durante la hospitalización.**(negrillas propias)

Las declaraciones de los especialistas confirman lo anterior:

Dr. GERMAN GONZALO SUAREZ RODRÍGUEZ, especialista en pediatría (folio 11):

“Puede haber causas que se presenten antes, durante y después del nacimiento. Yo en este caso específico desconozco que le pudo haber sucedido a este bebé, puede haber tenido eventos traumáticos (golpes, sacudidas) pero no en el momento de nacer, realmente no puedo decir en qué momento este bebé tuvo el

LISSY CIFUENTES SANCHEZ
Abogada

daño". Otras de las causas son las lesiones de tipo vascular que pueden ser congénitas, como hemorragias o infartos cerebrales que se pueden presentar en cualquier momento de la vida de cualquier persona. Otras causas de muerte de neuronas son eventos metabólicos como hipoglicemias que este bebé no presentó durante la hospitalización en ningún momento y puede haber muchas otras causas, inclusive que no sean de origen neurológico son de tipo cardiovascular o hemodinámica o respiratorias que puedan llevar a afectar la oxigenación del cerebro. Y en el nacimiento de un bebé la asfixia severa que también es un evento de lesión neurológica. En esta caso según describe la historia clínica, las condiciones del nacimiento del bebé no fueron de asfixia severa pues el recién nacido, lloró y respiro espontáneamente, no necesitó asistencia cardiorrespiratoria al nacer..."

Dr. GERMAN GONZALO SUAREZ RODRÍGUEZ, especialista en pediatría (folio 12):

"En la mayoría de los recién nacidos que sufren alguna lesión neurológica o trauma durante el parto, estos se pueden evidenciar desde el momento en que nacen o en las siguientes horas o días después del nacimiento. Específicamente los recién nacidos con daño neurológico requieren ayuda durante la transición de la vida fetal a la vida extrauterina al momento de nacer. El bebé estuvo hospitalizado cinco días. En el examen físico inicial del recién nacido se pueden detectar alteraciones motoras o el bebé puede presentar síntomas neurológicos como alteración del estado de conciencia, dificultades para la alimentación, o incluso movimientos anormales como convulsiones. Ninguna de estas cosas observamos en el bebé en los días en que estuvo hospitalizado"

Dr. ALVARO JOSÉ LORENZO ORTIZ, especialista en Cuidado Neonatal (folio 15):

""A todos los pacientes de la UCIN se les practica diariamente el examen físico minucioso para determinar la presencia o no de anomalías, por eso se llama evolución. En la evolución, que está registrada en la documentación que se anexó no está consignada ninguna anomalía en el examen y este examen es un examen de naturaleza clínica donde se evidencian anomalías de tono, fuerza y neurodesarrollo, así como los signos vitales, la oximetría, el estado hemodinámico, la ventilación del paciente, la succión, la deglución, etc."

De acuerdo con lo transcrito se concluye lo siguiente:

- 1. El recién nacido no presentó hipoxia perinatal durante el nacimiento.*
- 2. El daño neurológico que actualmente presenta el menor se produjo con posterioridad a la hospitalización y no fue ocasionada durante esa atención.*

LISSY CIFUENTES SANCHEZ
Abogada

3. No existe nexo de causalidad entre el daño neurológico que presenta el menor y la atención recibida en el parto.

3.- Análisis de la parte resolutive del fallo:

En la sentencia se lee lo siguiente:

(...)

TERCERO: DECLARAR que CAFESALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A. EN LIQUIDACIÓN Y LA CORPORACIÓN SALUDCOOP IPS CLINICA VERAGUAS son civil y solidariamente responsables por las fallas en la prestación del servicio médico brindado al neonato DILAN YAIR CONSUEGRA MARTINEZ quien, por no haber recibido atención oportuna durante su nacimiento, le género una deficiencia neurológica que afectará su motricidad de carácter permanente. Lo anterior de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído"

Tal como se aprecia en la historia clínica el menor nació en perfectas condiciones, se insiste en la prueba APGAR, que está en los niveles normales, de igual manera, la infección fue posterior y además la presentaba la madre, pero se superó en el 5º. Días, solo con posterioridad se vino a detectar el daño neurológico.

La decisión no está fundamentada en la relación de causalidad entre los sucedido en el parto y el daño neurológico sufrido por el menor, sino que por el contrario deriva la responsabilidad de CAFESALUD EPS En Liquidación en la "falta de atención oportuna". Lo cual tampoco es cierto ya que la cesárea se realizó en los tiempos establecidos para un parto; no se puede olvidar que hay partos prolongados y no por ello se producen estos daños; la gestación era de 39 semanas o sea en el término normal.

Con estas falencias probatorias y conceptuales, se condenó a mi representada no solo al pago de perjuicios morales y patrimoniales, sino además, a una renta vitalicia, que dada la edad del menor es incalculable también por la expectativa de vida que el tenga.

No se quiere con esto ser insensible ante el dolor que sufren los padres por la situación de su hijo, pero tampoco se puede dejar pasar, que sin evidencia científica se profiera una condena de esta magnitud.

PETICIÓN:

Al no existir prueba que demuestra la relación de causalidad entre el parto y el daño neurológico sufrido por el menor solicito a los Honorables Magistrados

LISSY CIFUENTES SANCHEZ
Abogada

REVOCAR el fallo de instancia y absolver a mi representada .

Insisto en que se debe buscar la verdad real en este caso para lo cual los Honorables Magistrados pueden hacer uso de las facultades oficiosas que la ley les confiere.

En estos términos dejo planteados mis alegatos y sustentación del recurso.

CUMPLIMIENTO DECRETO 806 DE 2020:

Revisada la demanda, manifiesto al despacho que en ella no se encuentran los correos electrónicos de los demandantes, razón por la cual es imposible remitirles la copia de este escrito.

Anexos

Pese a que se remitieron con anterioridad, adjunto nuevamente Poder, escritura Pública para demostrar mi derecho de postulación.

Atentamente,



LISSY CIFUENTES SANCHEZ

C.C. 34.043.774 de Pereira

T.P. No. 27.779 del C.S.J

LISSY CIFUENTES SANCHEZ
Abogada

Calle 12 C No. 8-39. Edificio Sabana Royal piso 4º.
Correo electrónico: lissy_cifuentes@yahoo.es
Celular: 310-2438964

Honorables Magistrados
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C.
SALA CIVIL
La ciudad
E. S. D.

*Atte: Honorable magistrado Dr(o) **CARLOS AUGUSTO ZULUAGA RAMIREZ***

*Ref: Verbal de pertenencia **110013103019200190011601***
Demandante: Luis Alberto Rubiano González
Demandado: Martha Cecilia Mujica Duarte

*Asunto: **RECURSO DE REPOSICION CONTRA EL AUTO DE FECHA 15 DE JUNIO DE 2021.***

***JAIME RODRIGUEZ MEDINA**, mayor y vecino de esta ciudad, identificado con la cédula de ciudadanía N°79.982.236 de Bogotá y portador de la T.P. No.213946 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando como apoderado del señor **LUIS ALBERTO RUBIANO GONZALEZ** demandado dentro del presente proceso, encontrándome dentro del término de ley, por medio del presente escrito me permito presentar **RECURSO DE REPOSICION CONTRA EL AUTO DE FECHA 15 DE JUNIO DE 2021**, por medio del cual el Despacho resolvió un pedimento elevado por el suscrito*

Recurso que sustento de la siguiente manera:

El auto objeto de ataque a través de la presente repulsacion que debe revocarse en su totalidad y/o aclararse y/o modificarse, veamos porque:

*a) En los escritos radicados por el suscrito, el pasado 11 de junio del corriente año, del contexto allí plasmado, **NUNCA** se solicitó suspensión alguna del proceso por parte del suscrito, únicamente se hizo referencia al inconformismo y no aceptación al fallo de tutela proferido por la Corte Suprema de Justicia- Sala Civil y, su*

*impugnación a dicho fallo, como a la posible petición ciudadana del afectado e insistir a través de la procuraduría General de la Nación, con el objeto de que la Corte Constitucional **SELECCIONE** esa tutela y, emita una orden de suspensión de tal sentencia, por lo que en numeral segundo del auto de ataque no guarda consonancia y concordancia con manifestado y lo resuelto por el Despacho.*

*b) En el escrito que data 15 de junio de 2021, dirigido al señor secretario del Tribunal Superior de Bogotá, se le pone en conocimiento que los **archivos por el remitidos vía correo**, ninguno de ellos contiene el **escrito de reparos presentados por la pasiva ante el juzgado de primera instancia**, de los cuales se le **reenvió** haciéndole caer en cuenta que tales solicitudes eran las mismas que realizó la togada con posterioridad al auto que admitió el recurso de apelación (16 de diciembre de 2020), donde tal profesional solicito en esa oportunidad, (1. corrección del registro de anotaciones, 2) indicando que los reparos a la sentencia eran los que había sustentado y presentado ante el juzgado 19 civil del circuito de Bogotá, 3) recurso de reposición contra el auto que declaro desierto el recurso de apelación), *es decir honorable magistrado, en el auto que se ataca y que paso por alto su señoría, no guarda consonancia con la realidad procesal, pues lo resuelto en el numeral 3, fue una situación pasada ya resuelta por la secretaria del Tribunal y, lo que sucedió fue una **confusión de los escritos, que al ser reenviados (como archivo adjunto no como peticiones) por el suscrito, se reitera para hacer caer en cuenta al señor secretario que allí no se encontraba ningún escrito de reparos contra la sentencia por la parte demandada (los mismos que me envió el secretario el día 11 de junio de 2021), VER CORREOS DE FECHA 11 DE JUNIO DE 2021 Y ESCRITO DE FECHA 15 DE JUNIO DEL MISMO AÑO**, estos escritos (archivos adjuntos), la secretaria del tribunal en un grave error involuntario, los ingreso**

como PETICIONES, lo cual no es cierto, como ya se explicó, tan solo se reenviaron los mismo archivos remitidos por la secretaria el día 11 de junio de 2021, como prueba de que ninguno de ellos correspondía al escrito de reparos radicado por la pasiva ante el juzgador de primera instancia.

c) Frente a lo resuelto por esta Magistratura en el numeral primero, de igual forma honorable magistrado, lo resuelto no se encuadra a la realidad procesal y, que vulneraría el derecho a la defensa y debido proceso de la parte que represento, para mayor claridad de esta Honorable Sala de decisión, me permito relacionar las siguientes actuaciones y situaciones fácticas ocurridas en el proceso desde que se dictó sentencia de primera instancia:

ACTUACIONES JUZGADO 19 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA

- 1. Se dictó sentencia (escrita) de primera instancia el día 29 de septiembre de 2020.*
- 2. El día 12 de noviembre del mismo año, se concede el recurso de apelación contra la sentencia, recurso interpuesto por la pasiva (Escrito de reparos que no conozco ni fue puesto en conocimiento ni por la parte demandada (art.78 C.G.P.), ni por el Despacho), además bajo el contexto que el mismo se sustentaría ante el superior y que del mismo se me correría traslado).*
- 3. Proceso remitido al tribunal superior oportunamente.*

ACTUACIONES TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA

- 1. El día 16 de diciembre de 2020, se admite el recurso de apelación y se dispone correr traslado a la parte apelante por el término de cinco días y, vencidos a la parte contraria (Es decir al*

suscrito, siempre y, cuando la parte apelante presente tal sustentación, lo que no ocurrió), razón por la cual no se hizo uso del derecho a la réplica.

2. Los días 25 y 26, de ese mismo mes, la parte demandada, presenta dos escritos (estos fueron los que me remitió el secretario del tribunal el día 11 de junio de 2021 y, los que ingreso como peticiones al Despacho por error lo que genero parte del auto que se está atacando por este medio), en tales escrito la togada de la enjuiciada solicitaba e indicaba en esa dada que “El recurso había sido sustentado en primera instancia” y “ Se aclarara o corrigiera la anotación de las actuaciones”, se reitera del supuesto recurso de apelación y sus reparos radicados en primera instancia por la parte demandada no tengo conocimiento, ni se me corrió traslado de tal sustentación (primera instancia), téngase en cuenta su señoría que en segunda instancia no se sustentó nada por la encartada, razón por la cual se le declaro desierto el recurso.

3. El día 29 de junio de 2021, al no ser sustentado el recurso de apelación por la pasiva, se declaró desierto dicha alzada.

4. El 02 de febrero de 2021, la pasiva interpone recurso de reposición contra dicho auto, el cual no se repone por esta corporación, mediante providencia de fecha 05 de abril del mismo año.

5. En virtud a la acción de tutela, presentada por la pasiva y lo resuelto por la Corte Suprema de justicia, esta Colegiatura determino obedecer y cumplir lo resuelto por el Juez Constitucional, reponiendo el auto de fecha 29 de enero de 2021, por medio del cual se declaró desierto el recurso de apelación.

Ahora bien, honorable magistrado, en resumen cual es la situación fáctica que se presenta y de la cual se plantea el inconformismo con lo resuelto; **Por la orden de tutela, se ordenó tener en cuenta los REPAROS** presentados por la pasiva en primera instancia, de los cuales como ya se ha indicado, NUNCA fueron puestos en conocimiento del suscrito ni por la parte demandada ni por el Despacho 19 civil del circuito de Bogotá, téngase en cuenta que son con estos reparos, con los que se va a desatar la alzada.

Pues lo único que radico la pasiva en este tribunal fue indicar que “los reparos eran los sustentados en primera instancia” de los cuales no tengo conocimiento ni fueron puestos a mi disposición para ejercer el derecho de réplica, tal como se explicó en los numerales anteriores.

Manifiesta el Despacho que en el auto de fecha 16 de diciembre de 2020, se dispuso correr traslado para que la parte apelante hubiera presentado los reparos contra la sentencia de primera instancia y se dispuso correr traslado al extremo contrario **“de los reparos presentados”**, **CUALES REPAROS PRESENTADOS**, honorable magistrado, si en segunda instancia la parte demandada no presento nada, y los reparos de primera instancia (los que reclamo), por el recuento historial ocurrido en primera instancia, y, que se desconocía lo que ocurriría posteriormente en segunda instancia y, el fallo de tutela), **no HAN SIDO PUESTO EN CONOCIMIENTO DEL SUSCRITO NI SE ME HA CORRIDO TRASLADO, ESTO ES, LOS REPAROS OBRANTES Y PRESENTADOS ANTE EL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA PARA EJERCER MI DERECHO A LA REPLICA, PUES ES CON ESOS REPAROS QUE DEBERA DECIDIRSE ESTE PROCESO.**
(La negrilla y subrayado fuera del texto del tribunal)

PUES EL ESCRITO DE REPAROS DE PRIMERA INSTANCIA, NO LO CONOZCO, NI ME FUE PUESTO EN CONOCIMIENTO POR LA PASIVA NI POR EL DESPACHO DE PRIMERA INSTANCIA, NI POR ESTE TRIBUNAL, Y POR GARANTIA DEL DEBIDO PROCESO DEBE PONERSEME EN CONOCIMIENTO Y CORRERME TRASLADO PARA EJERCER MI DERECHO A LA REPLICA.

*Ahora bien, deponia en su oportunidad la tutelante –representate judicial de la pasiva en sede de tutela, que se le violaba su debido proceso, igualdad y otros derechos, al haberse declarado desierto el recurso, pero olvida la togada “**Y es que, recuérdese, el debido proceso no está instituido solamente a favor del extremo impugnante, sino que también es derecho de la contraparte oír cuáles son los fundamentos que sustentan la apelación para así poder darle réplica a través de sus contraargumentos, prerrogativa esta que sólo se colma cuando quien descurre el traslado del medio impugnativo vertical puede, lo mismo que los operadores judiciales, escuchar la sustentación que al efecto se realice en la audiencia que previamente fue fijada para así obrar...”.** (Sentencia Tutela N° STC13606-2018 Magistrada ponente Dr(a) Margarita Cabello Blanco C.S.J.) (Aparte de dicha sentencia subrayado y con negrilla fuera del texto original).*

Por lo anterior, solito a esta Honorable Sala se revoque, el auto objeto de reposicion, tomen los remedios procesales a que haya lugar, para que se me corra traslado del supuesto recurso o reparos presentados por la pasiva en primera instancia, a efectos de ejercer el derecho a la replica, en garantia del debido proceso que le asiste de igual forma a la parte que represento.

Cordialmente,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Jaime Rodriguez Medina', with a horizontal line extending to the right.

JAIME RODRIGUEZ MEDINA
C.C.79.982.236 de Bogotá
T.P.213946 del C. S. de la J.



Ricaurte Saavedra Gaona



Universidad del Rosario

*Abogado Especializado
Civil Familia Laboral Penal*

1

Doctor

JUAN PABLO SUAREZ OROZCO

HONORABLE MAGISTRADO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.

SALA CIVIL

E. S. D.

REF: PROCESO EJECUTIVO 11001 3103 020 2018 00545 00

**DEMANDANTE.
DEMANDADOS.**

**NON PLUS ULTRA S.A.
SANDRA VERÓNICA ACERO RODRÍGUEZ Y
NÉSTOR VICENTE BUSTOS REYES.**

ASUNTO: SUSTENTO RECURSO APELACIÓN

Honorables Magistrados;

RICAURTE SAAVEDRA GAONA, Colombiano, Mayor De Edad, Domiciliado Y Residenciado En La Ciudad De Bogotá D.C., Identificado Con La **Cédula De Ciudadanía N.º 19.492.877**, Expedida En La Ciudad De Bogotá D.C., Abogado Titulado Y En Ejercicio De La Profesión, Con **Tarjeta Profesional N.º 137.954**, Expedida Por El C. S. De La J., Obrando En Mi Calidad De Apoderado Judicial De La Demandada, La Señora **SANDRA VERÓNICA ACERO RODRÍGUEZ**, Mediante El Presente Escrito, Manifiesto Respetuosamente A Los Honorables Magistrados, *Que De Conformidad A Expresas Instrucciones De Mi Representada Y Encontrándome Dentro Del Término Legal Previsto Para El Efecto, Llego Ante El Despacho A Su Digno Cargo, Con El Objeto De* **SUSTENTAR RECURSO DE APELACIÓN** Interpuesto Contra La Sentencia De Primera Instancia Proferida Por El Juzgado Veinte (20) Civil Del Circuito De La Ciudad De Bogotá D.C., De Fecha Veintitrés (23) De Marzo De Dos Mil Veintiuno (2021), Para Que La Misma Sea Revocada En Todas Sus Partes, Esta Providencia Fue Notificada En Estrados;

LA SENTENCIA RECURRIDA

ANTECEDENTES;

1. La Sociedad **NON PLUS ULTRA S.A.**, Mediante Apoderado Judicial Presento Demanda Ejecutiva En Contra Del Señor **NÉSTOR VICENTE BUSTOS REYES** Y La Señora **SANDRA VERÓNICA ACERO RODRÍGUEZ**,



Ricuarde Saavedra Gaona



*Abogado Especializado
Civil Familia Laboral Penal*

Con El Fin Se Librara Mandamiento Ejecutivo En Favor De La Precitada Sociedad Y En Contra De Los Demandados.

2. Como Pretensiones, La Sociedad **NON PLUS ULTRA S.A.**, Solicitó Al Despacho Se Procediera A Librar Orden De Pago Por;
 - A. La Suma De **Ciento Treinta Y Cuatro Millones Doscientos Tres Mil Noventa Y Un Pesos (\$134.203.091.00 MLC)** Por Concepto Del Capital Incorporado En El Titulo Valor Adjunto, Pagaré.
 - B. Por La Suma De **Setenta Y Cinco Millones Setecientos Ochenta Y Ocho Mil Ciento Quince Pesos (\$75.788.115.00 MLC)**, Por Intereses De Financiación.
 - C. Por El Valor De Los Intereses Moratorios Correspondientes A La Suma De Los **Ciento Treinta Y Cuatro Millones Doscientos Tres Mil Noventa Y Un Pesos (\$134.203.091.00 MLC)** Liquidados A La Tasa Máxima Legal Del Interés Permitidos Legalmente.
 - D. Condenar A Los Demandados En Gastos Y Costas Del Proceso.
3. Correspondiéndole Por Reparto Al **Juzgado Veinte (20) Civil Del Circuito De La Ciudad De Bogotá D.C.**, El Despacho Procedió A Librar Orden De Pago por La Vía De Efectividad De La Garantía Mobiliaria De Mayor Cuantía En Favor De La Sociedad **NON PLUS ULTRA S.A.** Y En Contra De Los Demandados **SANDRA VERÓNICA ACERO RODRÍGUEZ** Y El Señor **NÉSTOR VICENTE BUSTOS REYES** Por;
 - A. Las Suma De **Ciento Treinta Y Cuatro Millones Doscientos Tres Mil Noventa Y Un Pesos (\$134.203.091.00 MLC)** Por Concepto Del Capital Insoluto Contendida En El Pagare Base De La Ejecución.
 - B. La Suma De **Setenta Y Cinco Millones Setecientos Ochenta Y Ocho Mil Ciento Quince Pesos (\$75.788.115.00 MLC)** Por Concepto De Intereses De Plazo.
 - C. Decretó Embargo Y Secuestro Del Automotor Con Garantía Mobiliaria Al Tenor Del Art 468 Numeral 2º. Del C.G. Del P.
4. Notificada La Demanda A Mi Poderdante Se Procedió A Dar Contestación A Esta En Los Siguietes Términos;
 - A. En Cuanto A Los Hechos Mismos De La Demanda Se Procedió A Manifestar Que No Son Ciertos Los Hechos Correspondientes A Los Numerales 1, 2, 3, Y 9.
 - B. Se Procedió A Manifestar Que Son Ciertos Los Hechos Correspondiente A Los Numerales 5, Y 10 De La Precitada Demanda.
 - C. Se Procedió A Manifestarse Que Son Ciertos Parcialmente Los Hechos Correspondientes A Los Numerales 4, 6, 7 Y 8 De La Demanda.
 - D. En Cuanto A Las Pretensiones De La Demanda Nos Opusimos A Todas Y Cada Una De Ellas Por Cuanto No Correspondía A Lo Pactado



Ricuarde Saavedra Gaona



*Abogado Especializado
Civil Familia Laboral Penal*

Originalmente Con La Empresa Non Plus Ultra S.A. y Se Solicita Al Despacho No Condenar En Costas A Mi Poderdante.

E. Se Presento La Excepción De Merito De Cobro De Lo No Debido.

Veamos La Parte Resolutiva:

5. Agotado El Trámite Procesal Correspondiente, La Honorable Juez Veinte (20) Civil Del Circuito Procedió A Dictar Sentencia Manifestando Lo Siguiente;

PRIMERO: Declarar Parcialmente Probada La Excepción De Cobro De Lo No Debido En Punto Del Cobro De Intereses De Plazo Propuesto Por La Parte Demandada Conforme A La Parte Motiva Del Presente Proceso.

SEGUNDO: Seguir Adelante Con La Ejecución En Contra De Los Demandados Atendiendo Para Ello La Orden De Pago Librado En Su Contra Por El Juzgado Veinte (20) Civil Del Circuito, Salvo En Lo Que Se Refiere Al Numeral Segundo (2º) El Cual Será Revocado.

TERCERO: Se Ordena Practicar La Liquidación Del Crédito En Los Términos Previstos En El Artículo 446 Del C.G. Del P. Imputando Como Abono Las Consignaciones Que Fueron Relacionadas Por La Parte Demandada Y Realizados Con Posterioridad A La Presentación De La Demanda Y Hasta El Momento Que Se Realice La Liquidación Respectiva.

CUARTO: Condenar A La Ejecutada A Los Pagos De Costas De Este Proceso En Una Proporción Del Sesenta (60%) Por Ciento, Los Cuales Deberán Tasarse Incluyendo Como Agencias En Derecho El Equivalente Al Seis (6%) Por Ciento De La Obligación Reclamada, Esto Es La Suma De Ocho Millones Cincuenta Y Dos Mil Ciento Ochenta Y Seis Pesos (\$8.052.186.00 MLC).

QUINTO: Ordenar El Avalúo Y Posterior Remate De Los Bienes Embargados Para Que Con Su Producto Se Pague El Crédito Y Las Costas Procesales A Cargo De La Parte Demandada, De Existir Títulos De Deposito Judicial Constituidos Por Cuenta Del Presente Proceso, Procédase A Su Entrega En Favor De La Parte Demandante Hasta La Concurrencia Del Crédito Y Las Costas Procesales Que Resulte Aprobadas En La Presente Decisión.

SEXTO: La Presente Decisión Es Notificada En Estrados.

PETICION

Así Las Cosas Y Sustentado Dentro Del Término Legal, Muy Respetuosamente Le Solicito A Los Honorables Magistrados Del Tribunal Superior De La Ciudad De Bogotá D.C., REVOCAR Y Dejar Sin Ningún Efecto, La Sentencia Proferida Por El Juzgado Veinte (20) Civil Del Circuito De La Ciudad De Bogotá D.C., De Fecha Veintitrés (23) De Marzo De Dos Mil Veintiuno (2021), Y En Su Defecto No Atender La Peticiones Impetradas Por La Parte Demandante Dentro



Ricuarde Saavedra Gaona



*Abogado Especializado
Civil Familia Laboral Penal*

Presente Proceso Por Las Razones De Hecho Y De Derecho Que Se Plantearan A Continuación.

4

SUSTENTACION DEL RECURSO

Las Inconformidades Básicamente Se Encuentran Sustentadas En La Interpretación Extensiva Que Le Otorgo La A Quo A Las Pruebas Documentales Presentadas Por La Parte Demandante Sin Llegar A Un Estudio Profundo De Las Mismas Y Que Estas Tuvieran Concordancia Con El Escrito Mismo De La Demanda.

La Honorable Juez De Primera Instancia En La Parte Considerativa De La Sentencia Se Extiende Manifestando Que Existe Una Confesión Ficta De Mi Poderdante, Sin Prueba Alguna Que Así Lo Sustente, Manifiesta Que La Señora **SANDRA VERÓNICA ACERO RODRÍGUEZ** Autorizó Los Pagos Que Esta Hiciera Al Crédito Número 12781 Otorgado Por La Demandante La Sociedad **NON PLUS ULTRA S.A.**, Pagos Estos Que Fueron Aplicados Por La Demandante De Forma Unilateral Y Sin La Debida Autorización De Mi Poderdante A Créditos Que Ya Poseía El Señor **NÉSTOR VICENTE BUSTOS REYES**.

Ahora Bien, Si Se Trata De Una Confección Ficta Como Lo Expresa La A Quo, La Misma Se Cae De Su Propio Peso, Cuando En La Audiencia La Doctora **YENNI CAROLINA BUTRAGO CASTILLO**, Representante Legal Para Asuntos Judiciales De La Sociedad **NON PLUS ULTRA S.A.**, Al Absolver El Interrogatorio De Parte Declaro Que Mi Poderdante No Solo Es La Propietaria Del Vehículo Objeto De La Negociación, Sino Además, Es Deudora Solidaria Con El Señor **NÉSTOR VICENTE BUSTOS REYES**, Igualmente Menciona Que La Señora **SANDRA VERÓNICA ACERO RODRÍGUEZ** No Posee Ni Ha Poseído Otro Crédito Con La Sociedad Demandante.

No Obstante Lo Anterior, La Doctora **BUTRAGO CASTILLO** En La Respuesta Que Le Diera A La Pregunta Número Doce (12) “Manifieste Como Es Cierto Si O No Que La Señora **SANDRA VERÓNICA ACERO RODRÍGUEZ** En Ningún Momento Autorizo Que Los Dineros De Las Cuotas Canceladas Fueran A Pasar A Otros Créditos” Manifestó **“Es Cierto, Ella Nunca Lo Autorizo, Esa Fue Una Aplicación Que Se Hizo Al Interior De Non Plus Ultra”**, Con Ello **Se Confirma Que Mi Poderdante Nunca Autorizo Consignar Dineros Correspondiente A Las Cuotas De Su Vehículo Para créditos del señor NÉSTOR VICENTE BUSTOS REYES.**

Las Consignaciones Siempre Fueron Efectuadas Por Mi Poderdante O En Su Defecto Por Su Secretaria La Señora **HEYDI ROCÍO CASTAÑEDA** Quien Era La Encargada De Mantener Al Día Este Crédito.

En Este Contesto La Juez De Primera Instancia Acudió Al Principio De Autonomía Para Explicar Que La Señora **SANDRA VERÓNICA ACERO** Si Había Autorizado Realizar Pagos A Créditos Del Señor **NÉSTOR BUSTOS** Sin Tener En Cuenta Lo Siguiente;

El Art. 19 De La Constitución Nacional Reconoce La Autonomía Personal, Porque La Libertad Importa Autodeterminación. Toda Limitación Es De Interpretación Restrictiva. Por Ello, Este Argumento Impide Al Estado Dictar



Ricuarde Saavedra Gaona



*Abogado Especializado
Civil Familia Laboral Penal*

Regulaciones Que Anulen La Posibilidad De Contratar, Pero No Que Se La Limite Para Que Sea Ejercida En Un Marco De Sociabilidad. Ello Justifica ***Restricciones Basadas En La Buena Fe, En El Abuso Del Derecho, Y En El Plano Constitucional La Derivada Del Ejercicio De Otros Derechos Fundamentales***

Norberto Bobbio Señala Que, En Kant, El Sentido Liberal De La Libertad Se Define Como La Ausencia De Contenidos, En El Sentido En Que Hace Lícita La Conducta De Quien Actúa, Siempre Y Cuando No Transgreda Los Límites Impuestos Por La Esfera De “Lo Prohibido”. En Este Orden De Ideas, “El Principio De Libertad Se Vuelve La Regla, Y La Prohibición, La Excepción: Todo Lo Que No Está Prohibido Está Permitido” (Bobbio, 1992, Pp. 85-88). En Palabras Del Citado Bobbio, El Concepto De Libertad Definido Por El Liberalismo Político Carece De Todo Contenido Sustancial, Ya Que Actúa O Trabaja Como Una Especie De “No Opresión”, Dado Que Es El Individuo, El Hombre, El Ser Humano Libre A Quien Compete, Que No A Ley, La Determinación De Tales Contenidos, En La Medida, Claro Está, En Que Dichos Contenidos Normativos No Atenten Contra La Ley Universal. Para Kant, Toda Norma Moral Que Regule Las Relaciones Humanas Debe Derivarse De La Ley Denominada “Imperativo Categórico”, Que Expresa La Obligación De Actuar De Manera Tal Que La Máxima O Norma Concreta Del Obrar De Cada Persona, En Cualquier Circunstancia, No Contradiga La Ley Universal.

Cada Persona Debe Actuar Convencida De Que Esa Es La Forma En Que Querría Que Los Demás Obrasen Con Ella, En Una Circunstancia Semejante. Es Así Que La Autonomía Posibilita Al Hombre Su Esencia, Expresada En Su Acción Personal, Como Resultado De Su Deliberación Y Decisión. Esto Es Lo Que Hace Del Hombre Una Persona Y Su Dignidad, La Posibilidad De Darse A Sí Mismo Sus Propias Leyes Y Que De Acuerdo A Ellas Se Autogobierne, Constituyéndose En Autor De Su Propia Vida Por El Ejercicio De A Libertad En Lo Que Respecta A Determinar Lo Que Considera Mejor Para Sus Intereses Humanos. Debe Recordarse Que, Históricamente, El Liberalismo Surge Entre Los Siglos XVIII Y XIX Como Una Forma De Rechazo A La Autoridad Política De Ese Entonces Sobre El Individuo En La Determinación De Sus Intereses Económicos Y Aun Familiares O Personales. Fue Precisamente Bajo Esta Concepción Autónoma De La Libertad En El Individuo Que Se Basaron Los Revolucionarios Franceses De 1789, Sino También El Emperador Napoleón Bonaparte Al Ordenar Y Encomendar La Redacción El Código Civil De 1804 (Aún Vigente En Territorio Galo).

El Profesor Barrera Tapias Observa Al Respecto Que: Bajo Esta Filosofía, El Código De Napoleón Buscó Garantizar Al Máximo La Autonomía De La Libertad Privada, Y Sus Normas Estaban Encaminadas A Desempeñar Un Papel Meramente Pasivo: Verificar La Existencia De Las Manifestaciones De Voluntad, Interpretarlas Cuando Fueron Oscuras Y Sancionar Por La Fuerza Su Incumplimiento. (Barrera Tapias, 2004, P. 22) Fue Así, Pues, Como Le Code Civil Francés Estableció En Su Artículo 1134 La Famosísima Cláusula Legal De La Autonomía De La Voluntad Que A La Letra Reza: “Les Conventions Légalement Formées Tiennent Lieu De Loi Á Ceux Qui Les Ont Faites. Elles Ne Peuvent Être Révoquées Que Dans Leur Consentement Mutuel, Ou Pour Les Causes Que La Loi Autorise. Elles Doivent Être Exécutées De Bonne Foi”. Y Que En Nuestra Codificación Civil Corresponde A Los Famosos Artículos 1602 Y 1603, Que Establecen, Respectivamente: Todo Contrato Legalmente Celebrados Es Una Ley Para Los Partes, Y No Podrá Ser Invalidado Sino Por Consentimiento Mutuo O Por Causas Legales. Los Contratos Deben Ejecutarse



Ricuarde Saavedra Gaona



*Abogado Especializado
Civil Familia Laboral Penal*

De Buena Fe, Y Por Consiguiente Obligan No Solo A Lo Que En Ellos Se Expresa, Sino A Todas Las Cosas Que Emanan Precisamente De La Naturaleza De La Obligación, O Que Por Ley Pertenecen A Ella.

De Los Anteriores Enunciados Legales Podemos Establecer, A Modo De Conclusión, Que La Autonomía De La Voluntad Es El Poder De Que Gozan Las Partes Contratantes Para Dictarse Sus Propias Reglas Y Disposiciones Contractuales, Que Se Constituirán De Obligatorio Cumplimiento Para Las Mismas. La Anterior Definición, Implica, Por Antonomasia, Que La Autonomía Contractual Se Constituye En Un Verdadero Y Auténtico Poder Normativo De Que Gozan Las Partes Para Reglamentar Su Relación Jurídico Patrimonial, Bien Creando, Ora Modificando, O, Incluso, Extinguiendo Su Vínculo Jurídico Patrimonial. En Concordancia Con La Definición Que Se Acaba De Exponer, El Artículo 864 Del Código De Comercio Colombiano De 1971 Establece En Su Definición De Contrato Que: El Contrato Es Un Acuerdo De Dos O Más Personas Para Constituir, Regular O Extinguir Entre Ellas Una Relación Jurídico Patrimonial, Y, Salvo Estipulación En Contrario, Se Entenderá Celebrado En El Lugar De Residencia Del Proponente Y En El Momento En Que Este Reciba La Aceptación De La Propuesta. De Las Limitaciones Al Ejercicio De La Autonomía Contractual Podría Pensarse, De Lo Hasta Aquí Expuesto, Que El Principio De La Autonomía Privada Es Un Derecho Sin Límites, Absoluto, Que No Admite Excepciones O Limitaciones En Contrario.

Ciertamente, Admite Y Reconoce Límites Como Todo Derecho O Prerrogativa De Carácter Relativo. La Autonomía De La Voluntad Es Una Potestad Que, Como La Gran Mayoría De Los Derechos Del Ser Humano, Admite Limitaciones O Excepciones Que Restringen Su Alcance, Con El Único Propósito De No Hacerlo Un Derecho Absoluto. En Efecto, El Artículo 16 Del Código Civil Colombiano Establece Que: “No Podrán Derogarse Por Convenios Particulares Las Leyes En Cuya Observancia Están Interesadas El Orden [Público] Y Las Buenas Costumbres”.

Un Primer Freno Al Ejercicio De La Autonomía Contractual Lo Vemos En Este Artículo Citado En El Que Se Advierte Que Las Partes De Un Contrato Pueden, Inclusive, Disponer Lo Contrario A Lo Señalado En Las Normas Del Código Civil, Teniendo En Cuenta Que Dichas Disposiciones Tienen Carácter Supletivo, Que No Imperativo, Es Decir, Que Son Regulaciones Normativas Establecidas Por El Legislador Para Aquellos Eventos En Los Que Las Partes No Dispongan Nada O Dispongan Poco Respecto De Su Relación Contractual. Vemos, Por Ejemplo, Que El Artículo 1604 *Ibidem*, Cuando Establece Las Reglas De Repartición De La Culpa Contractual En Razón De Utilidad Que El Deudor Tenga En El Contrato, En Virtud Del Principio De La *Utilitas Contrahentium*, Señala En Su Último Inciso “[...] Todo Lo Cual, Sin Embargo, Se Entiende Sin Perjuicio De Las Disposiciones Especiales De Las Leyes, Y De Las Estipulaciones Expresas De Las Partes” (Se Resalta), Dando A Entender Expresamente Que La Regulación Allí Prevista Es Aplicable Solo Ante El Silencio De Las Partes, Lo Que Significa Que De Establecer Reglas Diferentes En El Contrato, Aun Contrarias A Las Previstas En La Norma Citada, Se Aplicarán De Preferencia Las Disposiciones Contractuales.

Así Mismo, El Artículo 2247 *In Fine* Establece, Respecto De La Responsabilidad Del Depositario, Que “Las Partes Podrán Estipular Que Depositario Responda De Toda Especie De Culpa. A Falta De Estipulación Responderá Solamente De La Culpa Grave”, Señalando Expresamente Que Las Partes, En Ejercicio De Su



Ricuarde Saavedra Gaona



*Abogado Especializado
Civil Familia Laboral Penal*

Autonomía Privada, Pueden Establecer Regulaciones Contractuales, Aun Diferentes A Las Previstas Por El Legislador En El Código Civil Colombiano. Pero Esa Facultad, Encuentra Freno, Como Ya Se Advirtió En Las Normas De Orden Público, Que Sí Tienen El Carácter De Reglas Imperativas. Es Decir, Que Las Partes Pueden Disponer Lo Que Quieran En Su Relación Jurídico Patrimonial Siempre Y Cuando No Atenten Contra Las Normas De Orden Público, Por Ser Disposiciones Que Exceden El Interés Particular E Irradian Hacia El Interés Común O Social. Puede Verse, Verbi Gratia, Que El Artículo 4º De La Ley 1480 De 20114 Señala Expresamente Que: “Las Disposiciones Contenidas En Esta Ley Son De Orden Público. Cualquier Estipulación En Contrario Se Tendrá Por No Escrita, Salvo En Los Casos Específicos A Los Que Se Refiere La Presente Ley. En El Mismo Tenor, El Artículo 13 De La Ley 1564 De 2012 Ordena Que:

Las Normas Procesales Son De Orden Público Y, Por Consiguiente, De Obligatorio Cumplimiento, Y En Ningún Caso Podrán Ser Derogadas, Modificadas O Sustituidas Por Los Funcionarios O Particulares, Salvo Autorización Expresa De La Ley. Las Estipulaciones De Las Partes Que Establezcan El Agotamiento De Requisitos De Procedibilidad Para Acceder A Cualquier Operador De Justicia No Son De Obligatoria Observancia. El Acceso A La Justicia Sin Haberse Agotado Dichos Requisitos Convencionales, No Constituirá Incumplimiento Del Negocio Jurídico En Donde Ellas Se Hubiesen Establecido, Ni Impedirá Al Operador De Justicia Tramitar La Correspondiente Demanda. Las Estipulaciones De Las Partes Que Contradigan Lo Dispuesto En Este Artículo Se Tendrán Por No Escritas (Destacado Es Mío).

Como Puede Observarse De Las Normas Citadas, El Legislador, Desde 1873, Año En Que Se Expidió Nuestro Código Civil, Ha Sido Supremamente Celoso Con Las Limitaciones Al Derecho Que Tienen Los Contratantes De Darse Sus Propias Formas Y Reglas Contractuales, Impidiéndoles Que Establezcan Disposiciones Que Atenten Contra Las Normas De Orden Público, En La Que Se Encuentra Incluida, Por Supuesto, La Norma De Normas Dentro Del Ordenamiento Jurídico Colombiano, La Constitución Política. Pero Dicha Facultad Que Titula Este Ensayo No Solo Encuentra Restricciones En Las Normas De Orden Público O En Las Buenas Costumbres, Tal Como Lo Advierte El Antes Citado Artículo 16 Del C.C., Sino Que También Encuentra Rienda, Aun Cuando Las Partes Se Hayan Dado Sus Propias Reglas Contractuales, En La Teoría De La Imprevisión, Aplicable A Toda Clase De Contratos De Tracto Sucesivo⁶, Y Por Virtud De La Cual Ninguna De Los Extremos Negociales Está Obligado A Continuar Con La Ejecución Del Contrato Cuando Circunstancias Extraordinarias E Imprevistas, No Imputables A Quien La Alega⁷ Y Surgidas Con Posterioridad A La Celebración Del Negocio Jurídico, Alteran El Equilibrio Económico Del Contrato, Llevándolo A Un Punto En Que Resulta Excesivamente Oneroso⁸ Haciendo Que El Contrato Pierda Todo Sentido Y Finalidad Para Aquel A Quien Se Le Quebró La Ecuación Contractual. En Esta Hipótesis, La Ley Comercial⁹ Autoriza A La Revisión Judicial Del Negocio Jurídico Con El Propósito De Que Sea El Juez El Que Ordene Los Reajustes A Que Hubiere Lugar O, En De No Ser Posible, Decrete La Terminación Del Vínculo Obligacional.

Finalmente, Es El Mismo Artículo 1602 Citado, No Obstante Establecer Al Contrato Como Ley Para Las Partes, Por Cuanto Fueron Ellas Quienes Consintieron En La Celebración Del Vínculo, El Que Establece En Su Segunda Parte Que Podrá Ser Invalidado Por Consentimiento Mutuo O Por Causas



Ricuarde Saavedra Gaona



*Abogado Especializado
Civil Familia Laboral Penal*

Legales. Por Tratarse El Presente Ensayo Referido A La Aplicación Del Principio De La Autonomía Contractual En El Ordenamiento Colombiano Describiremos, De Manera Exclusiva, La Terminación Del Ligamen Obligacional Por Motivos De Las Partes Y No Por Causas Legales.

A Modo De Conclusión Como Puede Notarse, De Lo Hasta Aquí Expuesto, El Principio De La Autonomía Privada, Entendido Como La Facultad De Que Disponen Las Partes En Una Relación Jurídica Obligacional Para Dictarse Sus Propias Normas Contractuales, Tiene Plena Vigencia Y Aplicabilidad En El Ordenamiento Jurídico Colombiano, En La Medida En Que Dichos Acuerdos, Por Supuesto, No Atenten Contra El Orden Público Y Las Buenas Costumbres. Es Instrumento Jurídico Absolutamente Indispensable Y Útil Por Cuanto Les Permite A Las Partes Establecer Sus Formas Dependiendo Las Particularidades De Las Necesidades Que Se Pretenden Satisfacer Con La Celebración Del Vínculo Jurídico. Nadie Más Conoce Las Carencias Y Objetivos Que Se Buscan Lograr Con El Acuerdo De Voluntades Más Que Las Partes, Y En Este Sentido El Ordenamiento Las Reviste De Plenas Potestades Para Que Sean Ellas Quienes Reglen De Mejor Manera El Contenido Prestacional. Es Tan Importante Este Principio Que, Incluso, La Ley De Contratación Estatal Colombiana (Ley 80 Del 28 De Octubre De 1993) Permitió Su Incorporación En Las Relaciones Contractuales Regidas Por Dicho Estatuto.

Fue Así Como El Artículo 40 *Ibidem* Estableció Que: Las Estipulaciones De Los Contratos Serán Las Que De Acuerdo Con Las Normas Civiles, Comerciales Y Las Previstas En Esta Ley, Correspondan A Su Esencia Y Naturaleza. Las Entidades Podrán Celebrar Los Contratos Y Acuerdos Que Permitan La Autonomía De La Voluntad Y Requieran El Cumplimiento De Los Fines Estatales. En Los Contratos Que celebren Las Entidades Estatales Podrán Incluirse Las Modalidades, Condiciones Y, En General, Las Cláusulas O Estipulaciones Que Las Partes Consideren Necesarias Y Convenientes, Siempre Que No Sean Contrarias A La Constitución, La Ley, El Orden Público Y A Los Principios Y Finalidades De Esta Ley Y A Los De La Buena Administración”. No Hay Otra Forma, Pues, Más Eficiente De Permitir Una Mejor Aplicabilidad De La Figura Del Negocio Jurídico, Como Instrumento De Satisfacción De Necesidades De Las Partes Y De Apropiación De Recursos Privados Y Públicos, Que Dándole A Los Contratantes La Prerrogativa De Dictarse Sus Propias Reglas Jurídicas, Con Los Condicionamientos Antes Expuestos, Lo Que Constituye Verdadera Autonomía De La Voluntad.

En Este Primer Acápite El **RECURSO DE APELACIÓN** Debe Prosperar, Como Quiera Que El Fallo También Se Basó En Quien O No Hizo Las Consignaciones, Que Se Presentó Una Confección Ficta *Que No Puede Prosperar* Por Lo Manifestado Por La Representante Legal De La Demandante **NON PLUS ULTRA S.A.**

Ahora Bien, Si Entramos En Un Estudio Mas Pormenorizado Del Escrito De La Demanda Y El Pagaré Objeto De La Orden De Pago Ordenada Por El Juzgado Veinte (20) Civil Del Circuito, Lo Primero Que Nos Encontramos Es Con La Apreciación Misma De La Honorable Juez De Este Despacho Quien En La Sentencia Misma En El Acápite De Consideraciones Manifiesta *“Advierte Este Despacho Que La Parte Actora Utilizo A Conveniencia Los Términos Y Condiciones De Cada Una De Las Negociaciones Realizadas”*, Se Aviene En Este Caso Que El Pagaré Como Título Valor No Es Claro, Expreso Ni Exigible, Ya Que Como Se Puede Apreciar En El Contexto Mismo De La Demanda, Este



Ricuarde Saavedra Gaona



*Abogado Especializado
Civil Familia Laboral Penal*

Pagaré, No Es Concordante Con Las Instrucciones O Con La Modalidad De Contratación, Se Llenaron Los Espacios En Blanco Con Una Tasa De Amortización Que No Correspondía, La Tasa Correcta Era Del 1.3%, No Como Esta Escrito En Este Pagaré Con El 1.5%, Este Obrar De La Demandante Es De Por Si Ya De Mala Fe, Los Valores Allí Impresos Tampoco Concuerdan Con La Deuda Real, No Se Sabe De Donde Salen Estos Valores, Es Confuso, Ni Siquiera En El Escrito De La Demanda O En Las Pruebas Solicitadas Por El Despacho Son Claros Para Establecer Los Verdaderos Montos De La Deuda, Los Intereses Al Hacer La Correspondiente Tarea Aritmética, No Es Clara, No Es Concordante No Corresponden A La Realidad De Las Obligaciones Originalmente Contraídas.

En Este Orden De Ideas Puedo Emplear Lo Que Manifiesta El C.G. Del P Y Las Posturas De Las Corte Suprema De Justicia Y El Consejo De Estado Al Referirse Así;

ARTÍCULO 422. TÍTULO EJECUTIVO. Pueden Demandarse Ejecutivamente Las Obligaciones Expresas, Claras Y Exigibles Que Consten En Documentos Que Provenzan Del Deudor O De Su Causante, Y Constituyan Plena Prueba Contra Él, O Las Que Emanen De Una Sentencia De Condena Proferida Por Juez O Tribunal De Cualquier Jurisdicción, O De Otra Providencia Judicial, O De Las Providencias Que En Procesos De Policía Aprueben Liquidación De Costas O Señalen Honorarios De Auxiliares De La Justicia, Y Los Demás Documentos Que Señale La Ley. La Confesión Hecha En El Curso De Un Proceso No Constituye Título Ejecutivo, Pero Sí La Que Conste En El Interrogatorio Previsto En El Artículo 184

TÍTULO EJECUTIVO SINGULAR / TÍTULO EJECUTIVO COMPLEJO

El Título Ejecutivo Bien Puede Ser Singular, Es Decir, Estar Contenido O Constituido Por Un Solo Documento, Por Ejemplo, Un Título Valor, O Bien Puede Ser Complejo, Esto Es, Cuando Se Encuentra Integrado Por Un Conjunto De Documentos, Como Por Ejemplo Por Un Contrato, Más Las Constancias De Cumplimiento O Recibo De Las Obras, Servicios O Bienes Contratados, El Reconocimiento Del Deudor Respecto Del Precio Pendiente De Pago, El Acta De Liquidación, Etc. En Todo Caso, Los Documentos Allegados Con La Demanda Deben Valorarse En Su Conjunto, Con Miras A Establecer Si Constituyen Prueba Idónea De La Existencia De Una Obligación Clara, Expresa Y Exigible A Favor Del Ejecutante. FUENTE FORMAL: CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO – ARTICULO 422

TÍTULO EJECUTIVO – Fundamento / TÍTULO EJECUTIVO – Características / TÍTULO EJECUTIVO – Condiciones Esenciales

El Título Ejecutivo Debe Demostrar La Existencia De Una Prestación En Beneficio De Una Persona, Es Decir, Que El Obligado Debe Observar En Favor De Su Acreedor Una Conducta De Dar, De Hacer O De No Hacer Y Esa Obligación Debe Ser Expresa, Clara Y Exigible, Requisitos Que Ha De Reunir Todo Título Ejecutivo, No Importa Su Origen. (...) Los Títulos Ejecutivos Deben Gozar De Ciertas Condiciones Esenciales, Unas Formales Y Otras Sustanciales. Las Primeras Se Refieren A Que La Obligación Debe Constar: I) En Documentos Auténticos Que Provenzan Del Deudor O De Su Causante Y Que Constituyan Plena Prueba Contra Él, O II) En Providencias Emanadas De Autoridades Competentes Que Tengan Fuerza Ejecutiva, Conforme A La Ley, Como, Por



Ejemplo, Las Sentencias De Condena Y Otro Tipo De Providencias Judiciales Que Impongan Obligaciones, Verbigracia, Aquellas Que Fijan Honorarios A Los Auxiliares De La Justicia, Las Que Aprueban La Liquidación De Costas, Etc. Las Condiciones Sustanciales, Por Su Parte, Se Traducen En Que Las Obligaciones Que Se Acrediten A Favor Del Ejecutante O De Su Causante Y A Cargo Del Ejecutado O De Su Causante Sean Claras, Expresas Y Exigibles. NOTA DE RELATORIA: Al Respecto Consultar Autos De: 4 De Mayo De 2002, Exp. 15679 Y Del 30 De Marzo De 2006, Exp. 30086.

TÍTULO EJECUTIVO – Obligación Clara, Expresa Y Exigible

Por Expresa Debe Entenderse Que La Obligación Aparezca Manifiesta De La Redacción Misma Del Título; Es Decir, En El Documento Que La Contiene Debe Estar Expresamente Declarada, Debe Estar Nítido El Crédito - Deuda Que Allí Aparece. La Obligación Es Clara Cuando, Además De Expresa, Aparece Determinada En El Título, De Modo Que Sea Fácilmente Inteligible Y Se Entienda En Un Solo Sentido. La Obligación Es Exigible Cuando Puede Demandarse Su Cumplimiento, Por No Estar Pendiente El Agotamiento De Un Plazo O De Condición. Dicho De Otro Modo, La Exigibilidad De La Obligación Se Manifiesta En Que Debía Cumplirse Dentro De Cierta Término Ya Vencido O Cuando Ocurriera Una Condición Ya Acontecida O Para La Cual No Se Señaló Término, Pero Cuyo Cumplimiento Sólo Podía Hacerse Dentro De Cierta Tiempo Que Ya Transcurrió.

La Sección Tercera Del Consejo De Estado Realizó Importantes Precisiones Sobre El Título Ejecutivo. Así, Comenzó Por Indicar Que Se Trata De Un Instrumento En El Que Consta Una Obligación Clara, Expresa Y Exigible. Igualmente, Es Un Documento Auténtico Proferido Por El Deudor O El Causante Y Respecto Del Cual No Cabe Duda De Su Existencia.

Posteriormente, El Alto Tribunal Indicó El Alcance Y La Manera Como Deben Interpretarse Las Características De La Obligación Que Reposa En El Título Ejecutivo:

- I. Clara: La Prestación Debe Ser Fácilmente Inteligible Y Debe Entenderse En Un Solo Sentido.
- II. Expresa: El Crédito Del Ejecutante Y La Deuda Del Ejecutado Deben Estar Expresamente Declarados, Sin Que Sea Necesario Realizar Suposiciones.
- III. Exigible: Obligación Debe Ser Pura Y Simple, Es Decir, No Debe Estar Sujeta A Plazo O Condición.
- IV.

No Obstante, En Caso De Tratarse De Obligaciones Dinerarias, Estas Deben Ser Liquidadas O Liquidables A Través De Una Simple Operación Aritmética.

Para El Caso Sub Judice También La A Quo Debió Tener En Cuenta Los Manifestado Por La Corte Suprema De Justicia Al Referirse Así;

En Sentencia Del Pasado 13 De Marzo, La Corte Suprema De Justicia (CSJ), Con Ponencia De Luis Armando Tolosa Villabona, ***Reafirmó El Deber De Los Jueces De Revisar Oficiosamente Los Títulos Que Sirvan De Base Para El Proceso Ejecutivo, Al Tiempo Que Extendió Tal Deber A La Revisión Del Negocio Causal Que Dé Lugar Al Título Valor, Cuando Quiera Que El Título Revista Este Carácter.***



Ricuarde Saavedra Gaona



*Abogado Especializado
Civil Familia Laboral Penal*

Esta Posición Desautoriza La Interpretación De Algunos Ejecutantes En El Sentido De Que El Artículo 430 Del Código General Del Proceso – CGP Limitaba El Análisis Del Título Ejecutivo Al Trámite Del Recurso De Reposición Interpuesto Por El Ejecutado En Contra Del Auto Que Libra Mandamiento De Pago, Al Tiempo Que Relativiza El Principio De Autonomía Predicable De Los Títulos Valores Respecto De Sus Negocios Causales.

Con Todo, La Posición Reseñada Es Razonable, Se Corresponde Con El Espíritu Que Informa Al CGP Y Tutela El Interés De Las Partes, Así Como El Interés Público En Los Procesos Judiciales, Por Lo Que Debemos Estarnos A Ella, Dentro De Los Límites Que Impone La Regulación De Los Títulos Valores, Cuando Quiera Que Sirvan De Base Para La Ejecución.

Conforme Con El Artículo 430 Del CGP, “Los Requisitos Formales Del Título Ejecutivo Solo Podrán Discutirse Mediante Recurso De Reposición Contra El Mandamiento Ejecutivo. No Se Admitirá Ninguna Controversia Sobre Los Requisitos Del Título Que No Haya Sido Planteada Por Medio De Dicho Recurso. En Consecuencia, Los Defectos Formales Del Título Ejecutivo No Podrán Reconocerse O Declararse Por El Juez En La Sentencia O En El Auto Que Ordene Seguir Adelante La Ejecución, Según Fuere El Caso”. La Disposición Trascrita Ha Sido Interpretada Por Los Ejecutantes De Los Procesos Coactivos En El Sentido De Que La Discusión En Torno A Los Títulos Que Sirven De Base Al Proceso Solo Puede Ventilarse A Través Del Trámite De La Reposición En Contra Del Mandamiento De Pago, Por Lo Que La Capacidad Del Juez Estaría Limitada A Que El Ejecutado Interponga Dicho Recurso Y Al Sentido Preciso En Que Lo Sustente. En Consecuencia, Esta Interpretación Apuntaría A Que La Omisión De Recurrir O La Sustentación Torpe Del Recurso Tienen Entidad Suficiente Para Convalidar Un Título Inidóneo O Proveniente De Un Negocio Viciado.

En Relación Con Dicha Postura, La CSJ Había Dicho Que “El Legislador Lo Que Contempló En El (...) Artículo 430 Del CGP Fue Que La Parte Ejecutada No Podía Promover Defensa Respecto Del Título Ejecutivo, Sino Por La Vía De La Reposición Contra El Mandamiento De Pago (...) Entendido Tal Que Lejos Está De Erigirse En La Prohibición (...) De Que El Juzgador Natural No [Pueda], *Motu Proprio* (...) Volver A Revisar, (...), Aquel A La Hora De Dictar El Fallo De Instancia” (STC4053 Del 22 De Marzo Del 2018). Interpretación Conforme, Según La Corte, Con Lo Dispuesto Por El CGP En Los Artículos 4 Y 42, Numeral 2º, En Cuanto Al “Deber Del Juez (...) [De] Hacer Efectiva La Igualdad De Las Partes En El Proceso *Con Sus Poderes Oficiosos*” Negrillas Propias Y El Artículo 11, En El Sentido De Que El “Objeto De Los Procedimientos Es La Efectividad De Los Derechos Reconocidos Por La Ley Sustancial”. Disposiciones De Las Que Se Derivaría Adicionalmente El Hecho De Que El Ejercicio De Tal Potestad Revista Para El Juez El Carácter De Deber. En El Caso Analizado, La Ejecutada Fue Vinculada Laboralmente Por La Ejecutante, Previa Suscripción De Dos Pagarés En Blanco Con Cartas Que Instruían Al Empleador A Llenarlo Conforme Con Lo Que La Empleada Le Debiera Al Cabo De La Relación Laboral. Auditada La Gestión De La Empleada, La Empleadora Determinó Que Aquélla Debía Una Suma Dinero Cuya Obligación De Pagar Incorporó A Uno De Los Pagarés Con El Fin De Iniciar El Proceso Ejecutivo.



Ricuarde Saavedra Gaona



*Abogado Especializado
Civil Familia Laboral Penal*

En El Marco De Dicho Proceso, El Juez De Primera Instancia Libró Mandamiento De Pago Y El De Segunda Lo Mantuvo, Bajo El Entendido De Que La Ejecutada Voluntariamente Había Firmado Los Pagarés Y Los Había Entregado A La Ejecutante, Sin Reparar En Que Tal Acción Era Condición De Su Vinculación Laboral, Atendiendo Al Principio De Autonomía Del Título Valor Respecto De Su Negocio Causal.

Respecto De Los Hechos Así Planteados, La CSJ Consideró Que Se Había Materializado “La Vía De Hecho Endilgada Porque El Juez No Estudió El Pagaré Presentado Como Base Del Coercitivo Y (...) La Alegación De La Ejecutada Al Contestar El Libelo, Concerniente A Haber Suscrito El Título Objeto Del Litigio Para Ser Contratada En La Sociedad Ejecutante, Debió Generar En Los Juzgadores Acusados Una Actividad Diligente A Fin De Averiguar La Veracidad De Esa Situación”. Sobre Este Punto, La Corte Continúa Diciendo Que El Juez Debía “Comprender Que El Reproche De La Ejecutada Iba Más Allá Del Monto Base Del Recaudo. En Realidad, Esta Censuró El Origen Del Mismo, Esto Es, El Negocio Causal, Requiriéndose Un Estudio, Aún De Oficio, Para Determinar Su Legalidad, Teniendo En Cuenta Que Los Empleadores No Pueden Abusar De Su Posición E Imponer Condiciones Como La Aquí Advertida Para Contratar O Hacer Descuentos, Conforme Se Desprende De Los Cánones 59 Y 149 Del Código Sustantivo Del Trabajo” Negrillas Propias. A Pesar De Encontrar Razonable La Posición De La Corte, Anotamos Que, Con El Fin De Mantener La Función De Los Títulos Valores, En Tanto Bienes Mercantiles, Y Proteger La Buena Fe De Terceros Cesionarios, La Revisión Oficiosa De La Legalidad Del Negocio Causal Solo Debería Proceder Cuando Las Partes Del Proceso Ejecutivo Sean, A Su Vez, Las Del Negocio Causal, O El Cesionario Ejecutante Esté De Mala Fe, Conforme Con El Numeral 12 Del Artículo 784 Del Código De Comercio.

En Torno A Lo Anterior, La A Quo Debió Hacer Un Estudio Mas Detallado De La Demanda Y El Pagaré Objeto Del Presente Proceso, Para Poder Establecer Que Efectivamente Al Pagaré No Concuerda Con El Objeto De La Negociación, Es Decir, El Pagaré Presentado Por La Parte Demandante Carece De Legalidad, Ya Que De Un Estudio Mas Profundo De La Demanda Impetrada Por **NON PLUS ULTRA S.A.**, Se Puede Llegar A Establecer Que Los Valores Y La Tabla De Amortización No Son Concordante Con El Objeto Mismo Y Primario De La Negociación.

Teniendo En Cuenta Las Anteriores Consideraciones Y Premisas, Muy Respetuosamente Le Solicito A Ustedes Honorables Magistrados Como Fallador De Segunda Instancia REVOCAR EN SU TOTALIDAD La Sentencia Proferida Por El Juzgado Veinte Civil Del Circuito De La Ciudad De Bogotá D.C., De Fecha Veintitrés (23) De Marzo De Dos Mil Veintiuno (2021) Y En Consecuencia Procedan A Desestimar Las Pretensiones Presentadas Por La Parte Demandante Por Que No Se Les Adeuda Dinero Alguno



Ricaurte Saavedra Gaona



*Abogado Especializado
Civil Familia Laboral Penal*

PROCEDIMIENTO Y COMPETENCIA

Debe Seguirse El Procedimiento Señalado En La Sección Sexta, Título Único, Medios De Impugnación, Capítulo II, Apelación, Artículo 320 Y Subsiguiente Del Código General Del Proceso Y Demás Normas Pertinentes Y Concordantes Según El Caso Concreto.

La Sala Civil Del Tribunal Superior De Bogotá D.C. Es Competente Para Conocer Del Recurso De Apelación Por Encontrarse La Primera Instancia En El Juzgado Veinte (20) Civil Del Circuito De Esta Ciudad.

NOTIFICACIONES

~ **Mi Representada**, Recibirá Notificaciones En La Diagonal 23 N^a. 69 – 23, Oficina 501, Edificio Administrativo Terminal De Transportes, Barrio Ciudad Salitre De La Ciudad De Bogotá D.C.

~ **El Apoderado De La Parte Demandada**, Recibiré Notificaciones En La Secretaría Del Juzgado, Y En La Carrera 68 A N^a. 23 B 53 Of. 604, Barrio Ciudad Salitre De La Ciudad De Bogotá D.C.

De Los Honorables Magistrados

Atentamente

RICAURTE SAAVEDRA GAONA
C.C. N^o. 19.492.877 De Bogotá D.C.
T. P. 127.954 Del C.S De La J.

SEÑORES

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CIVIL

Magistrada Ponente: Doctora ADRIANA SAAVEDRA LOZADA

E. S. D.

Correo electrónico: [<chernanc@cendoj.ramajudicial.gov.co>](mailto:chernanc@cendoj.ramajudicial.gov.co)

Correo electrónico: [<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>](mailto:secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co)

PROCESO: No. 11001310302120170032801

JUZGADO DE ORIGEN: 21 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D.C.

DEMANDANTE: RODRIGO PRADILLA ANGEL

DEMANDADOS: FIDUCIARIA CENTRAL S.A., LUIS F. CORREA Y
**ASOCIADOS S.A., ANDRES FERNANDO CORREA LÓPEZ
Y OTROS**

LUIS ANGEL MENDOZA SALAZAR, mayor de edad, domiciliado y residente en Bogotá, D.C., identificado con **C.C. 74.242.450** de Monquirá y **T.P. 85.393** del C.S.J., actuando nombre y representación de **RODRIGO PRADILLA ANGEL**, de manera respetuosa, por medio del presente escrito, me permito sustentar el recurso de apelación presentado por el apoderado del demandante, contra la sentencia proferida por la Señora Jueza 21 Civil del Circuito de Bogotá, D.C., en la audiencia celebrada el **4 de septiembre de 2020**, en el trámite de la primera instancia del proceso de la referencia. Los términos de la sustentación son los siguientes:

1. La sentencia apelada desconoce el artículo 280 de Código General del Proceso, porque no contiene *decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda.*

De conformidad con el artículo 280 de Código General del Proceso, uno de los requisitos de la sentencia es que, en la parte resolutive, "(...) **deberá contener *decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda*** (...)".

En el presente caso, la sentencia objeto de apelación, no cumple con la exigencia legal mencionada inmediatamente, porque no contiene una "***decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda***", en la forma como éstas fueron formuladas, bajo la modalidad de acumulación de pretensiones, con base en lo dispuesto en el artículo 88 del Código General del Proceso, esto es, una pretensión principal y unas pretensiones subsidiarias, cada una de ellas, con sus correspondientes pretensiones consecuenciales, frente a lo cual, la parte demandada, no formuló ningún reparo sobre dichas pretensiones, lo que pudo haber hecho en ejercicio de la formulación de excepciones previas de que trata el artículo 100 del Código General del Proceso, en particular, la mencionada en el numeral 5, relativo a la "*ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones*". En consecuencia, como ninguna de las pretensiones formuladas en la demanda, quedó por fuera de su

trámite, era una obligación legal del Despacho Judicial de primera instancia, pronunciarse sobre cada una de ellas, en el orden en que fueron formuladas.

Para la adecuada ilustración al Despacho Judicial de segunda instancia, conviene mencionar que las pretensiones de la demanda son las siguientes:

“(…)

I. PRETENSIONES

1. PRETENSÓN PRINCIPAL

Declarar que la **FIDUCIARIA CENTRAL S.A.**, y la sociedad **LUIS F. CORREA Y ASOCIADOS S.A.**, incumplieron el régimen legal de protección al consumidor consagrado en el Decreto 3466 de 1982, por incurrir en información y publicidad engañosa, porque desconocieron la prohibición consagrada en el artículo 30 de la Ley 1480 de 2011 y además, porque incumplieron la obligación consagrada en el literal “c” del artículo 7 de la Ley 1328 de 2009, como consecuencia de haber hecho uso de información y publicidad engañosa, para la celebración del negocio jurídico al que se refiere el documento titulado **“PROMESA DE VENTA DE DERECHOS FIDUCIARIOS PROYECTO CAPITAL TOWERS HOTEL EMBAJADA”**, suscrito el **11 de abril de 2007**, modificado por el **“OTRO SI AL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA DE LOS DERECHOS FIDUCIARIOS INHERENTES A LA PROPIEDAD Y OPERACIÓN ECONÓMICA DEL HOTEL EMBAJADA, DETERMINADOS COMO MINISUITE DOSCIENTOS VEINTITRÉS C (223 C)”**, suscrito el **27 de mayo de 2009** por la **FIDUCIARIA CENTRAL S.A.**, por la sociedad **LUIS F. CORREA Y ASOCIADOS S.A.**, y por **RODRIGO PRADILLA ANGEL**.

Pretensiones consecuenciales de la pretensión principal

Como consecuencia de la declaratoria de la pretensión principal, se solicita el decreto de las siguientes pretensiones.

(…)

2. PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

En subsidio de la primera pretensión principal y en su orden se formulan las siguientes pretensiones subsidiarias

2.1. Primera pretensión subsidiaria

Declarar inexistente el negocio jurídico, al que se refiere el documento titulado **“PROMESA DE VENTA DE DERECHOS FIDUCIARIOS PROYECTO CAPITAL TOWERS HOTEL EMBAJADA”**, suscrito el 11 de abril de 2007, modificado por el documento titulado **“OTRO SI AL CONTRATO DE PROMESA DE**

COMPRAVENTA DE LOS DERECHOS FIDUCIARIOS INHERENTES A LA PROPIEDAD Y OPERACIÓN ECONÓMICA DEL HOTEL EMBAJADA, DETERMINADOS COMO MINISUITE DOSCIENTOS VEINTITRÉS C (223 C)", suscrito el 27 de mayo de 2009, por la **FIDUCIARIA CENTRAL S.A.**, por la sociedad **LUIS F. CORREA Y ASOCIADOS S.A.**, y por **RODRIGO PRADILLA ANGEL**, porque a dicho negocio jurídico le hacen falta sus requisitos o **elementos esenciales**, para ser considerado un **contrato**, en los términos definidos en el artículo 864 del Código de Comercio y en el artículo 1495 del Código Civil.

2.2. Segunda pretensión subsidiaria

Declarar la nulidad absoluta del negocio jurídico, al que se refiere el documento titulado "**PROMESA DE VENTA DE DERECHOS FIDUCIARIOS PROYECTO CAPITAL TOWERS HOTEL EMBAJADA**", suscrito el 11 de abril de 2007, modificado por el documento titulado "**OTRO SI AL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA DE LOS DERECHOS FIDUCIARIOS INHERENTES A LA PROPIEDAD Y OPERACIÓN ECONÓMICA DEL HOTEL EMBAJADA, DETERMINADOS COMO MINISUITE DOSCIENTOS VEINTITRÉS C (223 C)**", suscrito el 27 de mayo de 2009, por la **FIDUCIARIA CENTRAL S.A.**, por la sociedad **LUIS F. CORREA Y ASOCIADOS S.A.**, y por **RODRIGO PRADILLA ANGEL**, porque en la promesa aquí mencionada no concurren las circunstancias, exigencias o requisitos consagrados en el artículo 1611 del Código Civil, para que pueda producir obligaciones.

2.3. Tercera pretensión subsidiaria

Declarar la nulidad absoluta del negocio jurídico, al que se refiere el documento titulado "**PROMESA DE VENTA DE DERECHOS FIDUCIARIOS PROYECTO CAPITAL TOWERS HOTEL EMBAJADA**", suscrito el 11 de abril de 2007, modificado por el documento titulado "**OTRO SI AL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA DE LOS DERECHOS FIDUCIARIOS INHERENTES A LA PROPIEDAD Y OPERACIÓN ECONÓMICA DEL HOTEL EMBAJADA, DETERMINADOS COMO MINISUITE DOSCIENTOS VEINTITRÉS C (223 C)**", suscrito el 27 de mayo de 2009, por la **FIDUCIARIA CENTRAL S.A.**, por la sociedad **LUIS F. CORREA Y ASOCIADOS S.A.**, y por **RODRIGO PRADILLA ANGEL**, porque los actos o las declaraciones de voluntad del negocio jurídico mencionado, carecen o no tienen una causa real.

2.4. Cuarta pretensión subsidiaria

Declarar la nulidad relativa del negocio jurídico, al que se refiere el documento titulado "**PROMESA DE VENTA DE DERECHOS FIDUCIARIOS PROYECTO CAPITAL TOWERS HOTEL EMBAJADA**", suscrito el 11 de abril de 2007, modificado por el documento titulado "**OTRO SI AL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA DE LOS DERECHOS FIDUCIARIOS INHERENTES A LA PROPIEDAD Y OPERACIÓN ECONÓMICA DEL HOTEL EMBAJADA,**

DETERMINADOS COMO MINISUITE DOSCIENTOS VEINTITRÉS C (223 C)", suscrito el 27 de mayo de 2009, por la **FIDUCIARIA CENTRAL S.A.**, por la sociedad **LUIS F. CORREA Y ASOCIADOS S.A.**, y por **RODRIGO PRADILLA ANGEL**, porque el consentimiento, manifestado por **RODRIGO PRADILLA ANGEL**, está viciado por el "error de hecho" que "recae sobre", los siguientes aspectos: **1)** la especie del acto, contrato o negocio jurídico celebrado; **2)** la identidad de la cosa específica de que se trata el negocio jurídico celebrado; **3)** la sustancia o calidad esencial del objeto sobre el que versa el acto, contrato o negocio jurídico celebrado, porque es diversa de la que creyeron aquellas personas"; **4)** por el error acerca de la persona con quien se contrató, debido a que "la consideración de la persona fue la causa principal del negocio jurídico aquí mencionado.

2.5. Quinta pretensión subsidiaria

Declarar la resolución del negocio jurídico, al que se refiere el documento titulado "**PROMESA DE VENTA DE DERECHOS FIDUCIARIOS PROYECTO CAPITAL TOWERS HOTEL EMBAJADA**", suscrito el 11 de abril de 2007, modificado por el documento titulado "**OTRO SI AL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA DE LOS DERECHOS FIDUCIARIOS INHERENTES A LA PROPIEDAD Y OPERACIÓN ECONÓMICA DEL HOTEL EMBAJADA, DETERMINADOS COMO MINISUITE DOSCIENTOS VEINTITRÉS C (223 C)**", suscrito el 27 de mayo de 2009, por la **FIDUCIARIA CENTRAL S.A.**, por la sociedad **LUIS F. CORREA Y ASOCIADOS S.A.**, y por **RODRIGO PRADILLA ANGEL**, como consecuencia del cumplimiento de la condición resolutoria, bajo la cual quedó sometida la existencia del negocio jurídico aquí mencionado, estipulada en el "**Parágrafo Segundo**" de la cláusula "**CUARTA: PRECIO Y FORMA DE PAGO**" de la "**Primera Parte: CONDICIONES ESPECIALES**", del documento titulado "**PROMESA DE VENTA DE DERECHOS FIDUCIARIOS PROYECTO CAPITAL TOWERS HOTEL EMBAJADA**".

Pretensiones consecuenciales de la primera pretensión subsidiaria, de la segunda pretensión subsidiaria, de la tercera pretensión subsidiaria, de la cuarta pretensión subsidiaria, o de la quinta pretensión subsidiaria.

Como consecuencia de la declaratoria de cualquiera de las siguientes pretensiones: la primera pretensión subsidiaria, la segunda pretensión subsidiaria, la tercera pretensión subsidiaria, la cuarta pretensión subsidiaria, o la quinta pretensión subsidiaria, se solicita el decreto de las siguientes pretensiones.

(...)

2.6. Sexta pretensión subsidiaria

Declarar la resolución del negocio jurídico, al que se refiere el documento titulado "**PROMESA DE VENTA DE DERECHOS FIDUCIARIOS PROYECTO**

CAPITAL TOWERS HOTEL EMBAJADA", suscrito el 11 de abril de 2007, modificado por el documento titulado **"OTRO SI AL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA DE LOS DERECHOS FIDUCIARIOS INHERENTES A LA PROPIEDAD Y OPERACIÓN ECONÓMICA DEL HOTEL EMBAJADA, DETERMINADOS COMO MINISUITE DOSCIENTOS VEINTITRÉS C (223 C)"**, suscrito el 27 de mayo de 2009, por la **FIDUCIARIA CENTRAL S.A.**, por la sociedad **LUIS F. CORREA Y ASOCIADOS S.A.**, y por **RODRIGO PRADILLA ANGEL**, como consecuencia del incumplimiento de la obligación estipulada en la cláusula **"TERCERA: CELEBRACIÓN DEL NEGOCIO PROMETIDO"**, del negocio jurídico aquí mencionado, incumplimiento atribuible a la **FIDUCIARIA CENTRAL S.A.**, y a la sociedad **LUIS F. CORREA Y ASOCIADOS S.A.**

2.7. Séptima pretensión subsidiaria

Declarar la resolución del negocio jurídico, al que se refiere el documento titulado **"PROMESA DE VENTA DE DERECHOS FIDUCIARIOS PROYECTO CAPITAL TOWERS HOTEL EMBAJADA"**, suscrito el 11 de abril de 2007, modificado por el documento titulado **"OTRO SI AL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA DE LOS DERECHOS FIDUCIARIOS INHERENTES A LA PROPIEDAD Y OPERACIÓN ECONÓMICA DEL HOTEL EMBAJADA, DETERMINADOS COMO MINISUITE DOSCIENTOS VEINTITRÉS C (223 C)"**, suscrito el 27 de mayo de 2009, por la **FIDUCIARIA CENTRAL S.A.**, por la sociedad **LUIS F. CORREA Y ASOCIADOS S.A.**, y por **RODRIGO PRADILLA ANGEL**, como consecuencia del incumplimiento de la obligación a la que se refiere el literal **"a"** de la cláusula **"PRIMERA"** de la **"Segunda parte: CONDICIONES GENERALES"**, del negocio jurídico aquí mencionado, incumplimiento que es atribuible a la **FIDUCIARIA CENTRAL S.A.**, y a la sociedad **LUIS F. CORREA Y ASOCIADOS S.A.**, porque **RODRIGO PRADILLA ANGEL**, no ha recibido de la sociedad aquí mencionada, ni de la **FIDUCIARIA CENTRAL S.A.**, ya fuera directamente, ni de dicha fiduciaria como vocero y administrador, ya sea del patrimonio autónomo denominado **"FIDEICOMISO FIDUCENTRAL SMIII-9"**, del patrimonio autónomo denominado **"FIDEICOMISO HOTEL EMBAJADA"**, o del patrimonio autónomo denominado **"FIDEICOMISO HOTEL WYNDHAM SALITRE"**, como tampoco ha recibido de ninguna otra persona, los supuestos **"derechos y facultades básicas"** relativos a **"los rendimientos económicos derivados de la actividad de explotación económica de las doscientas sesenta y un (261) habitaciones que integrarán la unidad predial del HOTEL EMBAJADA, dentro de la red de operación DIPLOMAT HOTELS, que hará parte del proyecto Inmobiliario CAPITAL TOWERS"**.

Pretensiones consecuenciales de la sexta pretensión subsidiaria o de la séptima pretensión subsidiaria

Como consecuencia de la declaratoria de la sexta pretensión subsidiaria o de la séptima pretensión subsidiaria se solicita el decreto de las siguientes pretensiones.

(...)

2.8. Octava pretensión subsidiaria

Declarar que la **FIDUCIARIA CENTRAL S.A.**, en calidad de vocero y administrador del patrimonio autónomo denominado **“FIDEICOMISO FIDUCENTRAL SMIII-9”**, constituido mediante el **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL INMOBILIARIA IRREVOCABLE”**, celebrado mediante la escritura pública No. 3254 de 4 de junio de 1997 de la Notaría 1 del Círculo Notarial de Bogotá, D.C.; y/o en su defecto, en calidad de vocero y administrador del patrimonio autónomo denominado **“FIDEICOMISO HOTEL WYNDHAM SALITRE”**, constituido mediante el **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE”**, celebrado mediante la escritura pública No. 3255 de 4 de noviembre de 2011, de la Notaría 42 del Círculo Notarial de Bogotá, D.C., y/o en su defecto, en calidad de vocero y administrador del patrimonio autónomo denominado **“FIDEICOMISO HOTEL EMBAJADA”**, constituido mediante el **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE”**, celebrado mediante la escritura pública No. 3254 de 4 de noviembre de 2011, de la Notaría 42 del Círculo Notarial de Bogotá, D.C., está obligada a cumplir la obligación estipulada en la **“CLAUSULA QUINTA.- OBLIGACIONES Y FACULTADES DE LA FIDUCIARIA”**, en concordancia con la **“CLAUSULA DECIMA OCTAVA: LIMITE DE LAS OBLIGACIONES DE LA FIDUCIARIA”** del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL INMOBILIARIA IRREVOCABLE”**, celebrado mediante la escritura pública No. 3254 de 4 de junio de 1997 de la Notaría 1 del Círculo Notarial de Bogotá, D.C., en concordancia con lo estipulado en el literal **“c”** de la cláusula **“PRIMERA”** de la **“Segunda parte: CONDICIONES GENERALES”** del documento titulado **“PROMESA DE VENTA DE DERECHOS FIDUCIARIOS PROYECTO CAPITAL TOWERS HOTEL EMBAJADA”**, obligación que consiste en transferir a favor de **RODRIGO PRADILLA ANGEL**, el derecho real de dominio, en una cuota parte, equivalente a una quinta (1/5) parte, sobre los inmuebles que corresponden a las **“doscientas sesenta y una (261) suites correspondientes a la parte del inmueble denominado Hotel A”**, identificados en el **hecho 125.1.**, de esta demanda, del **“CONJUNTO DE USO COMERCIAL DENOMINADO CAPITAL TOWERS – PROPIEDAD HORIZONTAL –”**, ubicado en la Avenida Calle 24 No. 51 40 o también Carrera 52 No. 24 30 de Bogotá, D.C.

En defecto de que no se trate de los inmuebles que corresponden a las denominadas **“doscientas sesenta y una (261) suites correspondientes a la parte del inmueble denominado Hotel A”**, identificados en el **hecho 125.1.**, de esta demanda, del **“CONJUNTO DE USO COMERCIAL DENOMINADO CAPITAL TOWERS – PROPIEDAD HORIZONTAL –”**, ubicado en la Avenida Calle 24 No. 51 40 o también Carrera 52 No. 24 30 de Bogotá, D.C., la declaratoria reclamada en la octava pretensión subsidiaria, se deberá referir a los inmuebles que corresponden a las denominadas **“doscientas cincuenta y una (251) suites correspondientes a la parte del inmueble denominada Hotel B”**, identificados en el **hecho 125.2.**, de esta demanda, del **“CONJUNTO DE USO**

COMERCIAL DENOMINADO CAPITAL TOWERS – PROPIEDAD HORIZONTAL –, ubicado en la Avenida Calle 24 No. 51 40 o también Carrera 52 No. 24 30 de Bogotá, D.C.

Pretensiones consecuenciales de la octava pretensión subsidiaria

Como consecuencia de la declaratoria de la octava pretensión subsidiaria, se solicita el decreto de las siguientes pretensiones.

(...)

2.9. Novena pretensión subsidiaria

Declarar, la nulidad absoluta del “CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE”, celebrado mediante la escritura pública No. 3254 de 4 de noviembre de 2011, de la Notaría 42 del Círculo Notarial de Bogotá, D.C., mediante la cual se constituyó el patrimonio autónomo denominado **“FIDEICOMISO HOTEL EMBAJADA”, y la nulidad absoluta del “CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE”,** celebrado mediante la escritura pública No. 3255 de 4 de noviembre de 2011, de la Notaría 42 del Círculo Notarial de Bogotá, D.C., mediante la cual se constituyó el patrimonio autónomo denominado **“FIDEICOMISO HOTEL WYNDHAM”,** porque el objeto de los contratos de fiducia mercantil aquí identificados, estipulado en la cláusula **“SEGUNDA: OBJETO”** que es idéntica en los dos contratos, se trata de un objeto ilícito porque contraviene al derecho público de la nación.

2.10. Décima pretensión subsidiaria

Declarar la extinción, conclusión o terminación de los negocios fiduciarios, correspondientes a los siguientes contratos de fiducia mercantil: **1) el “CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL INMOBILIARIA IRREVOCABLE”,** celebrado mediante la escritura pública No. 3254 de 4 de junio de 1997, de la Notaría 1 del Círculo Notarial de Bogotá, D.C., mediante la cual se constituyó el patrimonio autónomo denominado **“FIDEICOMISO FIDUCENTRAL SMIII-9”;** **2) el “CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE”,** celebrado mediante la escritura pública No. 3254 de 4 de noviembre de 2011, de la Notaría 42 del Círculo Notarial de Bogotá, D.C., mediante la cual se constituyó el patrimonio autónomo denominado **“FIDEICOMISO HOTEL EMBAJADA”;** **3) el “CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE”,** celebrado mediante la escritura pública No. 3255 de 4 de noviembre de 2011, de la Notaría 42 del Círculo Notarial de Bogotá, D.C., mediante la cual se constituyó el patrimonio autónomo denominado **“FIDEICOMISO HOTEL WYNDHAM SALITRE”.**

Pretensiones consecuenciales de la novena pretensión subsidiaria o de la décima pretensión subsidiaria

Como consecuencia de la declaratoria de la novena pretensión subsidiaria o de la décima pretensión subsidiaria, se solicita el decreto de las siguientes pretensiones.

(...)

En el presente caso, como ya se mencionó, la sentencia objeto de apelación no cumple con el requisito del artículo 280 de Código General del Proceso, porque no contiene decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda y simplemente da por terminado el asunto litigioso en primera instancia, negando indistintamente todas las pretensiones de la demanda, sin que en realidad estas hayan sido estudiadas verdaderamente.

2. La sentencia apelada desconoce el artículo 164 de Código General del Proceso, porque no está fundada en las pruebas legalmente aportadas por el demandante al proceso, las cuales fueron totalmente ignoradas en el fallo apelado.

Según el artículo 164 del Código General del Proceso, ***“toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho”***.

Con la demanda, el demandante aportó medios de prueba documental, para acreditar los hechos en que se fundamentan las pretensiones, razón por lo cual, la decisión judicial de primera instancia debió fundarse en tales medios de prueba, como fueron los siguientes:

“(...)

1. Documento denominado “PROMESA DE VENTA DE DERECHOS FIDUCIARIOS”, suscrito el 11 de abril de 2007, entre el representante legal de la FIDUCIARIA CENTRAL S.A., en calidad de prometiende vendedor, y el presidente de DIPLOMAT EMBAJADA, y RODRIGO PRADILLA ANGEL, en calidad de prometiende comprador.

2. Documento denominado “OTROSI AL CONTRATO DE PROMESA DE VENTA DE DERECHOS FIDUCIARIOS INHERENTES A LA PROPIEDAD Y OPERACIÓN ECONÓMICA DEL HOTEL EMBAJADA, DETERMINADOS COMO MINISUITES DOSCIENTOS VEINTITRÉS C (223 C)”, suscrito el 27 de mayo de 2009, entre el representante legal de la FIDUCIARIA CENTRAL S.A., en calidad de prometiende vendedor, y el presidente de DIPLOMAT EMBAJADA y RODRIGO PRADILLA ANGEL, en calidad de prometiende comprador.

3. Comunicación de 18 de mayo de 2007, enviada por PATRICIA E CORREA R en calidad de Ejecutiva de Ventas de la sociedad LUIS F. CORREA Y ASOCIADOS S.A., a RODRIGO PRADILLA ANGEL.

4. Comunicación de 15 de febrero de 2008, enviada por MARTHA JARAMILLO GALLEGO en calidad de Gerente General de la sociedad LUIS F. CORREA Y ASOCIADOS S.A., a RODRIGO PRADILLA ANGEL.

5. Comunicación de 12 de septiembre de 2008, enviada por MARTHA JARAMILLO GALLEGO en calidad de Gerente General de LUIS F. CORREA Y ASOCIADOS S.A., a RODRIGO PRADILLA ANGEL.

6. Comunicación de 21 de junio de 2011, enviada por MARTHA JARAMILLO GALLEGO en calidad de representante legal de la sociedad LUIS F. CORREA Y ASOCIADOS S.A., a la FIDUCIARIA CENTRAL S.A.

7. Comunicación de 23 de junio de 2011, enviada por MARTHA JARAMILLO GALLEGO en calidad de representante legal de la sociedad LUIS F. CORREA Y ASOCIADOS S.A., a RODRIGO PRADILLA ANGEL.

8. Documento titulado **“DERECHOS FIDUCIARIOS HOTEL CINCO ESTRELLAS”**, el cual consta de 8 folios.

9. Documento denominado ESTUDIO DE RENTABILIDAD **“UNIDAD TÍPICA HOTEL 5 ESTRELLAS”**, *expedido* por LUIS F. CORREA Y ASOCIADOS S.A., el cual consta de 1 folio.

10. Documento denominado ESTUDIO DE RENTABILIDAD **“UNIDAD TÍPICA HOTEL EMBAJADA”**, *expedido* por LUIS F. CORREA Y ASOCIADOS S.A., el cual consta de 1 folio.

11. Folleto denominado **“PRESENTAMOS CAPITAL TOWERS EL NEGOCIO QUE NO TIENE PIERDE”**, el cual consta de 1 folio.

12. Documento titulado **“PRESENTAMOS CAPITAL TOWERS EL NEGOCIO QUE NO TIENE PIERDE”**, el cual consta de 2 folios.

13. Publicidad denominada **“Innovación. Experiencia. Efectividad. Profesionalismo. Recurso Humano.”**, elaborada por la sociedad LUIS F. CORREA Y ASOCIADOS S.A., el cual consta de 2 folios.

14. Publicidad denominada **“QUÉ ES CAPITAL TOWERS”**, Elaborado por Diplomat Embajada S.A., el cual consta de 10 folios.

15. Documento denominado **“CONTRATO DE COLABORACIÓN EMPRESARIAL. Para la Operación Hotelera del Hotel Embajada en Bogotá, D.C.”**, suscrito el 27 de junio de 2012, entre el primer suplente de la FIDUCIARIA

CENTRAL S.A., en calidad de Fideicomiso y el representante legal de DIPLOMAT EMBAJADA en calidad de Operador Hotelero. El cual consta de 18 folios.

16. Documento denominado **“ANEXO No. 1 AL CONTRATO DE COLABORACIÓN EMPRESARIAL PARA LA OPERACIÓN HOTELERA DEL HOTEL EMBAJADA PROCEDIMIENTOS CONTABLES Y TRIBUTARIOS”**, suscrito el 27 de junio de 2012, entre el primer suplente del presidente de la FIDUCIARIA CENTRAL S.A., en calidad de Fideicomiso y el representante legal de DIPLOMAT EMBAJADA, en calidad de Operador Hotelero. El cual consta de 2 folios.

17. Documento denominado **“ANEXO No. 2 AL CONTRATO DE COLABORACIÓN EMPRESARIAL PARA LA OPERACIÓN HOTELERA DEL HOTEL EMBAJADA PROCEDIMIENTOS CONTABLES Y TRIBUTARIOS”**, suscrito el 1 de octubre de 2013, entre el primer suplente del presidente de la FIDUCIARIA CENTRAL S.A., en calidad de Fideicomiso; el representante legal de DIPLOMAT EMBAJADA, en calidad de Operador Hotelero 1 y el primer suplente del presidente de la FIDUCIARIA CENTRAL S.A., en calidad de Operador Hotelero 2. El cual consta de 5 folios.

18. Documento denominado **“CONTRATO DE CESIÓN DE DERECHOS Y OBLIGACIONES DE OPERADOR HOTELERO – DENTRO DEL CONTRATO DE COLABORACIÓN EMPRESARIAL PARA LA OPERACIÓN HOTELERA DEL HOTEL EMBAJADA EN BOGOTÁ, D.C.”**, suscrito el 1 de octubre de 2013, entre el representante legal de DIPLOMAT EMBAJADA, en calidad de cedente y la suplente del presidente de la FIDUCIARIA CENTRAL S.A., en calidad de cesionario. El cual consta de 2 folios.

19. Documento denominado **“NOTIFICACIÓN Y ACEPTACIÓN”** del **CONTRATO DE CESIÓN DE DERECHOS Y OBLIGACIONES DE OPERADOR HOTELERO – DENTRO DEL CONTRATO DE COLABORACIÓN EMPRESARIAL PARA LA OPERACIÓN HOTELERA DEL HOTEL EMBAJADA EN BOGOTÁ, D.C.**, de 19 de septiembre de 2013, suscrito por el suplente del presidente de la FIDUCIARIA CENTRAL S.A. El cual consta de 1 folio.

20. Documento denominado **“OTRO SÍ No. 1 AL CONTRATO DE COLABORACIÓN EMPRESARIAL PARA LA OPERACIÓN HOTELERA DEL HOTEL EMBAJADA PROCEDIMIENTOS”**, suscrito el 1 de octubre de 2013, entre la suplente del presidente de la FIDUCIARIA CENTRAL S.A., en calidad de Fideicomiso y el representante legal de DIPLOMAT EMBAJADA, en calidad de Operador Hotelero 1. El cual consta de 17 folios.

21. Documento denominado **“CONTRATO DE COLABORACIÓN EMPRESARIAL. Para la Operación Hotelera del Hotel Embajada en Bogotá, D.C.”**, suscrito el 31 de diciembre de 2013, entre el representante legal de DIPLOMAT WYNDHAM BOGOTÁ y la FIDUCIARIA CENTRAL S.A., como vocera

del Patrimonio autónomo FIDEICOMISO INTERNACIONAL HOTEL BUSSINES IGB. El cual consta de 25 folios.

22. Documento denominado **“OTRO SÍ No. 1 AL CONTRATO DE COLABORACIÓN EMPRESARIAL PARA LA OPERACIÓN HOTELERA DEL HOTEL WYNDHAM BOGOTÁ”**, suscrito el 1 de enero de 2014, entre el representante legal de DIPLOMAT WYNDHAM BOGOTÁ., y la FIDUCIARIA CENTRAL S.A., como vocera del Patrimonio Autónomo FIDEICOMISO INTERNACIONAL HOTEL BUSSINES IHB. El cual consta de 26 folios.

23. Documento denominado **“ANEXO No. 1 AL CONTRATO DE COLABORACIÓN EMPRESARIAL PARA LA OPERACIÓN HOTELERA DEL HOTEL WYNDHAM BOGOTÁ PROCEDIMIENTOS CONTABLES Y TRIBUTARIOS”**, suscrito el 28 de noviembre de 2013, entre el primer suplente del presidente de la FIDUCIARIA CENTRAL S.A., en calidad de Fideicomiso y el representante legal de DIPLOMAT EMBAJADA, en calidad de Operador Hotelero. El cual consta de 2 folios.

24. Documento denominado **“ANEXO No. 2 AL CONTRATO DE COLABORACIÓN EMPRESARIAL PARA LA OPERACIÓN HOTELERA DEL HOTEL WYNDHAM BOGOTÁ PROCEDIMIENTOS CONTABLES Y TRIBUTARIOS”**, suscrito el 1 de enero de 2014, entre el primer suplente del presidente de la FIDUCIARIA CENTRAL S.A., en calidad de Fideicomiso; el representante legal de DIPLOMAT EMBAJADA, en calidad de Operador Hotelero 1 y el primer suplente del presidente de la FIDUCIARIA CENTRAL S.A., en calidad de Operador Hotelero 2. El cual consta de 5 folios.

25. Documento denominado **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL DE ADMINISTRACIÓN DE RECURSOS Y PAGOS – OPERACIÓN HOTELERA”** de 3 de mayo de 2013, suscrito entre **LUIS FERNANDO CORREA BAHAMÓN**, en calidad de Fideicomitente y el suplente del presidente de la **FIDUCIARIA CENTRAL S.A.** El cual consta de 11 folios.

26. Escritura Pública No. 3.253 de 4 de junio de 1997 de la Notaría 1 del Círculo de Bogotá, D.C. mediante la cual se celebró el contrato de COMPRAVENTA del inmueble SUPERMANZANA TRES NUEVE (SMIII-9), entre LA FIDUCIARIA CENTRAL S.A., y LUIS FERNANDO CORREA BAHAMÓN. El cual consta de 20 folios.

27. Escritura pública No. 3254 de la Notaría 1 del Círculo Notarial de Bogotá, D.C., mediante el cual se celebró el **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL INMOBILIARIA IRREVOCABLE”**, entre la sociedad **LUIS F. CORREA Y ASOCIADOS S.A.**, actuando en calidad de fiduciante, fideicomitente o constituyente y la **FIDUCIARIA CENTRAL S.A.**, actuando en calidad de fiduciario, que formó un patrimonio autónomo denominado **“FIDEICOMISO FIDUCENTRAL SMIII-9”**. El cual consta de 29 folios.

28. Documento denominado “**REGLAMENTACIÓN AL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL: FIDUCENTRAL FIDEICOMISO SMIII-9**”, suscrito el 13 de febrero de 2007, entre el representante legal de la sociedad LUIS F. CORREA Y ASOCIADOS S.A., y el presidente de la FIDUCIARIA CENTRAL S.A. El cual consta de 7 folios.

29. Documento denominado “**MODIFICACIÓN A LA REGLAMENTACIÓN AL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL: FIDUCENTRAL FIDEICOMISO SMIII-9**”, de 1 de noviembre de 2007, suscrito entre el representante legal de la sociedad LUIS F. CORREA Y ASOCIADOS S.A., y el presidente de la FIDUCIARIA CENTRAL S.A. El cual consta de 2 folios.

30. Documento denominado “**REGLAMENTACIÓN COMPILADA AL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL: FIDUCENTRAL FIDEICOMISO SMIII-9**”, suscrito el 11 de diciembre de 2008, entre la sociedad LUIS F. CORREA Y ASOCIADOS S.A., DISTASA S.A. E.S.P., ANDINA DE GENERACIÓN S.A. E.S.P., CENERCOL S.A., ESCULTURA LTDA., en calidad de Fiduciantes, y FIDUCIARIA CENTRAL S.A., en calidad de Fiduciario. El cual consta de 13 folios.

31. Documento denominado “**REGLAMENTACIÓN AL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL: FIDUCENTRAL FIDEICOMISO SMIII-9. Segunda Modificación**”, suscrito el 23 de enero de 2008, entre el representante de LUIS F. CORREA Y ASOCIADOS S.A., y el presidente de la FIDUCIARIA CENTRAL S.A. El cual consta de 7 folios.

32. Documento denominado “**ADICIÓN A LA REGLAMENTACIÓN COMPILADA AL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL: FIDUCENTRAL FIDEICOMISO SMIII-9**”, suscrito el 10 de junio de 2009, entre la sociedad LUIS F. CORREA Y ASOCIADOS S.A., DISTASA S.A. E.S.P., ANDINA DE GENERACIÓN S.A. E.S.P., CENERCOL S.A., ESCULTURA LTDA., en calidad de Fiduciantes, y FIDUCIARIA CENTRAL S.A., en calidad de Fiduciario. El cual consta de 2 folios.

33. Documento denominado “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE**”, celebrado entre la sociedad **LUIS F. CORREA Y ASOCIADOS S.A., ANDRES FERNANDO CORREA LOPEZ**, actuando en calidad de fiduciante, fideicomitente o constituyente y la **FIDUCIARIA CENTRAL S.A.**, actuando en calidad de fiduciario, mediante la escritura pública No. 3254 de 4 de noviembre de 2011, de la Notaría 42 del Círculo Notarial de Bogotá, D.C., se constituyó patrimonio autónomo denominado “**FIDEICOMISO HOTEL EMBAJADA**”. (Son 86 folios).

34. Documento denominado “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE**”, celebrado entre la sociedad **LUIS F. CORREA Y ASOCIADOS S.A., ANDRES FERNANDO CORREA LOPEZ**, actuando en calidad de fiduciante, fideicomitente o constituyente y la **FIDUCIARIA CENTRAL S.A.**, actuando en calidad de fiduciario, mediante la escritura pública No. 3255 de 4 de noviembre de 2011, de la Notaría 42 del Círculo Notarial de Bogotá, D.C., se constituyó

patrimonio autónomo denominado **“FIDEICOMISO HOTEL WYNDHAM SALITRE”**. (Son 145 folios).

35. Escritura Pública No. 163 de 8 de febrero de 2012, de la Notaría 10 del Círculo de Bogotá, D.C., mediante la cual, se constituyó la apertura del establecimiento de comercio denominado **“DIPLOMAT EMBAJADA SUCURSAL COLOMBIA”**. Contiene la Escritura Pública No. 26.356 de 23 de diciembre de 2011, otorgada en la Notaría Cuarta del Circuito de la Ciudad de Panamá, Capital de la República de Panamá, *“Por la cual se protocoliza el Pacto Social de la sociedad anónima denominada DIPLOMAT EMBAJADA INC.”*. (Son 13 folios).

36. Escritura Pública No. 9.915 de 29 de diciembre de 2011, otorgada en la Notaría Cuarta del Circuito de la Ciudad de Panamá, Capital de la República de Panamá **“POR LA CUAL: se protocoliza el poder general otorgado por DIPLOMAT EMBAJADA INC., al señor LUIS FERNANDO CORREA BAHAMON”**. (Son 6 folios).

37. Escritura Pública No. 359 de 13 de marzo de 2012 de la Notaria 10 del Círculo de Bogotá, D.C., mediante la cual, se constituyó la apertura del establecimiento de comercio denominado **“DIPLOMAT WYNDHAM BOGOTA SUCURSAL COLOMBIA”**. Contiene la Escritura Pública No. 3.935 de 23 de febrero de 2012, otorgada en la Notaría Cuarta del Circuito de la Ciudad de Panamá, Capital de la República de Panamá, *“Por la cual se protocoliza el Pacto Social de la sociedad anónima denominada DIPLOMAT WYNDHAM BOGOTA INC.”*. (Son 11 folios).

38. Escritura Pública No. 638 de 27 de abril de 2012 de la Notaria 10 del Círculo de Bogotá, D.C., mediante la cual, se cambió la razón social del establecimiento de comercio denominado **“DIPLOMAT WYNDHAM BOGOTA SUCURSAL COLOMBIA”**, que se denominó **“DIPLOMAT WYNDHAM BOGOTA”**. (Son 6 folios).

39. Certificado de tradición y libertad del inmueble identificado con matrícula inmobiliaria No. 50C – 1456210 ubicado en la Avenida Calle 24 No. 51 40 de Bogotá, D.C. (Son 22 folios).

40. Documento que contiene la certificación catastral del inmueble identificado con matrícula inmobiliaria 50C-01819150, expedido por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE CATASTRO DISTRITAL, de 17 de agosto de 2016. (Es 1 folio).

41. Documento que contiene la certificación catastral del inmueble identificado con matrícula inmobiliaria 50C-01819122, expedido por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE CATASTRO DISTRITAL, de 17 de agosto de 2016. (Es 1 folio).

42. Certificado del establecimiento de comercio HOTEL TRYP BOGOTÁ EMBAJADA identificado con número de matrícula 02200652, expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, D.C. (Son 2 folios).

43. Certificado del establecimiento de comercio HOTEL EMBAJADA, identificado con número de matrícula 01937296, expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, D.C. (Son 2 folios).

44. Certificado del establecimiento de comercio HOTEL EMBAJADA REAL, identificado con número de matrícula 02197239, expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, D.C. (Son 2 folios).

45. Certificado de existencia y representación legal de DIPLOMAT HOTEL S.A., identificada con NIT 900.318.712-7, expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, D.C. (Son 5 folios).

46. Certificado de existencia y representación legal de DIPLOMAT EMBAJADA, identificada con NIT 900.505.512-2, expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, D.C. (Son 4 folios).

47. Certificado de existencia y representación legal de DIPLOMAT WYNDHAM BOGOTÁ, identificada con NIT 900.511.782-9, expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, D.C. (Son 3 folios).

48. Certificado del establecimiento de comercio HOTEL WYNDHAM BOGOTÁ, identificado con número de matrícula 02200656, expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, D.C. (Son 2 folios).
(...)"

Ninguno de los documentos antes mencionados, fue rechazado, objeto o tachado de falso por los sujetos procesales demandados, razón por la cual, tienen plena validez, habiendo sido un imperativo legal que el Despacho Judicial de primera instancia, se hubiera referido a ellos. Sin embargo, en la sentencia objeto de apelación, no se menciona medio probatorio alguno de los allegados, ya fuera en algún sentido u otro, con el propósito de resolver el asunto litigioso propuesto con la demanda.

En efecto, si el Despacho Judicial de primera instancia, hubiera visto y analizado el contenido de los documentos identificados en los numerales 10 al 17, habría descubierto que contiene la denominada publicidad engañosa que es objeto de discusión en la **PRETENSIÓN PRINCIPAL**.

De la misma manera, si el Despacho Judicial de primera instancia, hubiera visto y analizado, los documentos identificados en los numerales 29 y 30 esto es la Escritura Pública No. 3.253 de 4 de junio de 1997 de la Notaría 1 del Círculo de Bogotá, D.C., y la Escritura pública No. 3254 de 4 de junio de 1997 de la Notaría 1 del Círculo Notarial de Bogotá, D.C., habría descubierto los elementos que son objeto de discusión de la "**Primera pretensión subsidiaria**" a la "**Cuarta pretensión subsidiaria**", esto es las pretensiones de declaratorio de inexistencia o de declaratoria de nulidad del negocio jurídico, al que se refiere el documento

titulado **“PROMESA DE VENTA DE DERECHOS FIDUCIARIOS PROYECTO CAPITAL TOWERS HOTEL EMBAJADA”**.

Del contrato de compraventa (Escritura Pública No. 3.253 de 4 de junio de 1997) y del contrato de fiducia mercantil antes identificados, que se deben analizar en conjunto con el **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL INMOBILIARIA IRREVOCABLE”** (Escritura pública No. 3254 de 4 de junio de 1997), quedó estipulado que la finalidad de la fiducia mercantil, de conformidad con lo definido en el artículo 1226 del Código de Comercio, era el desarrollo de un **“PROYECTO INMOBILIARIO ESPECIFICO”**, del cual, lo que sería objeto de negocios jurídicos, eran las **“ventas de las unidades inmuebles privadas resultantes de la construcción del proyecto inmobiliario específico de actividad múltiple”**. Este aspecto, se puede evidenciar claramente las estipulaciones de dichos contratos, referidas entre otros, en los siguientes hechos de la demanda así:

“Hecho 2. El 29 de mayo de 1997, la Junta Coordinadora del Proyecto Ciudad Salitre, tal como consta en el documento que contiene el Acta No. 117, tomó la siguiente decisión:

“La Junta efectuada la deliberación correspondiente y conforme al esquema de negociación planteado, es decir de pago del lote contra el diez y ocho (18%) por ciento de las **ventas de las unidades inmuebles resultantes del proyecto inmobiliario específico que se construya en el lote vendido**, el cual a su vez, debe ser aportado a un fideicomiso, autorizó al fiduciario FIDUCIARIA CENTRAL S.A.) la transferencia de este lote (matrícula inmobiliaria 50C-1456210) a cualquiera de las siguientes firmas: CUSEZAR S.A., ORGANIZACION LUIS CARLOS SARMIENTO ANGULO, LUIS FERNANDO CORREA Y ASOCIADOS y PARAQUEADEROS TEQUENDAMA.

“Hecho 4. El precio y la forma de pago del inmueble identificado con matrícula inmobiliaria 50C-1456210, acordado entre la FIDUCIARIA CENTRAL S.A., y la sociedad LUIS F. CORREA Y ASOCIADOS S.A., quedó estipulado en la cláusula **“SEXTA”** del contrato de compraventa (Escritura Pública No. 3.253 de 4 de junio de 1997), en los siguientes términos:

“SEXTA: DETERMINACION DEL PRECIO DE LA COMPRAVENTA Y FORMA DE PAGO.- EL VENDEDOR y EL COMPRADOR convienen que el precio de la presente compraventa se determina con sujeción a las siguientes reglas: Si EL COMPRADOR, inicia el Proyecto Inmobiliario Especifico el precio de la compraventa será el que resulte de sumar los valores que arrojen las **“liquidaciones parciales del precio”**, que se irán efectuando en la medida en que EL COMPRADOR enajene a cualquier título, en favor de terceros, **las unidades inmuebles resultantes de la construcción del proyecto inmobiliario específico. (...)**”.

La circunstancia de que la finalidad de la fiducia estipulada en el “CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL INMOBILIARIA IRREVOCABLE” (Escritura pública No. 3254 de 4 de junio de 1997), que formó un patrimonio autónomo denominado “FIDEICOMISO FIDUCENTRAL SMIII-9”, fuera para el desarrollo del “PROYECTO INMOBILIARIO ESPECIFICO” y para la venta de **“las unidades inmuebles resultantes de la construcción del proyecto inmobiliario específico. (...)”**, produjo, entre otros efectos, los que tienen que ver con la modalidad contractual en que la fiduciaria y el fideicomitente, podían vincular a terceras personas al proyecto inmobiliario mencionado y la destinación que dicha fiduciaria y fideicomitente, estaban obligadas, por sus propios contratos celebrados por ellas dos, a dar a las sumas de dinero, captadas del público en general, entre ellas, la suma pagada por el demandante **RODRIGO PRADILLA ANGEL**.

Según, dichos contratos de compraventa y fiducia mercantil, los recursos provenientes del público, tenía una destinación específica, estipulada así, como se menciona, entre otros, en los siguientes hechos de la demanda.

“Hecho 5. El precio del inmueble identificado con matrícula inmobiliaria **50C-1456210**, correspondiente a la suma de TRES MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS OCHO MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y CUATRO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$3.953.808.384), o la suma que finalmente haya sido, no fue pagado a favor de la **FIDUCIARIA CENTRAL S.A.**, y/o a favor de la **BENEFICENCIA DE CUNDINAMARCA**, con recursos propios de la sociedad **LUIS F. CORREA Y ASOCIADOS S.A.**, porque el precio de dicho inmueble se pagó con **“los recursos provenientes de captaciones del público con la destinación específica de ser aplicados a la compra de inmuebles, los provenientes de órdenes de separación de inmuebles, y los recaudados por las ventas de ellos o en general de la enajenación de muebles o inmuebles a cualquier título oneroso”**, tal como así quedó pactado en la **“CLAUSULA SEXTA”** del **“CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL INMOBILIARIA IRREVOCABLE”**. En tales circunstancias, el precio del inmueble aquí mencionado se pagó con los recursos captados del público (ahorro de terceros) (literal d numeral 19 del artículo 150, numeral 24 y 25 del artículo 189 de la Constitución Política de 1991).

Hecho 6. **“[L]os recursos provenientes de captaciones del público con la destinación específica de ser aplicados a la compra de inmuebles, los provenientes de órdenes de separación de inmuebles, y los recaudados por las ventas de ellos o en general de la enajenación de muebles o inmuebles a cualquier título oneroso”**, esto es, las sumas de dinero destinadas para el pago del precio del inmueble identificado con matrícula inmobiliaria 50C-1456210, fueron captados directamente por la **FIDUCIARIA CENTRAL S.A.**, de los terceros, es decir, de todas aquellas personas del público en general, que entregaron las sumas de dinero a dicha fiduciaria, con la destinación específica de ser aplicados a la compra de las unidades inmuebles resultantes de la construcción Proyecto

Inmobiliario Específico de “**ACTIVIDAD MULTIPLE SMIII-9 PROPIEDAD HORIZONTAL**”, entre dichas personas el demandante **RODRIGO PRADILLA ANGEL**.

En ese sentido, para que no quedara ninguna duda acerca de cuál debía ser la destinación de los “**recursos provenientes de captaciones del público**”, entre ellos, la suma de dinero pagada por el demandante, se estipuló la siguiente prohibición, mencionada en los siguientes hechos de la demanda, así:

“**Hecho 7.** En el “**PARÁGRAFO SEXTO**” de la cláusula “**SEXTA**” del contrato de compraventa (Escritura Pública No. 3.253 de 4 de junio de 1997), se pactó una obligación de no hacer, a cargo de la sociedad **LUIS F. CORREA Y ASOCIADOS S.A.**, en los siguientes términos:

“**PARÁGRAFO SEXTO: PROHIBICIÓN.** - EL COMPRADOR se abstendrá de efectuar cualquier enajenación sobre el lote objeto de la compraventa salvo el contrato de fiducia mercantil que debe suscribir y no podrá desmembrarlo como subloteo para enajenar partes del mismo en favor de terceros, **ni hacer enajenaciones diferentes de las que recaigan sobre las unidades inmuebles resultantes de la construcción del Proyecto Específico de ACTIVIDAD MULTIPLE.**”.

“**Hecho 8.** La obligación de no hacer, a cargo de la sociedad **LUIS F. CORREA Y ASOCIADOS S.A.**, pactada en el “**PARÁGRAFO SEXTO**” de la cláusula “**SEXTA**” del contrato de compraventa (Escritura Pública No. 3.253 de 4 de junio de 1997), también quedó pactada a cargo de la **FIDUCIARIA CENTRAL S.A.**, debido a que dicha fiduciaria, no podía ella directamente, como tampoco podía permitirle a la sociedad **LUIS F. CORREA Y ASOCIADOS S.A.**, “**hacer enajenaciones diferentes de las que recaigan sobre las unidades inmuebles resultantes de la construcción del Proyecto Específico de ACTIVIDAD MULTIPLE.**”.

Igualmente, en el contrato de fiducia mercantil ya referido (Escritura Pública No. 3.254 de 4 de junio de 1997), se pactó una cláusula de irrevocabilidad, en los siguientes términos:

“**CLAUSULA DECIMA NOVENA**”, del “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL INMOBILIARIA IRREVOCABLE**”, (Escritura Pública No. 3.254 de 4 de junio de 1997), en la cual se estipuló lo siguiente:

“**CLAUSULA DECIMA NOVENA: IRREVOCABILIDAD.** - El presente contrato es irrevocable. En consecuencia, no podrá darse por terminado ni modificarse parcialmente, sino con el consentimiento previo, expreso y escrito del FIDEICOMITENTE, de los beneficiarios y de la FIDUCIARIA, siempre y cuando no se afecten derechos de terceros”.

Obsérvese cómo el negocio jurídico, al que se refiere el documento titulado **“PROMESA DE VENTA DE DERECHOS FIDUCIARIOS PROYECTO CAPITAL TOWERS HOTEL EMBAJADA”**, que está demandado por inexistencia o por nulidad, hace referencia a la venta de unos supuestos **“DERECHOS FIDUCIARIOS INHERENTES A LA PROPIEDAD Y OPERACIÓN ECONÓMICA DEL HOTEL EMBAJADA, DETERMINADOS COMO MINISUITE DOSCIENTOS VEINTITRÉS C (223 C)”**, derechos fiduciarios que de conformidad con los contratos de la Escritura Pública No. 3.253 de 4 de junio de 1997 y de la Escritura Pública No. 3.254 de 4 de junio de 1997, no estaban permitidos, porque dichos contratos, no los contemplaban y, por el contrario, los prohibían, porque estaba estipulado que la **FIDUCIARIA CENTRAL S.A.**, y la sociedad **LUIS F. CORREA Y ASOCIADOS S.A.**, no podían **“hacer enajenaciones diferentes de las que recaigan sobre las unidades inmuebles resultantes de la construcción del Proyecto Específico de ACTIVIDAD MULTIPLE”**.

3. En la sentencia objeto de apelación, se consideró que la **“PROMESA DE VENTA DE DERECHOS FIDUCIARIOS PROYECTO CAPITAL TOWERS HOTEL EMBAJADA”**, objeto de litigio, fue cumplida y en consecuencia que fue agotado su objeto, circunstancia que en realidad no ocurrió, con lo cual el fallo apelado desconoce entre otros, los artículos 1551, 1602, 1603, 1626, 1627, 1757 del Código Civil; entre otros los artículos 1226, 1233, 1234, 1234 y 1240 del Código de Comercio.

De conformidad con el artículo 1602 del Código Civil *“todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales. Y según el artículo 1603 del Código Civil, “los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”*.

Como el Despacho de Primera instancia, no descendió al contenido del documento que contiene la **“PROMESA DE VENTA DE DERECHOS FIDUCIARIOS PROYECTO CAPITAL TOWERS HOTEL EMBAJADA”**, no logró identificar cuáles fueron las obligaciones a cargo de las demandadas **FIDUCIARIA CENTRAL S.A.**, y la sociedad **LUIS F. CORREA Y ASOCIADOS S.A.**, a favor del demandante **RODRIGO PRADILLA ANGEL**, quien fue el único extremo que sí cumplió con la obligación de pagar la suma de **\$34.000.000**. En esta orientación, el Despacho de Primera instancia, se limitó considerar que se había dado cumplimiento a la promesa, a pesar de que así no ocurrió.

En la cláusula **“PRIMERA”** de la **“Segunda parte: CONDICIONES GENERALES”**, del documento titulado **“PROMESA DE VENTA DE DERECHOS FIDUCIARIOS PROYECTO CAPITAL TOWERS HOTEL EMBAJADA”**, se estipuló lo siguiente:

“PRIMERA.- EL PROMETIENTE VENDEDOR se obliga a enajenar, en favor de EL PROMETIENTE COMPRADOR, y éste a adquirir de aquel, las Cuotas o Derechos Fiduciarios de que trata la condición segunda de la primera parte de este documento. Estas cuotas (o Derechos Fiduciarios) conferirán a AL PROMETIENTE COMPRADOR, “a prorrata de su respectiva participación, los siguientes derechos y facultades básicas:

a).- A percibir los rendimientos económicos derivados de la actividad de explotación económica de las **doscientas sesenta y un (261) habitaciones** que integrarán la unidad predial del HOTEL EMBAJADA, dentro de la red de operación DIPLOMAT HOTELS, que hará parte del proyecto Inmobiliario CAPITAL TOWERS.

b).- A participar en la toma de decisiones que, de conformidad con el contrato de Operación Hotelera a que se refiere el parágrafo de la cláusula primera de la parte general de esta promesa, y que desde ahora irrevocablemente acepta EL PROMETIENTE COMPRADOR, les corresponda adoptar a la Junta de Beneficiarios de los Derechos Fiduciarios en la parte del patrimonio autónomo FIDEICOMISO FIDUCENTRAL SMIII-9 que corresponda a la propiedad y explotación económica del HOTEL EMBAJADA.

c).- A participar, en proporción al porcentaje que sus derechos de participación representen en la totalidad de los derechos que conforman la parte del patrimonio autónomo inherente a la propiedad y explotación económica del HOTEL EMBAJADA, en la comunidad sobre la propiedad de la respectiva unidad inmueble cuando, por cualquier causa legal o convencional, deba liquidarse el patrimonio autónomo FIDEICOMISO FIDUCENTRAL SMIII-9 en cabeza de FIDUCIARIA CENTRAL S.A.-“.

La parte demandada, no acreditó en el trámite del proceso, la existencia de la llamada **“unidad predial del HOTEL EMBAJADA, dentro de la red de operación DIPLOMAT HOTELS, que hará parte del proyecto Inmobiliario CAPITAL TOWERS”**, que estuviera integrada por las **“doscientas sesenta y un (261) habitaciones”**.

Por su lado, con la demanda el demandante allegó los certificados de la matrícula mercantil que corresponden a siete establecimientos de comercio, expedidos por la Cámara de Comercio de Bogotá, D.C., que tienen en su denominación comercial, la expresión **“HOTEL EMBAJA”** o **“DIPLOMAT HOTELS”**, así **1) HOTEL TRYP BOGOTÁ EMBAJADA** identificado con número de matrícula **02200652**, **2) HOTEL EMBAJADA**, identificado con número de matrícula **01937296**, **3) HOTEL EMBAJADA REAL**, identificado con número de matrícula **02197239**, **4) DIPLOMAT HOTEL S.A.**, identificada con NIT **900.318.712-7**, **5) DIPLOMAT EMBAJADA**, identificada con NIT **900.505.512-2**, **6) DIPLOMAT WYNDHAM BOGOTÁ**, identificada con NIT **900.511.782-9**, **7) HOTEL WYNDHAM BOGOTÁ**, identificado con número de matrícula **02200656**. Tiene

como común denominador los establecimientos de comercio antes referidos, que no se tratan de la “**unidad predial del HOTEL EMBAJADA, dentro de la red de operación DIPLOMAT HOTELS, que hará parte del proyecto Inmobiliario CAPITAL TOWERS**”, que estuviera integrada por las “**doscientas sesenta y un (261) habitaciones**”. Así mismo, ninguno de los establecimientos de comercio referidos, no figuran como de propiedad o como integrantes (artículo 1233 del Código de Comercio) de ninguno de los patrimonios autónomos denominados **FIDEICOMISO FIDUCENTRAL SMIII-9, “FIDEICOMISO HOTEL EMBAJADA” “FIDEICOMISO HOTEL WYNDHAM SALITRE**”, que fueron vinculados como sujetos demandados en la demanda.

En consecuencia, si la llamada “**unidad predial del HOTEL EMBAJADA, dentro de la red de operación DIPLOMAT HOTELS, que hará parte del proyecto Inmobiliario CAPITAL TOWERS**”, que estuviera integrada por las “**doscientas sesenta y un (261) habitaciones**”, no tuvo existencia, como no fue demostrada por la demandada, no es posible legal y materialmente llegar a la conclusión vertida en la sentencia objeto de apelación de que sí se dio cumplimiento a la promesa, en el aspecto relacionado, con el pago, la entrega o la percepción de los supuestos “**rendimientos económicos derivados de la actividad de explotación económica**”, de un objeto inexistente. En consecuencia, la obligación a cargo de las demandadas estipulada en el literal **a)** de la cláusula “**PRIMERA**” de la “**Segunda parte: CONDICIONES GENERALES**”, del documento titulado “**PROMESA DE VENTA DE DERECHOS FIDUCIARIOS PROYECTO CAPITAL TOWERS HOTEL EMBAJADA**”, no fue cumplida a favor del demandante **RODRIGO PRADILLA ANGEL**, pero, aun así, en la sentencia objeto de apelación, se aceptó por cumplida.

De conformidad con el artículo 1626 del Código Civil, “**el pago efectivo es la prestación de lo que se debe**”. Y de conformidad con el artículo 1627 del Código Civil, “*el pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las leyes.*”

El acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba, ni aún a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida”.

Para el caso de la obligación aquí referida, a cargo de la demandada y a favor del demandante, no se cumplieron los requisitos establecidos en las normas referidas para la validez del pago, razón por la cual, no se puede aceptar por cumplida como así lo acepta la sentencia objeto de apelación.

Otra de las prestaciones a cargo de la demanda y a favor del demandante, es la estipulada en el literal **c)** de la cláusula “**PRIMERA**” de la “**Segunda parte: CONDICIONES GENERALES**”, del documento titulado “**PROMESA DE VENTA DE DERECHOS FIDUCIARIOS PROYECTO CAPITAL TOWERS HOTEL EMBAJADA**”, que consiste en “**participar, en proporción al porcentaje que sus derechos de participación representen en la totalidad de los derechos que conforman la parte del patrimonio autónomo inherente a la propiedad y explotación**”.

económica del HOTEL EMBAJADA, en la comunidad sobre la propiedad de la respectiva unidad inmueble cuando, por cualquier causa legal o convencional, deba liquidarse el patrimonio autónomo FIDEICOMISO FIDUCENTRAL SMIII-9 en cabeza de FIDUCIARIA CENTRAL S.A.-

De la interpretación de la cláusula aquí referida, se deduce sin lugar a ninguna duda la referencia o mención a un patrimonio autónomo denominado **FIDEICOMISO FIDUCENTRAL SMIII-9 en cabeza de FIDUCIARIA CENTRAL S.A.**

El artículo 1233 del Código de Comercio consagra que, “*para todos los efectos legales, los bienes fideicomitados deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo*”.

En la cláusula referida, se identifica el acto constitutivo del patrimonio autónomo denominado **FIDEICOMISO FIDUCENTRAL SMIII-9**, que es el “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL INMOBILIARIA IRREVOCABLE**”, celebrado entre la sociedad **LUIS F. CORREA Y ASOCIADOS S.A.**, como fiduciante, fideicomitente o constituyente y la **FIDUCIARIA CENTRAL S.A.**, como fiduciario, mediante la escritura pública No. 3254 de 4 de junio de 1997, de la Notaría 1 del Círculo Notarial de Bogotá, D.C.

De conformidad con el numeral 2 del artículo 1234 del Código de Comercio, uno de los “deberes indelegables del fiduciario, además de los previstos en el acto constitutivo” es, “*mantener los bienes objeto de la fiducia separados de los suyos y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios*”. Esto significa que no es posible confundir, mezclar o refundir los patrimonios autónomos administrados por una fiduciaria. En esa orientación, como la cláusula antes referida hace mención e identifica el patrimonio autónomo denominado **FIDEICOMISO FIDUCENTRAL SMIII-9**, para todos los efectos del cumplimiento de lo estipulado en el literal c), el patrimonio a tener en cuenta es el mencionado y no otro.

Otro de los aspectos que se deduce sin lugar a ninguna duda del literal **c)** ya referido, es el de la extinción o la liquidación del patrimonio autónomo denominado **FIDEICOMISO FIDUCENTRAL SMIII-9**, hecho este, del cual se derivaría o nacería, la posibilidad a favor del demandante RODRIGO PRADILLA ANGEL, a “participar” en los derechos mencionados en la cláusula, “*cuando, por cualquier causa legal o convencional, deba liquidarse el patrimonio autónomo FIDEICOMISO FIDUCENTRAL SMIII-9 en cabeza de FIDUCIARIA CENTRAL S.A.*”.

Las causas de extinción o liquidación del negocio fiduciario están consagradas en el artículo 1240 del Código de Comercio, así: “*Son causas de extinción del*

negocio fiduciario, además de las establecidas en el Código Civil para el fideicomiso, las siguientes:

- 1) Por haberse realizado plenamente sus fines;*
- 2) Por la imposibilidad absoluta de realizarlos;*
- 3) Por expiración del plazo o por haber transcurrido el término máximo señalado por la ley;*
- 4) Por el cumplimiento de la condición resolutoria a la cual esté sometido;*
- 5) Por hacerse imposible, o no cumplirse dentro del término señalado, la condición suspensiva de cuyo acaecimiento pende la existencia de la fiducia;*
- 6) Por la muerte del fiduciante o del beneficiario, cuando tal suceso haya sido señalado en el acto constitutivo como causa de extinción;*
- 7) Por disolución de la entidad fiduciaria;*
- 8) Por acción de los acreedores anteriores al negocio fiduciario;*
- 9) Por la declaración de la nulidad del acto constitutivo;*
- 10) por mutuo acuerdo del fiduciante y del beneficiario, sin perjuicio de los derechos del fiduciario, y*
- 11) Por revocación del fiduciante, cuando expresamente se haya reservado ese derecho”.*

En la “**CLAUSULA DECIMA SEPTIMA: CAUSALES DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO**”, del “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL INMOBILIARIA IRREVOCABLE**”, celebrado mediante la escritura pública No. 3254 de 4 de junio de 1997, de la Notaría 1 del Círculo Notarial de Bogotá, D.C., se estipuló lo siguiente: “El presente contrato se podrá dar por terminado antes del plazo señalado por: 1.- Por haberse incumplido el objeto del presente contrato. 2.- Por imposibilidad manifiesta sobreviniente de continuar el desarrollo del objeto del contrato. 3.- Por renuncia de la FIDUCIARIA, cuando se den las causales previstas en el artículo 1240 del Código de Comercio. 4.- Por cumplirse el término fijado en la ley o en este contrato. 5. Por pérdidas acumuladas del patrimonio autónomo, no superables en el mediano plazo, que superen en un cincuenta por ciento (50%) el monto de los activos iniciales del fideicomiso al momento de constituirse”.

En los hechos 319 a 357 de la demanda, se demostró que con relación al **patrimonio autónomo FIDEICOMISO FIDUCENTRAL SMIII-9**, ya se presentaron las causales legales y las contractuales para que deba liquidarse, extinguirse o terminarse, por lo menos desde el **23 de junio de 2011**. Sin embargo, el demandante **RODRIGO PRADILLA ANGEL**, a pesar de que ya se presentó el evento de la liquidación del patrimonio autónomo referido, contemplado en el literal **c)** de la cláusula “**PRIMERA**” de la “**Segunda parte: CONDICIONES GENERALES**”, del documento titulado “**PROMESA DE VENTA DE DERECHOS FIDUCIARIOS PROYECTO CAPITAL TOWERS HOTEL EMBAJADA**”, no recibió de las demandadas, la prestación contemplada en el literal aquí referido. Es decir que, el demandante como consecuencia o resultado de la presencia de la causa legal o convencional de liquidación del **FIDEICOMISO FIDUCENTRAL SMIII-9**, no ha recibido ningún derecho, participación, beneficio o prestación. A pesar de la circunstancia aquí referida que no fue analizada en la sentencia objeto de

apelación, dicha providencia, sí acepta que se dio cumplimiento a la promesa, sin que dicho cumplimiento se haya dado, en los términos de los artículos 1626 y 1627 del Código Civil.

El Despacho Judicial de primera instancia, así como no descendió al estudio y análisis de la cláusula antes referida del documento titulado "**PROMESA DE VENTA DE DERECHOS FIDUCIARIOS PROYECTO CAPITAL TOWERS HOTEL EMBAJADA**", tampoco lo hizo con la con la siguiente: cláusula "**TERCERA**" de la "**Primera parte**" del documento titulado "**PROMESA DE VENTA DE DERECHOS FIDUCIARIOS PROYECTO CAPITAL TOWERS HOTEL EMBAJADA**", modificada por la cláusula "**TERCERA**" del documento titulado "**OTRO SI AL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA DE LOS DERECHOS FIDUCIARIOS INHERENTES A LA PROPIEDAD Y OPERACIÓN ECONÓMICA DEL HOTEL EMBAJADA, DETERMINADOS COMO MINISUITE DOSCIENTOS VEINTITRÉS C (223 C)**", se estipuló lo siguiente:

"**TERCERA:** Las partes contratantes acuerdan por este documento modificar la fecha de la formalización del negocio prometido en venta de qué trata la Cláusula Tercera y Parágrafo Primero del contrato inicial firmado el 11 de abril de 2007. En consecuencia, la cláusula tercera de la primera parte del documento inicial firmado por las partes quedará así: "**TERCERA: CELEBRACIÓN DEL NEGOCIO PROMETIDO. La enajenación de los derechos prometidos en venta se formalizará a más tardar el último día hábil del mes de diciembre de dos mil diez (2010), mediante una comunicación emitida por EL PROMETIENTE VENDEDOR con destino a la FIDUCIARIA CENTRAL S.A., con copia enviada por correo certificado a EL PROMETIENTE COMPRADOR, informándole el hecho de haberle transferido, a este último, los derechos fiduciarios objeto de la negociación. En la misma comunicación EL PROMETIENTE VENDEDOR le solicitará a FIDUCIARIA CENTRAL S.A., que efectúe como vocera del FIDEICOMISO SMIII-9, la inscripción en el Libro de Registro de Beneficiarios y que expida, con destino al PROMETIENTE COMPRADOR, la certificación de propiedad de los derechos fiduciarios adquiridos por éste. Parágrafo Primero.- El plazo aquí previsto se podrá prorrogar por un término adicional de seis (6) meses, es decir hasta el último día hábil del mes de junio de dos mil once (2011), por causa de reprogramaciones en la ejecución de las obras de construcción del Proyecto Inmobiliario, por cualquier imprevisto o fuerza mayor o caso fortuito. Parágrafo Segundo. EL PROMETIENTE COMPRADOR acepta desde ahora que la ejecución del contrato de operación hotelera solo se inicie hasta cuando hayan concluido la totalidad de las obras del Proyecto CAPITAL TOWERS**".

De conformidad con la cláusula antes referida, la prestación a favor del demandante **RODRIGO PRADILLA ANGEL** y a cargo de la demandada **FIDUCIARIA CENTRAL S.A.**, como vocera del **patrimonio autónomo FIDEICOMISO FIDUCENTRAL SMIII-9**, consistía en efectuar la inscripción de aquel demandante en el **Libro de Registro de Beneficiarios**, de dicho patrimonio

autónomo, esto es, del **FIDEICOMISO FIDUCENTRAL SMIII-9**. El plazo, esto es, de conformidad con el artículo 1551 del Código Civil, “**la época que se fija para el cumplimiento de la obligación**” fue “**hasta el último día hábil del mes de junio de dos mil once (2011)**”.

Si a la luz del artículo 1626 del Código Civil, “**el pago efectivo es la prestación de lo que se debe**”, para que la **FIDUCIARIA CENTRAL S.A.**, como vocera del **patrimonio autónomo FIDEICOMISO FIDUCENTRAL SMIII-9**, quedara liberada de la prestación u obligación a favor del demandante, estipulada en la cláusula antes referida, debió a más tardar el último día hábil [30] del mes de junio de dos mil once (2011), hacer, llevar a cabo o efectuar como vocera del **FIDEICOMISO SMIII-9**, la inscripción de **RODRIGO PRADILLA ANGEL** en el **Libro de Registro de Beneficiarios del FIDEICOMISO FIDUCENTRAL SMIII-9**. La conducta contractual exigida a la demandada **FIDUCIARIA CENTRAL S.A.**, como vocera del **patrimonio autónomo FIDEICOMISO FIDUCENTRAL SMIII-9**, a favor del demandante, no se llevó a cabo, en los términos dispuestos en la cláusula mencionada. En tales circunstancias, se presentó el incumplimiento contractual, que la sentencia objeto de apelación pasó por alto, como consecuencia de no haber estudiado y analizado la mencionada cláusula contractual.

Según el artículo 1757 del Código Civil, “**incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta**”. En el presente asunto litigioso, el demandante **RODRIGO PRADILLA ANGEL**, demostró o probó la existencia de la obligación o prestación antes referida a cargo de la **FIDUCIARIA CENTRAL S.A.**, como vocera del **patrimonio autónomo FIDEICOMISO FIDUCENTRAL SMIII-9**. En consecuencia, le incumbe a dicha fiduciaria demostrar o probar la extinción de la obligación a su cargo. Así mismo de conformidad con el artículo 167 del Código General del Proceso, “**incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen**”.

En el trámite de la demanda, la demandada **FIDUCIARIA CENTRAL S.A.**, como vocera del **patrimonio autónomo FIDEICOMISO FIDUCENTRAL SMIII-9**, no probó o no demostró el cumplimiento de la prestación u obligación a su cargo, esto es, no probó que efectuó como vocera del **FIDEICOMISO SMIII-9**, la inscripción del demandante **RODRIGO PRADILLA ANGEL** en el **Libro de Registro de Beneficiarios del patrimonio autónomo FIDEICOMISO FIDUCENTRAL SMIII-9**, más tardar el último día hábil [30] del mes de junio de dos mil once (2011). Al proceso no fue allegado ningún medio probatorio proveniente de la demanda aquí mencionada, mediante el cual haya probado haber cumplido la obligación a su cargo. De conformidad con las normas del Código de Comercio que regulan la fiducia mercantil, en particular el artículo 1234, la única persona facultada legalmente para el cumplimiento de la obligación antes referida era la

FIDUCIARIA CENTRAL S.A., como vocera del **patrimonio autónomo FIDEICOMISO FIDUCENTRAL SMIII-9**, que como se reitera, no cumplió con dicha obligación.

La demandada **LUIS F. CORREA Y ASOCIADOS S.A.**, en un acto de apoyo a su aliada contractual la **FIDUCIARIA CENTRAL S.A.**, intentó fallidamente demostrar el cumplimiento por esta última de la obligación o prestación, que consistía en efectuar la inscripción del demandante RODRIGO PRADILLA ANGEL en el **Libro de Registro de Beneficiarios**, del patrimonio autónomo **FIDEICOMISO FIDUCENTRAL SMIII-9**, mediante el contenido de las de Mayo de 2011 y de Junio 23 de 2011, cuya autoría es de MARTHA YELENA JARAMILLO GALLEGO, representante legal de la sociedad **LUIS F. CORREA Y ASOCIADOS S.A.**, dirigidas a el demandante RODRIGO PRADILLA ANGEL. Sin embargo, mediante dichas comunicaciones, no es posible acreditar el cumplimiento de la obligación a cargo de la demandada **FIDUCIARIA CENTRAL S.A.**, como vocera del **patrimonio autónomo FIDEICOMISO FIDUCENTRAL SMIII-9**, porque no dan cuenta de que la prestación a cargo de esta se haya cumplido en los términos contractuales.

En la comunicación de Mayo 2011, no se hace referencia al **patrimonio autónomo FIDEICOMISO FIDUCENTRAL SMIII-9**, sino que se menciona una “*Vinculación Nuevo Fideicomiso*”, frente a lo cual se debe decir que, de conformidad con la cláusula antes mencionada, el demandante RODRIGO PRADILLA ANGEL, debía ser inscrito en el **Libro de Registro de Beneficiarios del patrimonio autónomo FIDEICOMISO FIDUCENTRAL SMIII-9**, no de ninguno otro, porque como valga reiterar, de conformidad con el artículo 1627 del Código Civil, “*el acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba, ni aún a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida*”. Y además porque si se aceptara en gracia de discusión, la posibilidad de que la inscripción en el **Libro de Registro de Beneficiarios**, no lo fuera del patrimonio autónomo **FIDEICOMISO FIDUCENTRAL SMIII-9**, sino de un “*Nuevo Fideicomiso*”, cualquiera que este fuera, para el último día hábil [30] del mes de junio de dos mil once (2011), no estaba constituido, como corresponde de conformidad con el artículo 1226 del Código de Comercio, mediante un contrato de fiducia mercantil.

En consecuencia, no existe ninguna duda de que las obligaciones estipuladas en cláusula “**TERCERA: CELEBRACIÓN DEL NEGOCIO PROMETIDO**” de la “**Primera parte: CONDICIONES ESPECIALES**” y en la cláusula “**PRIMERA**” de la “**Segunda parte: CONDICIONES GENERALES**” el documento titulado “**PROMESA DE VENTA DE DERECHOS FIDUCIARIOS PROYECTO CAPITAL TOWERS HOTEL EMBAJADA**”, no fueron cumplidas a favor del demandante **LUIS PRADILLA ANGEL** y a pesar de ello, en la sentencia de primera instancias,

objeto de apelación, se tuvieron por cumplidas y en consecuencia por agotado el objeto del negocio referido, lo cual no corresponde con la realidad ocurrida.

SOLICITUD

Con base en lo anteriormente expuesto, me permito solicitar la revocatoria de la sentencia proferida por el Señora Jueza de primera instancia en la audiencia celebrada el **4 de septiembre de 2020**, dentro del proceso de la referencia, para que, en su lugar, se dicte la sentencia que en derecho corresponda.

Cordialmente,

Luis Angel Mendoza Salazar

LUIS ANGEL MENDOZA SALAZAR

C.C. 74.242.450 de Moniquirá

T.P. 85.393 del C.S.J.

Carrera 14 No. 94 A 24 Oficina 305 Edificio Acocentro 94 P.H., Bogotá, D.C.

Teléfonos: 3164453056

Correo electrónico: <abogadolams@gmail.com>

HONORABLE

ADRIANA SAAVEDRA LOZADA
MAGISTRADA SALA DE CASACION CIVIL
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C.,
E. S. D.

REFERENCIA: DESARROLLO ARGUMENTOS RECURSO DE APELACION Y SUSTENTACION DE RECURSO

PROCESO: VERBAL EJECUTIVO SINGULAR DE MAYOR CUANTIA

RADICADO: 11001310302820180024200

DE: LUIS ROBERTO MUNAR MUNAR

CONTRA: JOSE RAFAEL MUNAR MUNAR

EDWIN ALBERTO RODRIGUEZ VELASQUEZ, mayor de edad y vecino de esta ciudad, identificado con la cedula de ciudadanía No. 80.894.310 abogado en ejercicio y portador de la tarjeta profesional de abogado No 169.641 del Consejo superior de la Judicatura, obrando en mi calidad de apoderado en mi calidad de apoderado de la PARTE DEMANDADA mediante el presente escrito me dirijo a su honorable despacho a fin de manifestar de la manera más respetuosa, mediante el presente escrito me permito **DESARROLLAR LO ARGUMENTOS ELEVADOS DENTRO DEL RECURSO DE APELACION**, en contra de los numerales 3,4, 5, 6, 7 y 8 de la sentencia elevada el día 26 de Octubre de 2020 notificada mediante estado No 054 del 27 de Octubre de 2020 recurso que sustento de la siguiente manera:

SENTENCIA IMPUGNADA Y OBJETO DE LA APELACIÓN.

Esta apelación tiene por objeto pedir al honorable sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá D.C., que examine los numerales 3, 4, 5, 6, 7 y 8 de la sentencia decidida por el A quo en el que declaro desestimo las excepciones y condeno a mi poderdante a cancelar las Costas y agencias en derecho.

CENSURA:

Se acusa a la sentencia por violación directa del artículo, 164, 165, 166, 167, 191, 240, 241, 280, 281 y 282 del Código General del proceso, así como el artículo 619, 631 y 784 del Código de comercio, 2535 del Código Civil, concentrándose el ataque en 3 cargos a saber en primer medida por indebida apreciación de las pruebas que conlleva a un fallo contra evidente, indebida aplicación de la ley sustancial y procesal, indebida apreciación y aplicación de las sentencias de las altas cortes según paso a detallar:

1. CARGO NÚMERO UNO:

Indebida apreciación de las pruebas que conlleva a un fallo contra evidente,

Conforme al artículo 164 del Código General del proceso toda decisión deberá fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso:

Conforme a lo anterior dentro del proceso de la referencia conforme a las pruebas debida y legalmente practicadas existieron A) las documentales obrantes dentro del proceso de la referencia dentro de las cuales se encuentran los dos títulos valores, B) peritaje debidamente aportado y sustentado en diligencia C) interrogatorio de parte de los intervinientes dentro del proceso de la referencia D) adicionalmente se deberá tener en cuenta la actitud de las partes así como las manifestaciones

realizadas por los apoderados; lo anterior a fin de determinar si de manera efectiva están demostradas las excepciones de mérito planteadas por este humilde servidor.

Al analizar de forma conjunta las pruebas practicadas dentro del proceso de la referencia encontramos lo siguiente.

De manera clara se evidencia por existió una indebida interpretación de las pruebas por cuanto al analizar las pruebas respecto a lo que se refiere a la letra de cambio No. 2 se evidencia:

Conforme al peritaje aportado por el suscrito y que no fue objetado en ningún momento por la parte demandante, en donde el Perito de manera clara y precisa tanto en el dictamen como en la sustentación concluyo lo siguiente

“**CONCLUSION:** con base en los analisis señalados tanto el fisico optimo y luminico como el de morfologia de signos se concluye lo siguiente:

PRIMERO: Las dos letras de cambio que reposan en el juzgado veintiocho civil del circuito de Bogota bajo el radicado 2018-0024200 dentro del proceso ejecutivo adelantado por **LUIS ROBERTO MUNAR MUNAR** contra **JOSE RAFAEL MUNAR MUNAR** a la orden de **LUIS ROBERTO MUNAR MUNAR** presentan **inconsistencias relacionadas con alteración aditiva o por agregación de signos en el último dígito del año en que debía pagarse la obligación mutándolo y convirtiéndolo el 2011 en 2017.**

Quien al sustentar el peritaje dentro de la audiencia existe un error de interpretacion a su dicho por el honorable Aquo por cuanto el perito indico que este estaba en imposibilidad de determinar la fecha de adulteracion por cuanto no existe metodo cientifico que determine tal situacion, pero en lo que tiene que ver con la adulteracion del titulo valor la misma fue debidamente explicada, determinada y de forma concluyente se determino con el examen a los titulos valores que existe una adulteracion aditiva de los titulos valores lo cual de manera clara y precisa no fue analizado por el Juez de instancia.

Ademas de lo anterior honorables magistrados no se tuvo en cuenta el Interrogatorio de parte Luis Roberto Munar Munar: minuto 16:00 en adelante en donde al analizar con detenimiento las manifestaciones por parte de la parte demandante este de forma clara y precisa indico a la pregunta del señor Juez minuto 22:55 ¿para claridad entonces ósea **las letras** si se hicieron o para que me aclare si le estoy entendiendo para ser canceladas el siete de septiembre de 2011 pero después las modificaron para el siete de septiembre de 2017, **a lo que el demandante contesto Si señor pero con previa autorización de mi hermano Rafael...**” y se le estaba absolviendo por ambos títulos valores no solo por el primero. Inclusive al minuto 34:47 al suscrito indagar si existían testigos de la modificación de las letras este indico “**el me firmo las letras las arreglamos y firmo y ya**” inclusive el honorable despacho le indaga a continuación ¿si lo recuerda que intervalo de tiempo hubo entre el tiempo en que se hizo la letra y luego le agregaron o le modificaron la fecha de vencimiento? A lo cual respondió **“la letra de \$69.233.000 en ese momento llevaba un año y un mes de elaborada, la otra letra estaba elaborada dos días antes,** a lo cual más adelante al indagar si las fechas de modificación más o menos correspondían al mes de Julio de 2011 este contesto que sí.

A lo cual honorables magistrados es claro y preciso que el demandante acepto que modifico no solo la letra de cambio No. 1, sino los dos objetos de recaudo lo cual se desprende de forma clara y precisa de lo que hasta aquí índico la parte demandante dentro del proceso de la referencia, tan es así que inclusive se encuentra demostrado y aceptado por la parte demandante que la modificación de los mismos se realizó en el mes de Julio de 2011, razón por la cual honorables magistrados

existe de manera clara y precisa un error por el juez de instancia al analizar la alteración del título valor No. 2 por cuanto inclusive la parte demandante de manera clara y precisa acepta que ambos títulos sufrieron una agregación posterior a la fecha de su creación, situación que a rajatabla es plena prueba de las excepciones planteadas por el suscrito en lo que tiene que ver en primer medida con la alteración del título valor letra de cambio tanto frente al No1 como al No2 objeto de Litis, además a la de prescripción extintiva de la obligación por cuanto está plenamente demostrado que la alteración obedeció según confesión realizada por el demandante para el mes de julio de 2011.

Además de lo anterior observemos la actitud contraria a la lealtad procesal de la parte demandante:

En primer medida honorables Magistrados nótese la disparidad entre el escrito que descurre traslado de las excepciones escrito del 6 de Junio de 2019 en el que la apoderada de la parte demandante se pronuncia respecto a la contestación y las excepciones propuestas por este servidor, al contestar el hecho primero señala “ Tal aseveración resulta ser temeraria pues según lo manifestado por mi representado, la mencionada letra de cambio la suscribió el demandado, totalmente diligenciada, en su presencia por el demandante sin espacios en blanco” y al contestar el cuarto señala “ Así mismo manifiesta la apoderada del demandado que los títulos base de recaudo, están repisados, con letra diferente y adulterada la fecha de vencimiento, ante esta afirmación quiero manifestar señor juez, que según lo manifestado por mi poderdante, la fecha de exigibilidad de la obligación que se pretende satisfacer en esta ejecución se plasmó para el día 7 de septiembre del año 2017, que los títulos fueron totalmente diligenciados por mi representado en presencia del demandado”.

Para lo cual y nótese que solo hasta que por intermedio de apoderado judicial el demandado al aportar el peritaje es que ahora de manera diáfana el demandante pretende hacer ver que ahora todo fue un mutuo acuerdo dado entre las partes el cual en ningún momento se realizó, señalando el demandante para efectos probatorios lo siguiente:

Nótese su señoría la total disparidad, por cuanto el demandado cambia de manera radical lo que señaló la apoderada judicial al pronunciarse sobre las excepciones, queriendo hacer ver Que las dos letras fueron modificadas con autorización del demandado Rafael Munar, porque según el dicho del demandante, en tres meses no le cancelaría la deuda con el contraída.

Lo cual todo lo anterior de haber sido analizado en debida forma por el honorable Juez Veintiocho Civil del Circuito de Bogotá en debida forma dentro de la sentencia que puso fin a la Litis hubiere declarado probadas las excepciones planteadas por este servidor y elevado las condenas respectivas en su totalidad a la parte demandante por su actuar contrario a derecho dentro del proceso de la referencia:

2. CARGO SEGUNDO

Indebida aplicación de la ley sustancial y procesal

Al respecto tenemos en primera medida que conforme al artículo 164 del Código General del Proceso: “Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho.”

Sentencia que a la luz de las pruebas, es contraria a derecho por cuanto lo que se demostró fueron las situaciones fácticas y jurídicas para decretar la totalidad de las excepciones de fondo planteadas por el suscrito apoderado judicial de la parte demanda.

En primer medida por cuanto al haberse probado la alteración del título valor debería haberse declarado la excepción de alteración del título valor No 2 junto con las respectivas sanciones del código de comercio ¹ así como la prescripción extintiva, lo anterior ante todo honorables magistrados.

Lo anterior máxime aun cuando el suscrito como apoderado judicial dio cumplimiento a la carga de la prueba establecida en el artículo 167 del Código General del Proceso, en lo tocante con lo que tiene que ver con las excepciones de alteración del título valor y prescripción extintiva de la obligación, resulta sorprendente que el honorable juez de instancia tome como un indicio una prueba científica y le aplique a esta un alcance como prueba diferente al que por ley este tiene máxime cuando la parte demandante nada objeto refuto o demostró que de manera grave desvirtuara dicha prueba, y en la que inclusive según las consideraciones del despacho exijan demostrar la fecha en que se realizó la mutación, cuando la real carga de la prueba es solo demostrar que de manera efectiva se realizó dicha alteración, estando en la obligación de adecuar el despacho el mandamiento de pago a lo probado, pero no generando una carga arbitraria y contraria a derecho que afecta de manera clara el debido proceso y los derechos que de orden constitucional tiene mi prohijado.

3. CARGO TERCERO

Indebida Apreciación Y Aplicación De Las Sentencias De Las Altas Cortes.

A) FRENTE A LA ALTERACION DEL TITULO VALOR.

Conforme la sentencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia sala de Casación civil Magistrado ponente **AROLD WILSON QUIROZ MONSALVO** STC16071-2019 Radicación n° 11001-02-03-000-2019-03790-00 en un caso similar indico "Al respecto, esta Sala al estudiar un asunto con alguna simetría al ahora auscultado, encontró razonable la decisión censurada, recordando que: *...en sentencia de 24 de junio de 2013, Exp. 2013-00140-01, dijo esta Sala: "La literalidad es principio propio de los "títulos-valores" que determina la existencia, contenido y modalidad del derecho que se incorpora, o, como lo explicó la Corte, en oportunidad anterior, establece "la dimensión de los derechos y las obligaciones contenidas en el título-valor, permitiéndole al tenedor atenerse a los términos del documento" (sentencia de casación de 19 de abril de 1993. Gaceta Judicial CCXXII. Número 2461. Páginas 355 a 375). Es[e] postulado, como lo precisó la Sala en la providencia mencionada, "es una garantía para quien desconoce los motivos que indujeron la creación o emisión del título, o ignora los convenios extracartulares...los terceros tenedores de buena fe"; apreciación jurisprudencial de la que se deduce, claramente, que frente a los suscriptores iniciales, la literalidad es relativa, por cuanto allí priman los términos del negocio causal. (...) **La adulteración del documento cambiario indudablemente afecta el postulado de la literalidad,***

¹ **ARTÍCULO 631. <OBLIGACIONES EN CASO DE ALTERACIÓN DEL TEXTO DE UN TÍTULO- VALOR>**. En caso de alteración del texto de un título-valor, los signatarios anteriores se obligan conforme al texto original y los posteriores conforme al alterado. Se presume, salvo prueba en contrario, que la suscripción ocurrió antes de la alteración.

pues, de manera unilateral y arbitraria, se introducen modificaciones a lo inicialmente establecido. Sin embargo, esa actuación, censurable en lo comercial, e incluso desde lo punitivo, no apareja como consecuencia la inexistencia, nulidad o ineficacia del título-valor, dado que según la norma específica que regula la materia, artículo 631 del estatuto mercantil: “En caso de alteración del texto de un título-valor los signatarios anteriores se obligan conforme al texto original y los posteriores conforme al alterado...”, aspecto que reafirma el precedente de la Corte, cuando en sentencia de tutela de 2 de febrero de 2009, exp. 02087-00 expresó: “...la adulteración, como lo expuso el fallo que se analiza, es claro que en tal circunstancia, por regla general, el título no deja de producir efectos cambiarios”,

En virtud de lo anterior y como lo establece la sentencia anterior deberá darse aplicación al artículo 631. Del Código de comercio que establece “<OBLIGACIONES EN CASO DE ALTERACIÓN DEL TEXTO DE UN TÍTULO- VALOR>. En caso de alteración del texto de un título-valor, los signatarios anteriores se obligan conforme al texto original y los posteriores conforme al alterado. Se presume, salvo prueba en contrario, que la suscripción ocurrió antes de la alteración.”

Al encontrarse demostrada la alteración del título y aunque el título valor no pierde validez la anterior sentencia de la Honorable Corte indica y explica que el deudor en caso de alteración estará obligado conforme a la literalidad del título anterior a la alteración, razón por la cual se deberá en concepto de este humilde servidor dar por probada la excepción de Alteración del título valor dando como fecha real del pago de la obligación el día 07 de septiembre de 2011.

Ahora bien téngase en cuenta su señoría que el suscrito apoderado dentro del término legal además de la excepción de fondo denominada **ALTERACIÓN DEL TÍTULO VALOR** alego excepción de prescripción.

Para lo anterior basta su señoría con analizar el artículo 789 del Código de Comercio en el que establece “La acción cambiaria directa prescribe en tres años a partir del día del vencimiento.”

En razón de lo anterior su señoría y al haberse ejecutado la obligación principal fuera de tiempo solicito se sirva decretar la excepción de fondo planteada **PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN CAMBIARIA**.

Además de lo anterior aunque es evidente que al honorable juez 28 Civil del circuito de Bogotá es quien le corresponde dar la carga necesaria al peritaje, se observa que la apreciación del mismo al analizar tanto el cuestionario elevado por el Aquo como el dictamen mismo, este con toda claridad, y con los estudios técnicos indico que de manera efectiva se alteró el título valor letra de cambio No 1 y No 2.

Es por ello que este humilde servidor considera que el despacho aunque es quien le da la carga a la prueba, este le dio una carga equivocada por ejemplo la sentencia de la honorable Corte suprema de justicia indico en sentencia STC15899 Radicación No 11001 – 02 – 03 - 000 – 2018 – 03749 -00 magistrado ponente LUIS

ALONSO RICO PUERTA indico lo siguiente: “....

De igual forma, sobre la valoración del dictamen pericial, esta Sala ha dicho que *«corresponde al juzgador en su carácter de autoridad suprema del proceso, valorar el dictamen pericial, laborío apreciativo en el cual, podrá acoger o no, in toto o en parte las conclusiones de los expertos, sea en su integridad, ora en uno o varios de sus segmentos, conformemente a la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos. Bajo esta perspectiva, cuando el trabajo de los expertos carezca de soporte cierto, razonable o verosímil, ofrezca serios motivos de duda, contenga anfibologías e imprecisiones, contradiga las evidencias procesales o se funde en conjeturas, suposiciones o informaciones no susceptibles de constatación objetiva, científica, artística o técnica, se impone el deber para el juzgador de desestimar el dictamen pericial y sustentar su decisión en los restantes elementos probatorios»* (cas. civ.16 may de 2011, exp. 52835-3103-001-2000-00005-01, reiterada en STC de 6 feb. de 2013, exp, 00229-02).

En razón a lo anterior sustento el recurso de apelación y en virtud de lo anterior solicito a este honorable despacho:

PRIMERO: Se revoque la sentencia de primera en lo tocante a los numerales os numerales 3, 4, 5, 6, 7 y 8 de la sentencia de primera instancia, elevando para tal fin sentencia sustitutiva en la que condene de manera integral a la parte demandante en su lugar al pago de las indemnización y costas con ocasión a la alteración del título valor, con la respectiva aplicación de la prescripción extintiva.

SEGUNDO: Se remita noticia criminal a la fiscalía General de La nación Por los presuntos Delitos causados por el Demandante con ocasión a la alteración del título valor.

Del Señor (a) Juez,

Atentamente,



EDWIN ALBERTO RODRÍGUEZ VELÁSQUEZ

C.C. No. 80.894.310 expedida en Bogotá D.C.

TP No 169.641 del Consejo superior de la Judicatura

ⁱ ARTÍCULO 784. <EXCEPCIONES DE LA ACCIÓN CAMBIARIA>. Contra la acción cambiaria sólo podrán oponerse las siguientes excepciones:

5) La alteración del texto del título, sin perjuicio de lo dispuesto respecto de los signatarios posteriores a la alteración

Honorable
ADRIANA SAAVEDRA LOZADA
MAGISTRADA SALA DE CASACION CIVIL
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA SALA CIVIL,
E. S. D.

REFERENCIA: SUSTENTO APELACION

**PROCESO VERBAL DE MAYOR CUANTIA DE DECLARACION DE EXISTENCIA
DE CONTRATO CIVIL**

RADICADO 11001310303220140023700

DE NINROD HERNANDEZ MENJURA
VS: JORGE ENRIQUE ROJAS ROA

EDWIN ALBERTO RODRIGUEZ VELASQUEZ, mayor de edad y vecino de esta ciudad, identificado con la cedula de Ciudadanía No. 80.894.310 expedida en Bogotá D.C, y portador de la T.P. No. 169.641 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi condición de apoderado de la parte demandante, mediante el presente escrito me dirijo a su honorable despacho a fin elevar **DESARROLLAR LOS ARGUMENTOS DE LA APELACION PRESENTADA** contra el numeral tercero, los cuales elevo de la siguiente manera:

CENSURA:

Conforme al audio de la audiencia de fallo elevado por el Honorable Juez 51 civil del Circuito de Bogotá D.C esta se determinó así” el suscrito no se encuentra conforme con la decisión en lo que tiene que ver única y exclusivamente con la indemnización por los perjuicios Causados por parte del señor JORGE ENRIQUE ROJAS, en el entendido de que no se dio la aplicación o se tiene que tener en cuenta que, se tomaron por ciertos los acápites o las preguntas realizadas en sobre cerrado por el apoderado y ello no se tuvo en cuenta al momento de dictar la respectiva sentencia así como lo dicho por el señor Alver Mauricio joven en el entendido de que el señor Ninrod recibía directamente la utilidad al momento de terminar el contrato razón por la cual el suscrito ataca esta providencia en el entendido de que se está aplicando posiblemente de manera equivocada la ley en el entendido de los perjuicios reitero causados a favor del señor Ninrod Hernandez.

En razón a lo anterior se extracta que se atacó la negativa en declarar la pretensión de indemnización de perjuicios Numero cuarta de la demanda descritas según la demanda así

CUARTO: Se declare que el señor **JORGE ENRIQUE ROJAS ROA**, mayor de edad y vecino de esta ciudad, identificado con la cedula de ciudadanía No. 19278063 expedida en Bogotá D.C., es deudor de la suma de **CIENTO TREINTA Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL PESOS (\$133.874.000 ML/CTE)** por concepto de perjuicios materiales consolidados indexados al momento de la respectiva decisión de instancia.

Determinado el ataque en la indebida aplicación de la ley al no acceder a dicha pretensión:

Lo anterior conforme a lo siguiente:

Al analizar y verificar el fallo en lo que tiene que ver con las consideraciones observamos honorables magistrados como de manera sesgada se indica que los referidos perjuicios no se acreditaron ni puntualizaron, pero es menester precisar por qué a la luz de la ley y naturalmente de las Sentencias de las Altas Cortes la respectiva sentencia la misma controvierte dichas directrices y las cuales determino de la siguiente manera:

A) De la actuación procesal desarrollada hasta el momento de la sentencia:

Como lo podemos observar dentro del respectivo expediente a folio 259 y 260 se encuentra el acta de audiencia celebrada por el Juez 50 Civil del Circuito el día 11 de Diciembre de 2017, diligencia a la que ni el apoderado judicial de la parte pasiva ni la parte Demandada se hicieron presentes, conforme a la constancia respectiva obrante dentro de la referida acta.

POR EL DESPACHO: 1. Se da inicio a la audiencia dejando la constancia de la comparecencia. No comparece la parte demandada ni su apoderado. Secretaria controle los términos para los efectos de Ley.

Nótese además que conforme a la audiencia de interrogatorio indicada anteriormente se observa que al minuto 2:05 se deja la constancia del sobre cerrado o pliego de preguntas elevado por el suscrito, obrante a folio 257 en la que a reglón seguido se dejó la constancia del termino de ley dado a la pasiva para su justificación, previo al interrogatorio de parte para aquella,

Para lo cual en su momento el despacho otorgo el término legal para la justificación, es así que al no Justificarse la inasistencia el despacho procedió a decretar las pruebas necesarias.

A fin de determinar las respectivas sanciones su señoría por la inasistencia del demandado, se debe tener en cuenta que la misma se dio conforme a la legislación del Código General del Proceso Artículo 372 como se observa en el folio 248 del expediente.

El Artículo 372 Numeral 4 determina las sanciones por la inasistencia del demandado indicado:

“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.”

Sanción que debe ser analizada a la luz del Artículo 205 del Código General del Proceso en la que indica:

“La inasistencia del citado a la audiencia, la renuencia a responder y las respuestas evasivas, harán presumir ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión sobre los cuales versen las preguntas asertivas admisibles contenidas en el interrogatorio escrito.

La misma presunción se deducirá, respecto de los hechos susceptibles de prueba de confesión contenidos en la demanda y en las excepciones de mérito o en sus contestaciones, cuando no habiendo interrogatorio escrito el citado no comparezca, o cuando el interrogado se niegue a responder sobre hechos que deba conocer como parte o como representante legal de una de las partes.

Si las preguntas no fueren asertivas o el hecho no admitiere prueba de confesión, la inasistencia, la respuesta evasiva o la negativa a responder se apreciarán como indicio grave en contra de la parte citada.

Conforme a lo anterior honorables magistrados debía haber sido analizada la respectiva sentencia en la que inclusive como se observa en la audiencia del día 19 de enero de 2021 minuto 2:30:00 en adelante se realiza apertura del sobre cerrado y se deja la constancia de las preguntas que se tomaran por ciertas, en las que se encontraba la pregunta referente a demostrar los perjuicios causados por parte del demandado al demandante, decisión que fue notificada en estrados y a la que los apoderados tanto del demandante como del demandado estuvieron conformes con la calificación y alcances al plenario elevado en sobre cerrado, sin que existiere recurso alguno frente al mismo reitero.

En sobre ello honorables magistrados que es el pilar fundamental de mi recurso por cuanto en un aparte de la audiencia el honorable Aquo declara y da por ciertas la gran mayoría de preguntas elevadas en sobre cerrado por el suscrito, en la que está la pregunta que tiene relación con los perjuicios económicos causados, sin tener en cuenta que al calificar dicho plenario se presume cierta la respuesta y se toma por cierto lo que indica dicha pregunta, y es no al demandante sino al demandado a quien le compete desvirtuar la presunción que tiene inmersa la sanción por inasistencia a la audiencia inicial del 372 del C G del P, y es el demandado quien a su turno no desvirtuó con las pruebas por el solicitadas la existencia de los perjuicios causados a favor de mi poderdante señor **NINROD HERNANDEZ MENJURA**, es por ello que el fallo en lo que tiene que ver con la negativa a la declaración de perjuicios no solo es contraria a la ley sino a las sentencias de las altas Cortes.

B) De la indebida aplicación de la ley y en razón a ella de las sentencias de las Altas Cortes:

Téngase en cuenta honorables Magistrados de manera adicional que el fallo del Aquo Contravierte las sentencias de las altas Cortes, en la que esta por ejemplo la sentencia de tutela de la Sala de Casación Civil Magistrado ponente LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA STC066-2020 Radicación n.º 76001-22-10-000-2019-00091-01

Que indica

(..."Sobre La "*confesión ficta*" la doctrina invita a recontar aquello que acerca de esta prueba inspira la norma del artículo 205 del Código General del Proceso: la aceptación o adjudicación de hechos que tienen consecuencias adversas para el confesante o citado a declaración de parte válidamente.

Según los expositores alemanes, confesión es "*la admisión de la verdad respecto de un hecho alegado por una de las partes en el procedimiento*"¹.

Para los franceses, consiste en "*la declaración por la cual una persona reconoce como verdad un hecho capaz de producir contra ella consecuencias jurídicas*"².

¹ KOBLE, Gerhard. *Juristisches Wörterbuch. Rechtsdeutsch für jedermann*. 2004. Pág. 222.

² BONNIER, Édouard. *Traité Théorique et Pratique des Preuves en Droit Civil et en Droit Criminel*. 1888. Pág. 309.

En Italia, por otra parte, siguiendo la letra del artículo 2730 *Código*, se tiene definida como “*la declaración que una parte hace de la verdad de los hechos a ella misma desfavorables y favorables a la otra parte*”³.

Distinta no ha sido la conceptualización que del instituto en mención ha realizado esta Corte⁴.

La confesión, medio de prueba y acto de voluntad⁵, “*consiste en la manifestación que hace una parte sobre hechos que pueden producirle consecuencias jurídicas adversas o que favorezcan a la parte contraria*”⁶; confesar, pues, es “*reconocer como verdadero un hecho o un acto de índole suficiente para producir contra el que lo admite consecuencias jurídicas*”⁷, certeza que puede predicarse tanto de los hechos trasuntados como fundamento de la demanda o como basamento de las excepciones propuestas⁸.

El **fundamento** del aludido medio de prueba, lo tienen dicho expositores nacionales⁹ y ha insistido la Sala, se cifra en una tenaz y poderosa presunción de certeza, “*(...) puesto que vencida la repugnancia que cada cual tiene de pronunciar su propia condenación, la declaración afirmativa del confesante no puede ser sino la expresión de la verdad*”¹⁰.

Pero su valor probatorio no deviene ni puede derivar tanto de ser una demostración de la verdad, como de implicar el reconocimiento voluntario por parte de quien podía renunciar a su derecho de exigir la prueba por su adversario¹¹.

La confesión, según lo determina el artículo 191 del Código General del Proceso, **debe recaer forzosamente sobre hechos** y no sobre aplicaciones legales o principios de derecho.

Sobre este aspecto, la Corte tiene por averiguado:

“La prueba (de confesión) siempre concierne al hecho que es la materia del debate, no a su calificación jurídica o a las actuaciones de la ley que el hecho pueda determinar. Es al juez a quien corresponde esclarecer cuáles son las normas positivas que entran en actividad ante la prueba de cada hecho, lo que no es sino aplicación del principio según el cual la gestión de las partes termina con la demostración de los hechos, pues con

³ SCARDACCIONE, Aurelio. *Le Provee*. 1965. Pág. 278.

⁴ La jurisprudencia de la Sala ha sido prolija en punto a la conceptualización de la figura de la confesión. En obsequio de la brevedad, se relacionan, como sentencias de interés, sobre este tópico, las siguientes: CSJ. SC. Sentencias de 24 de octubre de 1936; de 3 de noviembre de 1936; de 22 de abril de 1937; 21 de mayo de 1938 (Auto de Sala de Negocios Generales); 19 de abril, 23 de octubre y 1 de diciembre de 1939; de 29 de mayo y de 2 de agosto de 1941; de 9 de marzo de 1949; de 12 de noviembre de 1954. Entre otras varias.

⁵ Sobre la confesión como acto de la voluntad, véanse: CSJ. SC. Sentencias de 9 de marzo de 1949 y de 12 de noviembre de 1954.

⁶ CSJ. SC. Sentencia de 26 de enero de 1977.

⁷ CSJ. SC. Sentencia de 30 de agosto de 1947.

⁸ CSJ. SC. Sentencia de 2 de agosto de 1941 y 12 de noviembre de 1954.

⁹ Cfr. por todos: MARTÍNEZ SILVA, Carlos. *Tratado de Pruebas Judiciales (Civiles-Penales-Comerciales)*. 1978. Págs. 110-111; ROCHA ALVIRA, Antonio. *De la Prueba en Derecho*. 1967. Págs. 213-214.

¹⁰ CSJ. SC. Sentencia de 26 de septiembre de 1916.

¹¹ CSJ. SC. Sentencia de 7 de mayo de 1946.

*ella comienza la función jurisdiccional de enfrentarlos con los preceptos en orden a decidir las situaciones jurídicas concretas*¹².

De las varias clasificaciones de la confesión, previstas en la legislación positiva, importa destacar que, en atención a su forma de obtención, ésta puede revestir el **carácter de provocada, espontánea y tácita o presunta**.

En relación con ésta última, aquí relevante, estatuye el artículo 205 del Código General del Proceso:

“La inasistencia del citado a la audiencia, la renuencia a responder y las respuestas evasivas, harán presumir ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión sobre los cuales versen las preguntas asertivas admisibles contenidas en el interrogatorio escrito.”

“La misma presunción se deducirá, respecto de los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda y en las excepciones de mérito o en sus contestaciones, cuando no habiendo interrogatorio escrito el citado no comparezca, o cuando el interrogado se niegue a responder sobre hechos que deba conocer como parte o como representante legal de una de las partes (...).”

Esta norma, que en lo medular reproduce lo ya dispuesto en los artículos 617¹³ y 618¹⁴ del Código Judicial de 1931 o en el 210 del recientemente derogado Código de Procedimiento Civil, prevé que el aludido tipo de confesión tendrá lugar, primero, cuando citado personalmente el absolvente, con señalamiento de la fecha y hora para llevar a cabo la audiencia donde hubiere de recibirse su declaración, sea renuente a responder o dé respuestas evasivas, hará presumir como ciertos los hechos susceptibles de esa prueba sobre los cuales *“versen las preguntas asertivas admisibles contenidas en el interrogatorio escrito”*.

La segunda hipótesis, que debe entenderse en conjunción con el numeral 4º del artículo 372 del Estatuto Procesal, establece, sin ambages, que la inasistencia injustificada del citado a la diligencia, *“(...) hará presumir ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión contenidos en la demanda y en las excepciones de mérito o en sus contestaciones”*.

En cuanto al **mérito probatorio de la confesión ficta, tácita o presunta**, cabe observar, por un lado, que está sujeta, en lo pertinente, a las exigencias generales a toda confesión que al respecto señala el artículo 191, *ibídem*; y por otro, que según la regla 197 C.G.P., *“admite prueba en contrario”*.

Para su validez, pues, se requiere, como bien lo tiene dicho la Sala, en pronunciamiento ahora reiterado,

¹² CSJ. SC. Sentencia de 14 de abril de 1947. Reiterada en otro fallo de casación del 26 de junio de 1952. En doctrina: BONNIER, Édouard. *Traité Théorique et Pratique des Preuves en Droit Civil et en Droit Criminel*. 1888. Pág. 309.

¹³ *“Si el absolvente se niega a contestar, o da respuestas evasivas o inconducentes, el Juez le amonesta previniéndole que si no contesta de modo preciso, se tiene como cierto el hecho preguntado y toma nota de esto en la diligencia.”*

“Si no contesta, o si la respuesta se deduce que el absolvente elude sin motivo razonable la contestación categórica, el Juez, al estimar el mérito probatorio de la diligencia, tiene por cierto el hecho preguntado; pero si la renuencia no es manifiesta, la contestación se considera como un indicio más o menos grave de la verdad del hecho, según la relación que tenga con las demás pruebas (...).”

¹⁴ *“Cuando la persona citada personalmente no se presenta en la hora y lugar designados, se presumen ciertos los hechos preguntados y admisibles, previos los trámites de una articulación (...).”*

“(...) que ese presunto confesante tenga capacidad para confesar y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado; que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria; que “verse sobre hechos personales del confesante o de que tenga conocimiento”; y, por último, que recaiga sobre hechos susceptibles de ser probados por confesión (...)”.

Además de lo expuesto, para que haya confesión ficta o presunta, con las consecuencias de orden probatorio que se han indicado, requiérase sine qua non que en todo caso se hayan cumplido las formalidades que para la prueba de confesión exige la ley”¹⁵.

En punto a lo segundo, se tiene por averiguado, y en verdad así se desprende del claro tenor del artículo 205, citado, que la confesión ficta, y en general todo medio de prueba de este tipo, engendra una presunción de tipo legal.

La no comparecencia del citado a la audiencia donde habrá de llevarse a cabo el interrogatorio, o a la inicial (o de instrucción y juzgamiento, cuando son concentradas), da lugar, como se señaló precedentemente, a tener por ciertos los hechos susceptibles de este tipo de prueba...”)

Es por ello que conforme a lo expresado por la anterior sentencia y las demás existentes en lo que tiene que ver con la sanción del Artículo 205, considero honorables Magistrados y de forma Respetuosa que la sentencia del 19 de Enero de 2021 va en contra de la ley así como de las sentencias que en la materia existen, por cuanto no es posible que se tome como cierta una pregunta obrante en sobre cerrado, pero que en la sentencia que pone fin a la Litis determine que no esta plenamente demostrados los perjuicios materiales, sin que se tenga en cuenta las sanciones de ley así como lo dicho tanto por el señor Ninrod Hernandez en su interrogatorio como por el señor Alver Mauricio Joven en su testimonio, y menos cuando la parte pasiva no desvirtuo la presunción legal que existe por las pruebas debidamente practicadas y la sanción antes indicada.

En virtud de lo anterior solicito a ustedes señores Magistrados:

PRIMERO: Se revoque la sentencia de primera instancia en lo que tiene que ver a la negativa de conceder los perjuicios materiales solicitados en la pretensión Cuarta de la demanda, Adicionando la sentencia de primera instancia en tal sentido.

De su honorable despacho

Atentamente.



EDWIN ALBERTO RODRIGUEZ VELASQUEZ
C.C. No. 80.894.310 expedida en Bogotá D.C,
T.P. No. 169.641 del Consejo Superior de la Judicatura

¹⁵ CSJ. SC. Sentencia de 10 de febrero de 1975.

DOCTORA

LIANA AIDA LIZARAZO VACA

MAGISTRADA PONENTE

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL – SALA 8 CIVIL -
BOGOTÁ**

RADICADO: 11001310300720120009601

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO.

DEMANDANTE: PAZ DALILA SANCHEZ

DEMANDADOS: LUIS VICENTE ORTIZ VANEGAS

ASUNTO: SUSTENTACION RECURSO DE APELACION

CARLOS RAMIRO SERRANO SALAMANCA, en mi condición de apoderado judicial del señor LUIS VICENTE ORTIZ VANEGAS, procedo a PRESENTAR Y SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN contra la sentencia proferida en primera instancia el día 17 de julio de 2020 en los siguientes términos:

1.- Que sirvan en este recurso de apelación todos los fundamentos desplegados en los alegatos de conclusión que formulé ante el Juez de primera instancia el mismo día en que se dictó dicha sentencia.

2.- No obstante, lo anterior el recurso de apelación también debo centrarlo en lo decidido por el Juzgado a quo del cual estoy en desacuerdo por las razones de hecho y derecho que se desarrollan en los siguientes numerales:

3.- La Juez de primera de instancia no valoró debidamente el caudal probatorio referente a las pruebas testimoniales recaudadas en el juicio e interrogatorio de parte realizados a las partes donde se demuestra con claridad que el pago se realizó, pero la señora PAZ DALILA SANCHEZ, no hizo efectivo el cobro extrajudicial, ni judicial para pedir el recaudo de la letra de cambio por valor de \$55'700.000^{oo}, en razón a que el título fue llenado con todos los requisitos exigidos por la ley comercial sin restricción alguna del derecho de circulación cartular.

3.1.- Por eso en los alegatos de conclusión indiqué las normas que detallan lo antes mencionado y que transcribo a continuación:

3.1.1.- Indicó en la demanda que el valor de la compraventa fue por valor de \$270'000.000^{oo}, pagaderos así:

i.-) \$164.300. 000.^{oo} el 6 de mayo de 2011 fecha de firma de promesa de contrato de compraventa;

ii.-) \$105'700.000, ^{oo}, en el cual se precisó ***Y CONFESÓ*** en el **HECHO CUARTO DE LA DEMANDA QUE: “EL COMPRADOR para GARANTIZAR EL PAGO DEL PRECIO CONVENIDO FIRMÓ Y ACEPTÓ DOS LETRAS DE**

CAMBIO así: UNA por valor de \$50'000.000^{oo}, y, OTRA por valor de \$55'700.000, ^{oo}.”

ESTE CUARTO HECHO DE LA DEMANDA DEBIÓ DECLARARSE PROBADO, PUESTO QUE LA PARTE DEMANDADA QUE REPRESENTO EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA **LO ACEPTO SIN NINGUNA CONDICIÓN** COMO TAMPOCO HIZO ACLARACIÓN ALGUNA. (Artículo 193 Código General del Proceso)

3.1.2.-Igualmente la parte demandante en el **HECHO QUINTO** sostuvo y QUE DEBE TENERSE COMO **CONFESO AL AFIRMAR QUE:**

“EL COMPRADOR A LA FECHA: 20 DE FEBRERO DE 2012, NO HA PAGADO EL VALOR DE LA LETRA DE CAMBIO FIRMADA POR LA CANTIDAD DE \$55'700.000, ^{oo}.....”

3.1.3.- Este hecho fue **RECONOCIDO, ACEPTADO Y CONFESADO** por la parte demandada en la contestación de la demanda, por consiguiente, **DEBE DECLARARSE PROBADO, PUESTO QUE LA DEMANDANTE TENÍA Y TIENE EL PODER Y FACULTAD LEGAL PARA PRESENTAR EL TITULO VALOR PARA SU COBRO O INCOAR LA ACCIÓN LEGAL PERTINENTE PARA EL PAGO DEL RUBRO INSERTO EN DICHA LETRA DE CAMBIO.**

3.1.4.- Lo ANTERIOR SE CORROBORA cuando se indica en el libelo de la demanda que el demandado ORTÍZ VANEGAS incumplió el **CONTRATO DE COMPRAVENTA PORQUE NO HA PAGADO EL VALOR DE LA LETRA DE CAMBIO FIRMADA POR LA CANTIDAD DE \$55'700.000^{oo}**, y como bien se aprecia en los **HECHOS CUARTO Y QUINTO DE LA DEMANDA**, la parte demandante RECONOCIÓ, ACEPTÓ Y CONFESÓ que el demandado NO HA PAGADO EL VALOR DE LA LETRA DE CAMBIO FIRMADA POR EL señor LUIS VICENTE ORTIZ VANEGAS, por consiguiente es demasiado claro que, la demandante tenía y tiene el pleno derecho de hacer exigible contra su deudor la obligación expresada en dicho título valor, puesto que **ACEPTÓ Y CONFESO** que la letra de **CAMBIO EFECTIVAMENTE FUE UNA FORMA DE PAGO DENTRO EL CONTRATO DE COMPRAVENTA AQUÍ DEMANDADO.**

Reza el Artículo 671 del código de Comercio:

Artículo 671. Contenido de la letra de cambio

Además de lo dispuesto en el artículo 621, la letra de cambio deberá contener:

- 1) La orden incondicional de pagar una suma determinada de dinero;*
- 2) El nombre del girado;*
- 3) La forma del vencimiento, y*
- 4) La indicación de ser pagadera a la orden o al portador.*

Así mismo, el artículo 673 ibidem dispone:

Artículo 673. Posibilidades de vencimientos en las letras de cambio

La letra de cambio puede ser girada:

- 1) *A la vista;*
- 2) *A un día cierto, sea determinado o no;*
- 3) *Con vencimientos ciertos sucesivos, y*
- 4) *A un día cierto después de la fecha o de la vista.*

Finalmente, el artículo 678 de la misma codificación establece:

Artículo 678. Responsabilidad del girador de una letra de cambio

El girador será responsable de la aceptación y del pago de la letra. Toda cláusula que lo exima de esta responsabilidad, se tendrá por no escrita.

3.1.5.- Esto tiene su razón fáctica, lógica y jurídica, puesto que el DEMANDADO FIRMÓ DOS (2) LETRAS DE CAMBIO, una por valor de \$50'000.000^{oo} y otra por \$55'700.000^{oo};

i.-) En cuanto a la LETRA DE CAMBIO por Valor de \$50'000.000^{oo}, la demandante PAZ DALILA SANCHEZ PRESENTÓ DICHO TITULO VALOR PARA SU COBRO A SU DEUDOR señor LUIS VICENTE ORTIZ VANEGAS, por consiguiente, la señora PAZ DALILA SANCHEZ PRESENTÓ PARA SU COBRO EL TITULO VALOR LETRA atendiendo las reglas previstas en la ley comercial como son los principios de legitimación, literalidad, autonomía que en los títulos valores se incorpora, veamos:

3.1.6.- El artículo 621 del Código de Comercio establece:

“Los títulos-valores son documentos necesarios para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora. Pueden ser de contenido crediticio, corporativos o de participación y de tradición o representativos de mercancías.”

3.1.7.- La demandante exhibió, presentó y solicitó el pago de la primera letra de cambio por valor **de \$50'000.000^{oo}**, por eso recibió el pago de ese título por parte del aquí demandado señor LUIS VICENTE ORTIZ VANEGAS, es así que el título valor letra de cambio le fue entregado al deudor tal como lo impone el derecho cartular previsto en el artículo 624 del Código de Comercio cuando dice:

“El ejercicio del derecho consignado en un título-valor requiere la exhibición del mismo. Si el título es pagado, deberá ser entregado a quien lo pague, salvo que el pago sea parcial o sólo de los derechos accesorios. En estos supuestos, el tenedor anotará el pago parcial en el título y extenderá por separado el recibo correspondiente. En caso de pago parcial el título conservará su eficacia por la parte no pagada”.
(subrayado fuera de texto)

3.1.8.- Entonces si el cobro de la letra de cambio de esos \$50'000.000, se realizó con base en las normas antes anotadas, la misma suerte de la ley comercial corre con el título valor por valor de \$55'700.000^{oo}, toda vez que el mismo **NO TIENE NI TUVO NINGUNA RESTRICCIÓN PARA SU CIRCULACIÓN NEGOCIAL COMERCIAL** para que cualquiera que fuera el tenedor de buena fe del título valor letra de cambio lo presentara para su cobro al deudor.

3.1.9.- En efecto para soportar lo antes anotado, el artículo 625 del Código de Comercio prevé:

“Toda obligación cambiaria deriva su eficacia de una firma puesta en un título-valor y de su entrega con la intención de hacerlo negociable conforme a la ley de su circulación.

“Cuando el título se halle en poder de persona distinta del suscriptor se presumirá tal entrega.” (resaltado mío).

3.1.10.- Pero también, es necesario recalcar que la parte demandante tenía pleno derecho para negociar dicho título valor por la suma de \$55'700.000^{oo}, tal como lo expresa el **ARTÍCULO 651 DEL CÓDIGO DE COMERCIO** al indicar:

“Los títulos-valores expedidos a favor de determinada persona, en los cuales se agregue la cláusula "a la orden" o se exprese que son transferibles por endoso, o se diga que son negociables, o se indique su denominación específica de título-valor serán a la orden y se transmitirán por endoso y entrega del título, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 648.”

El título valor letra de cambio por la suma de \$55'700.000^{oo}, tiene todas las características y requisitos legales de la ley comercial, por consiguiente la demandante tenía pleno conocimiento de que podía exigir el pago por los medios de la ley comercial, pues se reitera, en los **HECHOS CUARTO Y QUINTO DE LA DEMANDA**, la **PARTE DEMANDANTE** RECONOCIÓ, ACEPTÓ Y CONFESÓ que el demandado **NO HA PAGADO EL VALOR DE LA LETRA DE CAMBIO FIRMADA POR EL DEMANDADO**, por consiguiente no debe interpretarse como una garantía contractual, pues es demasiado claro que, la demandante tenía y tiene el pleno derecho de hacer exigible contra su deudor la obligación expresada en dicho valor, puesto que **ACEPTÓ Y CONFESÓ** en los **HECHOS CUARTO Y QUINTO** que la letra de **CAMBIO EFECTIVAMENTE FUE UNA FORMA DE PAGO DENTRO EL CONTRATO DE COMPRAVENTA AQUÍ DEMANDADO**, atendiendo el derecho cartular negocial y de circulación previsto en las reglas comerciales de la institución de títulos valores.

3.1.11.- También el artículo 882 del Código de Comercio dispone:

“Artículo 882. Pago con títulos valores

La entrega de letras, cheques, pagarés y demás títulos-valores de contenido crediticio, por una obligación anterior, valdrá como pago de ésta si no se estipula otra cosa; pero llevará implícita la condición resolutoria del pago, en caso de que el instrumento sea rechazado o no sea descargado de cualquier manera.

Cumplida la condición resolutoria, el acreedor podrá hacer efectivo el pago de la obligación originaria o fundamental, devolviendo el instrumento o dando caución, a satisfacción del juez, de indemnizar al deudor los perjuicios que pueda causarle la no devolución del mismo.

Si el acreedor deja caducar o prescribir el instrumento, la obligación originaria o fundamental se extinguirá así mismo; no obstante, tendrá acción contra quien se haya enriquecido sin causa a consecuencia de la caducidad o prescripción. Esta acción prescribirá en un año.”

Con base en esta normativa, se dijo en los alegatos de conclusión que la señora PAZ DALILA SANCHEZ RECIBIO EL PAGO DE LA PRIMERA LETRA DE CAMBIO POR VALOR DE \$50'000.000°, es decir que el título por valor de \$55.700.000°, corrió la misma suerte del exigibilidad para el pago conforme a la ley comercial, pero resulta que como aparece probado, la señora PAZ DALILA se evadía y se evadió con respecto al deudor señor LUIS VICENTE ORTIZ para poder realizarle el pago de esos \$55'700.000°, lo que significa que es un **INDICIO EN CONTRA DE LA SEÑORA PAZ DALILA**, puesto que el testigo solicitado en la contestación de la demanda claramente informó que la señora nunca lo atendía para tal evento, y que solo en tres (3) ocasiones fue el testigo para mirar la casa con aparentes compradores.

3.1.12.- Lo indicado por la señora PAZ DALILA SANCHEZ EN EL INTERROGATORIO DE PARTE, no es cierto por cuanto, existe otro INDICIO EN SU CONTRA, teniendo en cuenta que en el desarrollo del recaudo probatorio de este proceso la señora PAZ DALILA evadió y dilató la práctica de la prueba pericial por más de dos (2) años a pesar de los requerimientos judiciales ordenados por el Juzgado a la señora PAZ DALILA y su apoderada y no puede argüir la apoderada que la señora PAZ DALILA no atendía por falta de garantías en su seguridad personal, cuando en ninguna parte del plenario existe prueba fehaciente que se encontraba amenazada, por lo tanto debe aplicarse lo establecido en los artículos 241 y 242 del C.G.P.

Artículo 241. La conducta de las partes como indicio

El juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes.

Artículo 242. Apreciación de los indicios

El juez apreciará los indicios en conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que obren en el

proceso.

4.- Por otra parte, la Juez de primea instancia, para acceder a la resolución del contrato, sostuvo en sus argumentos que de las pruebas allegadas del proceso de ENTREGA DEL TRADENTE AL ADQUIRENTE DE LUIS VICENTE ORTIZ VANEGAS contra PAZ DALILA SANCHEZ debatido en el Juzgado 2° Civil del Circuito de Zipaquirá, se sostuvo en esas pruebas, en especial los interrogatorios de parte realizados a las partes concluyendo que EL PAGO DE LOS \$55'700.000^{oo} insertos en la letra de cambio tantas veces mencionada no se realizó por el deudor y por tanto incumplió el contrato demandado en resolución.

4.1- Pero debe advertirse que el Juzgado de primera instancia tomó como probados los interrogatorios de las partes, pero no advirtió ni observó detenidamente, que las sentencias de primera y segunda instancia del proceso de entrega del tradente al adquirente dictadas en el Juzgado 2° Civil del Circuito de Zipaquirá, fue porque el título valor LETRA DE CAMBIO por valor de \$55'700.000^{oo} firmado por el deudor LUIS VICENTE ORTIZ fue para GARANTIZAR EL PAGO PARA EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO, pero no es cierto, por las misma razones expuestas en el sentido de indicar que al hacer entrega de las letras de cambio como pago del negocio jurídico se cumplía con la totalidad del precio pactado, y no como garantía, por lo mismo confesado por la demandante en los hechos CUARTO Y QUINTO de la demanda.

4.2.- En los alegatos de conclusión en este asunto, frente a este aspecto manifesté que el título valor no puede utilizarse como una garantía, **SINO COMO UN PAGO EFECTIVO PARA EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES**, pues el título valor tenía y tiene todos los poderes de fuerza ejecutiva para ejercer su cobro por el acreedor o acreedora del título valor.

5.- En el evento de confirmar la sentencia por causa de la resolución contractual, frente a este aspecto, considero que, si debe existir corrección monetaria de los dineros recibidos por la demandante PAZ DALILA SANCHEZ, por las siguientes razones;

i.-) La señora PAZ DALILA SANCHEZ desde la realización de la promesa de compraventa y compraventa notarial siempre ha ocupado y usufructuado económicamente el inmueble objeto de este litigio;

ii.-) La señora PAZ DALILA SANCHEZ, recibió la suma de \$164'300. 000.^{oo} y \$50'000.000^{oo}, en los términos y condiciones ya acreditadas en este asunto dineros que aprovechó y ha aprovechado, pues probado esta que le fueron entregados en dinero en efectivo;

iii.-) Si esos dineros los recibió la señora PAZ DALILA SANCHEZ en dinero en efectivo, los disfruto y usufructuó junto con el inmueble objeto de litigio.

5.1.- Con base en el numeral precedente, no es acertado que la Juez de primera instancia indique en los argumentos de la sentencia que: “***Las sumas anteriores, las recibirá el demandado, sin corrección monetaria habida cuenta que fue la parte que dio lugar al incumplimiento.***” , pues bajo el principio constitucional jurisprudencial contractual del equilibrio económico entre las partes, bajo el principio constitucional de razonabilidad y proporcionalidad, debe pagarse la corrección monetaria a favor del demandado señor LUIS VICENTE ORTIZ VANEGAS, puesto que no debe interpretarse como una causal de incumplimiento contractual así se haya probado que fuera de buena o mala fe, pues por el hecho de que la señora PAZ DALILA SANCHEZ haya disfrutado y usufructuado el inmueble desde la perfección de la compraventa, no se le puede premiar doblemente; por una parte, el uso y goce del inmueble y por otra parte los beneficios y rendimientos económicos producto de la utilización del dinero que en efectivo entregó el señor LUIS VICENTE ORTIZ VANEGAS por la suma de **\$214.300.000.oo** desde el año 2012.

5.2.- Y es lógico lo anterior, pues contractualmente hubiesen sido los perjuicios solicitados, es decir los frutos dejados de percibir con mediana inteligencia por el señor LUIS VICENTE ORTIZ, pero al decretarse la resolución de contrato y al no habersele quitado el derecho de tenencia de todo el inmueble a la señora PAZ DALILA SANCHEZ, también lo usufructuó en su totalidad, por esas razones no podía ser condenado por perjuicios el señor LUIS VICENTE ORTIZ, en razón a que la señora PAZ DALILA SANCHEZ siempre lo usufructuó, por consiguiente no debe premiársele además a la señora PAZ DALILA el no pago de la corrección monetaria de los dineros recibidos como pago del precio , es decir la suma de \$164'300.000.ºº y \$50'000.000ºº recibidos por ella en efectivo; igualmente deberá pagar la corrección monetaria por la suma de \$7.149.000.oo., (fl.4-6 C-2) de cuotas de administración pagadas por LUIS VICENTE ORTIZ, ya que la demandante PAZ DALILA SANCHEZ, por retener el predio debió asumir dicha obligación.

Además, también la demandante debe asumir el pago de los intereses de esta suma ya que mi poderdante se vio obligado al pago para evitar la persecución judicial del inmueble por mora en el pago de las cuotas de administración.

5.3 En materia probatoria debe tenerse en cuenta que la señora PAZ DALILA SANCHEZ, dejó de pagar las cuotas de administración que fueron asumidas por el señor LUIS VICENTE ORTIZ VANEGAS, hecho indicativo que la vendedora entendía y entendió que debería hacer entrega del inmueble, aunado a que el comprador

nunca le negó el valor consignado en el título valor, sencillamente nunca la encontró para su pago tal como se ilustra en el contenido tanto del proceso como de la sustentación del Recurso.

6. No se puede Resolver una Compraventa por incumplimiento en el pago del precio, cuando en ella el vendedor ha declarado que lo recibió, salvo que previamente se demuestre que esta declaración es simulada:

La demandante PAZ DALILA SANCHEZ, en la pretensión primera de la demanda, solicita que se declare resuelto el contrato de compraventa por incumplimiento en el pago del precio. Sin embargo, de entrada, ello resulta improcedente, pues en la escritura contentiva las partes declararon que dicho precio fue pagado en su totalidad por el vendedor.

¿Cómo entonces, puede declararse resuelta una compraventa por incumplimiento del comprador en el pago del precio cuando este aparece cancelado en su integridad? ¿Cómo resolver un contrato en el cual la prestación del comprador aparece cumplida? La lógica indica que se resuelven los contratos incumplidos, no los que las partes manifiestan que si lo fueron.

Sin embargo, en este asunto obra un ingrediente adicional: como lo han reconocido las partes, el precio real de la compraventa es diferente del consignado en el contrato, y diferentes fueron las condiciones de su cancelación. Hubo pues, de un lado, una apariencia consignada en la escritura que perfeccionó la venta, y, de otro, una realidad constituida por el negocio secreto.

Es evidente, porque así lo afirma la demandante y lo ha consentido con la mayor buena fe mi poderdante, que la estipulación referida al precio de la compraventa y a su pago, por mutua conveniencia para los contratantes, fue diferente de lo realmente pactado; que al respecto hubo dos estipulaciones, una aparente, la de la escritura, y otra real, la privada. En síntesis, que lo estipulado en la escritura constituyó una simulación ajena del todo al propósito de perjudicar a terceros.

En estas condiciones, al haber sido simulada la estipulación relativa al precio, lo que indefectiblemente y como paso primero correspondía impugnar y dejar sin valor era el pacto aparente relativo al precio del inmueble y también la aparente estipulación respecto a que fue pagado en su totalidad por el comprador, ambos aspectos

consignados en la escritura contentiva de la compraventa. Es decir, declarar simulada esa estipulación.

Sin la declaración previa de esa realidad contractual, la pretensión de resolución del contrato no puede prosperar, pues a ella se opone lo estipulado entre las partes conforme a lo cual el precio fue íntegramente cancelado.

Despejado lo anterior, a renglón seguido correspondía establecer en el proceso cual fue el verdadero precio y luego verificar si el mismo fue en realidad pagado por el comprador.

Deducidos estos aspectos del negocio verdadero ahora sí, resulta pertinente abocar si corresponde declarar, conforme a lo pedido por la demandante, la resolución de la compraventa, o por el contrario, como lo hemos excepcionado, su improcedencia, por cuanto el precio fue pagado en su totalidad, y particularmente porque el saldo final de \$55.700. 000.00 se canceló con la entrega de un título valor cuyo importe la demandante no permitió recibir, ni hacer efectivo judicial o extrajudicialmente.

Pues bien, la anterior ilación esta ausente en la demanda. Las pretensiones de la actora, sin intentar siquiera destruir lo consignado por las partes en la escritura pública de compraventa conforme a lo cual el precio se pago totalmente, persiguen de entrada que se resuelva el contrato con las consecuencias pertinentes.

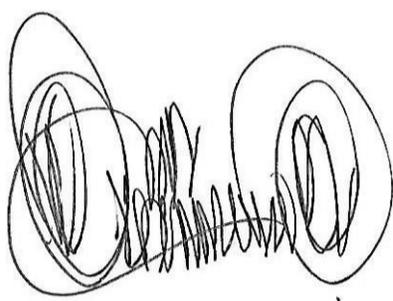
Sin embargo, acceder a ello es técnica y legalmente imposible, pues, se repite, no se puede resolver una compraventa por incumplimiento en el pago del precio cuando el vendedor declara haberlo recibido satisfactoriamente salvo, como quedó analizado, que previamente se destruya la apariencia manifestada en el contrato, y. en su lugar se haga valer la realidad de que el precio fue total o parcialmente incumplido.

En las condiciones anteriores, no pueden prosperar las pretensiones de la demandante, pues de un lado, su formulación adolece del defecto de dejar incólume lo estipulado por las partes en la escritura publica en torno al precio y su cancelación, y de otro, por cuanto el juzgado no puede declarar de oficio la simulación de la cláusula pues incurriría en un fallo extrapetita al conceder mas de lo pedido por la parte demandante.

Conforme a lo precedente; SOLICITO:

1. REVOCAR LA SENTENCIA PROFERIDA EN PRIMERA INSTANCIA POR LAS RAZONES ANTES EXPUESTAS.
2. DECLARAR PROBADAS LAS EXCEPCIONES DE MÉRITO PROPUESTAS EN LA DEMANDA.
3. ACCEDER A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN.
4. Condenar en costas a la parte demandante principal

Atentamente,

A handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and a central scribbled area, positioned above a small comma.

CARLOS RAMIRO SERRANO SALAMANCA
C.C.N. 19347205 de Bogotá.
T.P. 24195 DEL C.S. de la Jud.

Bogotá, D. C.,

Señora Doctora

LIANA AIDA LIZARAZO VACA

secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

des08ctsbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

HH. MAGISTRADA

SALA CIVIL (SALA No. 008) TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÀ, D. C.

Ciudad

Proceso: Ordinario de resolución de contrato

Demandante: Paz Dalila Sánchez Cuartas

Demandado: Luis Vicente Ortiz Vanegas

Radicado 2012-0096

Juzgado origen: Séptimo (7º) Civil del Circuito de Bogotá.

1

CLARA MARIA PARRA ALBADAN, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No.52.031.619 de Bogotá y T.P. No.189.861 del C. S. J., con correo electrónico cmariaparra1@gmail.com y cmariap01@gmail.com, actuando como apoderada de la parte actora, señora **PAZ DALILA SANCHEZ CUARTAS**, estando dentro del término de Ley por medio del presente escrito me dirijo a usted con el fin de dar cumplimiento al auto emitido por su Despacho el día 08 de Junio de 2021, notificado por correo electrónico el día 09 de junio de 2021, de conformidad con el Decreto 806 de 2020, artículo 14, para ratificar el memorial del recurso de apelación, interpuesto ante la HH. Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, D. C., y del cual da conocimiento Su Honorable Despacho mediante el auto citado. El Recurso de apelación que se promueve en contra la *providencia en que se dictó sentencia de primera instancia de fecha 17 de julio de 2020, celebrada mediante audiencia virtual de conformidad con el Decreto Ley 806 de 2020, emitida por el Despacho de la Señora Jueza Segunda (2ª) Civil del Circuito Transitorio de Bogotá, D. C.*, para que se proceda a lo siguiente:

1. **REVOCAR** el numeral **PRIMERO QUE DECLARAR PROBADA** la excepción de mérito denominada *“improcedencia de arras indemnizatorias”*.

Lo anterior como quiera que, durante el desarrollo del proceso, con las pruebas aportadas y los interrogatorios practicados quedo demostrado que efectivamente fue el demandado Luis Vicente Ortiz Vanegas, fue quien incumplió el contrato que se resuelve en el numeral Tercero de la sentencia del 17 de julio de 2020. Es claro que al ser el demandando el responsable del incumplimiento del contrato resuelto por su actuar, también es claro que se deberá proceder al pago de las **“ARRAS INDEMNIZATORIAS** a favor de mi representada, señora PAZ DALILA SANCHEZ CUARTAS, como quiera que la suma de \$163.300.000,00 fue pactada y aceptada por las partes aquí en litigio el día 6 de mayo de 2011 como arras del negocio y que se *“imputarían al precio al momento de perfeccionarse el contrato...”*.

Así se establece en el Art. 1602 del Código Civil Colombiano, que dice: **“ARTICULO 1602. LOS CONTRATOS SON LEY PARA LAS PARTES.** Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

Es decir que al ser Ley para las partes y haber sido aceptado por las mismas, estésurte las consecuencias legales que impone el incumplimiento del mismo, como ha quedado demostrado en el presente asunto, por las causas imputables al demandado señor **LUIS VICENTE ORTIZ VANEGAS, quien fue quien incumple el contrato,** y lo que trae como consecuencia la sanción económica que de denominaarras, independientemente de la denominación que se le dé a las mismas, ya que estas fueron estipuladas y aceptadas en la cláusula quinta (5ª) del contrato que aquí ha sido resuelto. (negrillas mías).

2. **MODIFICAR** el numeral **CUARTO** de la sentencia, respecto de ordenar a mi representada señora PAZ DALILA SANCHEZ CUARTAS, a pagar la suma

deCINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$50.000.000,00) al demandado LUIS VICENTE ORTIZ VANEGAS recibidos como parte del precio de la compraventa Y QUE SE ENCUENTRAN representados en la letra de cambio de 50 millones que formaba parte del negocio, que mi representada reconoció como suma recibida en el interrogatorio de parte, sin intereses sobre los mismos, ya que el incumplimiento del contrato y la resolución judicial del mismo, se dio y devino por la conducta del demandado señor LUIS VICENTE. amén de que como quedó demostrado el valor real del bien objeto del litigio realmente superaba el valor que se colocó en el contrato resuelto y en la escritura pública y así lo reconoció el demandado principal y demandante en reconvencción.

PETICIÓN:

Solicito, conceder la apelación propuesta contra la *providencia en que se emite sentencia del 17 de julio de 2020*, para que quien corresponda decidir proceda a:

3

1. Revocar el numeral primero de la sentencia el auto en mención, y DECLARAR NO PROBADA LA EXCEPCIÓN DE MÉRITO DENOMINADA "IMPROCEDENCIA DE ARRAS INDEMNIZATORIAS".
2. **MODIFICAR** el numeral CUARTO de la sentencia, respecto de ordenar a mi representada señora PAZ DALILA SANCHEZ CUARTAS, a pagar la suma de CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$50.000.000,00) al demandado señor LUIS VICENTE ORTIZ VANEGAS.
3. Como consecuencia de lo anterior se modifiquen los demás numerales de la sentencia y conceder en todas y cada una de sus partes las pretensiones de la demanda a favor de mi representada PAZ DALILA SANCHEZ CUARTAS.

4. Negar todas y cada una de las pretensiones del demandado y demandante en reconvención LUIZ VICENTE ORTIZ VANEGAS, y solo conceder la suma de los \$50.000.000,00 de pesos como única suma económica a compensar, por cuanto mi representada acepto el pago de dicha suma, en el interrogatorio de parte que se practicó dentro el presente asunto.

DERECHO:

Invoco como fundamento de derecho art. 320, 321 y siguientes del C. G. P., los arts. 1602 y siguientes del Código Civil Colombiano y las demás normas que los modifiquen, adiciones, complementen y coadyuven respecto de la naturaleza del contrato.

PRUEBAS:

4

Ruego tener como pruebas todas y cada una de las que obran dentro del expediente y que fueron la razón y fundamento del presente asunto, pero en especial la voluntad y especialmente la del señor LUIS VICENTE ORTIZ VANEGAS.

ANEXOS:

Me permito anexar el presente memorial vía correo electrónico de conformidad con el Decreto 806 de 2020.

COMPETENCIA:

La competencia invocada es la correcta, tratándose de ser el superior orgánico de quien *profirió la decisión acusada*.

NOTIFICACIONES:

Las direcciones de notificación de las partes obran dentro del expediente, manifestando al Despacho de la HH. Magistrada que en cuanto a la parte demandada señor LUIS VICENTE ORTIZ VANEGAS, doy cumplimiento al Decreto 806 de 2020, remitiendo copia de este escrito de sustentación del recurso de apelación, por conducto de su apoderado judicial, doctor CARLOS RAMIRO SERRANO, al mail: carlosramiro50@hotmail.com.

A la suscrita en la Calle 12 No.5-32 of. 1301 de Bogotá y al CORREO ELECTRÓNICO cmariaparra1@gmail.com

De la Honorable,
Señora Magistrada,
Muy Atentamente,



CLARA MARIA PARRA ALBADAN

CC 52.031.619

TP 189.861

Art. 5 Decreto 806 de 2020

*Vicky Dávila: “¿Usted cree que todo aquel que toque la “Comunidad del Anillo” está en peligro?”
María Adielá Gómez Castrillón: “Yo creo que sí.”*

profesionalmente al suscrito expresando su malquerencia personal que, por supuesto me honra, pero la cual debió haber sido ajena a la decisión de estirpe moralista con la que se fulminó el fallo.

En efecto, señores Magistrados, el país reclama y necesita un fallo más sereno y menos emotivo que el que ahora se recurre, no tejido bajo la frágil y peregrina óptica de que el video que se divulgó era un registro íntimo de dos adultos en trance de un encuentro sexual, cuando en verdad de lo que se trataba era de rastrear el alcance de la libertad de la prensa, inclusive para informar sobre aspectos de interés público así pasen por el meridiano de sucesos personales. Este no es un juicio para dirimirlo al estilo Torquemada o con la hermenéutica de los Actos de Fe de la Inquisición española. Está en juego un derecho fundamental de los colombianos de poder acceder a información de su interés, como lo era la divulgada, porque se trataba de dos servidores públicos que deambulaban en las calles de Bogotá en un carro de destinación oficial, lo que en el marco de una investigación periodística suscitada por una supuesta red de prostitución al interior de la Policía Nacional. Los dos adultos no eran unos transeúntes sin responsabilidades colectivas, sino un Senador de la República y un Capitán de la Policía, protagonistas de ese tenebroso escándalo de la denominada “Comunidad del Anillo”, que aun hoy sigue en la penumbra, porque el propósito de esta demanda, de intimidar a los medios para que no informen ni cumplan su deber, al menos hasta ahora lo han conseguido. Sí, señores Magistrados, nadie en Colombia volvió a hablar de este tema, que se convirtió en prohibido y vedado, lo que es lo más parecido a una tragedia informática, como habría ocurrido en los Estados Unidos, si la prensa libre se hubiese detenido para continuar investigando y divulgando imágenes e historias vinculadas al mundialmente conocido pedófilo Jeffrey Epstein, quien aparentemente se suicidó en una cárcel de New York, mientras su compañera y cómplice sigue prisionera respondiendo ante la justicia de su país, para solo recordar aquí uno de los tantos casos que, descarnadamente y sin censura o acoso judicial, ha abordado y publicado la enhiesta prensa de la gran nación.

II.- DESARROLLO Y SUSTENTACIÓN DE LOS REPAROS FORMULADOS AL FALLO CENSURADO

1.- Vulneración de derechos constitucionales

La providencia impugnada viola de manera directa el artículo 20 de la Constitución Política, según el cual:

“ARTICULO 20. Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación. Estos

Vicky Dávila: “¿Usted cree que todo aquel que toque la “Comunidad del Anillo” está en peligro?”
María Adielá Gómez Castrillón: “Yo creo que sí.”

son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura”.

En efecto, la sentencia objeto de cuestionamiento pondera de manera equivocada la tensión existente entre los derechos al buen nombre y a la honra con los derechos a la libertad de expresión, de información y de prensa. A través de esta decisión se imponen sanciones desproporcionadas a una periodista que lo único que hizo fue ejercer su profesión, ajustándose siempre a los estándares nacionales e internacionales dispuestos para ello. Ciertamente, a lo largo de todo el proceso se probó plenamente que no existió ningún tipo de negligencia por parte de la demandada y que mucho menos existió dolo ni culpa grave.

Adicionalmente, la providencia que es cuestionada viola también directamente el artículo 73 de la Constitución, según el cual: “La actividad periodística gozará de protección para garantizar su libertad e independencia profesional”. Ciertamente, una decisión como la impugnada genera autocensura, pues produce un temor tal en los periodistas que los lleva a abstenerse de informar sobre personajes públicos y sobre materias de interés público.

Sobre esta materia se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los siguientes términos:

“el temor a una sanción civil desproporcionada puede ser a todas luces tan o más intimidante e inhibitorio para el ejercicio de la libertad de expresión que una sanción penal, en tanto tiene la potencialidad de comprometer la vida personal y familiar de quien denuncia o, como en el presente caso, publica información sobre un funcionario público, con el resultado evidente y disvalioso de autocensura, tanto para el afectado como para otros potenciales críticos de la actuación de un servidor público”¹.

Como se observa, una providencia de esta naturaleza tiene efectos nefastos para la libertad de expresión, pues tiene la virtualidad de afectar la economía no solo personal, sino también familiar de los periodistas, sometidos a la necesidad de autocensurar sus contenidos para evitar los riesgos derivados de su ejercicio profesional. Es por eso que la orden de censura y las escuetas y erráticas consideraciones que la sustentan constituyen una vulneración directa a la libertad de expresión, que como se sabe es un derecho de doble vía.

A su vez, esta decisión también vulnera el derecho al debido proceso de mi mandante, pues desconoce las pruebas que esta aportó y solicitó en las debidas oportunidades procesales. Esta falta de pronunciamiento sobre ese material es sumamente peligroso, pues nuestro sistema judicial proporciona herramientas para ejercer el derecho a la

¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Fontvecchia y D’Amicco v Argentina* (par 74)

*Vicky Dávila: “¿Usted cree que todo aquel que toque la “Comunidad del Anillo” está en peligro?”
María Adielá Gómez Castrillón: “Yo creo que sí.”*

defensa, siendo la principal la posibilidad de aportar y solicitar pruebas para que sean evaluadas y consideradas expresamente.

Ciertamente, la Corte Constitucional ha reconocido que “El derecho a la prueba constituye uno de los principales ingredientes del debido proceso y del derecho al acceso a la administración de justicia y el más importante vehículo para alcanzar la verdad en una investigación judicial”².

Esta violación a derechos fundamentales es de suma importancia en el marco del proceso en curso, pues la realidad es que ninguna decisión judicial debería limitar injustificadamente el derecho a la libertad de expresión, ni mucho menos proferirse en violación al derecho a la prueba, como núcleo esencial del debido proceso. Para subsanar estas irregularidades será necesario que en segunda instancia se realice un análisis profundo, teniendo en cuenta los asuntos descritos.

2. Desconocimiento de las pruebas solicitadas en la contestación de la demanda

El fallo desconoció abiertamente las pruebas solicitadas en la contestación de la demanda, que paso a mencionar, sin realizar un solo considerando que permitiera siquiera indirectamente comprender el alcance probatorio que el fallo le otorgó a cada una de ellas.

En efecto de haber considerado las pruebas que a continuación se individualizan, el a quo habría encontrado material suficiente y convincente para tener por acreditada la existencia de una investigación de interés público relacionada con una red de prostitución homosexual al interior de la “Policía Nacional, como también que el encuentro entre el demandante Senador CARLOS FERRO y el Capitán de la Policía, ANGELO PALACIOS, no fue un suceso privado de dos adultos, sino el rastro de dos servidores públicos, vinculados de alguna manera a esa red de prostitución policial, al uso de poder político para ascender en el escalafón policial, en el que estaban involucrados un congresista y un oficial de la policía, cuando deambulaban en las calles de Bogotá discutiendo no solo sobre sus preferencias sexuales sino sobre el conocimiento de la organización policial, además transportándose en un vehículo de un ente público.

Igualmente, de todas estas pruebas ignoradas por el a quo se colige la prueba irrefutable de que la periodista VICKY DÁVILA no obró ni con dolo ni con culpa cuando decidió a ver público un video que ya hacía parte de una investigación en la Procuraduría General de la Nación, la misma que motivaba y justificaba su interés periodístico. Lo que pretendió la periodista fue informar, no ofender a nadie en particular y menos en su vida íntima; lo divulgado está indisolublemente atado a la

² Corte Constitucional, Sentencia C-496 de 2015. (M.P: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub)

*Vicky Dávila: “¿Usted cree que todo aquel que toque la “Comunidad del Anillo” está en peligro?”
María Adielá Gómez Castrillón: “Yo creo que sí.”*

investigación de interés público sobre la Policía Nacional, lo cual despoja este asunto de cualquier señal de dolo o culpa grave.

Y de haber tenido en cuenta todas las pruebas que deliberadamente omitió, habría también establecido cómo la brutal demanda instaurada por toda una familia contra VICKY DÁVILA, tuvo como propósito central silenciarla como periodista y hacer que los reflectores de los noticieros y sus micrófonos se olvidaran del lacerante episodio de la “Comunidad del Anillo”, que aun hoy sigue sin desatarse, aunque todo el mundo sabe que existió y con hondas consecuencias éticas y políticas.

Las pruebas omitidas de las cuales se infiere todo lo que viene de reseñarse, entre otras son las siguientes, y sobre las mismas pido al H Tribunal y a la Magistrada Ponente detenerse en su examen desprevenido sin prejuicios de ninguna índole, así:

1. Documentales

- 1.1 Noticia publicada en el periódico EL TIEMPO el 3 de noviembre de 2016 titulada “Fiscalía imputó cargos a coronel (r) de la Policía, Jerson Castellanos
- 1.2 Comunicado de prensa No 089 de la Procuraduría General de la Nación del 16 de febrero de 2016
- 1.3 Boletín No 359 de la Procuraduría General de la Nación del 10 de mayo de 2016 titulado “Procuraduría formuló pliego de cargos en contra del general (r) Rodolfo Palomino, dos coroneles y un mayor de la Policía Nacional”
- 1.4 Entrevista de BLU RADIO al general Humberto Guatibonza del 13 de febrero de 2017.
- 1.5 Publicación del Circulo de Periodistas de Bogotá del 9 de febrero de 2016 con los ganadores del premio CPB 2016.
- 1.6 Noticia publicada en el periódico EL TIEMPO del 2 de abril de 2012 titulada “Revuelo político en Mosquera”.
- 1.7 Noticia publicada en NOTICIAS UNO el 25 de septiembre de 2010 titulada “Procuraduría destituye a alcalde de Mosquera”.
- 1.8 Noticia publicada en el medio digital LA SILLA VACIA del 28 de marzo de 2017 titulada “La incierta sucesión del senador Soto”
- 1.9 Noticia publicada en el medio digital PUBLIMETRO del 5 de abril de 2017 titulada “Qué ha pasado con el exviceministro Carlos Ferro luego del video con el capitán Anyelo Palacios?”

*Vicky Dávila: “¿Usted cree que todo aquel que toque la “Comunidad del Anillo” está en peligro?”
María Adielá Gómez Castrillón: “Yo creo que sí.”*

- 1.10 Noticia publicada en el periódico EL ESPECTADOR del 17 de febrero de 2016 titulada “Un texto para comprender qué es la “Comunidad del Anillo””
- 1.11 Noticia publicada en CARACOL RADIO del 11 de diciembre de 2017 titulada “Lo bueno, lo raro y lo maluco de las listas al Congreso”
- 1.12 Noticia publicada en CARACOL RADIO del 12 de diciembre de 2017 titulada “Todo lo que tiene que saber sobre las listas al Congreso 2018”
- 1.13 Noticia publicada en EL TIEMPO del 12 de diciembre de 2017 titulada “Así fue el corre corre de último día para inscribir listas a congreso”
- 1.14 Noticia publicada en el medio digital PULZO del 13 de diciembre de 2017 titulada “Exviceministro involucrado en la “Comunidad del Anillo” aspira a la Cámara”
- 1.15 Noticia publicada en el medio digital DÍA @ DÍA Radio del 12 de diciembre de 2017 titulada “ya está la lista de candidatos a Senado y Cámara en la circunscripción Cundinamarca”
- 1.16 Formato Entrevista FPJ12 (Rad. 110016000028200600251) del 17 de febrero de 2006 de la señora MARIA ADIELA GÓMEZ CASTRILLÓN a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.
- 1.17 Denuncia formulada el día 31 de enero de 2014 por el señor JESUS RAFAEL VERGARA PADILLA el 31 de enero de 2014.
- 1.18 Certificación de la Fiscalía Novena Delegada del 22 de enero de 2007.

2. Interrogatorios de parte a los demandantes ya los demandados.

Ni una sola palabra destinó el a quo para ocuparse de los interrogatorios de parte absueltos por los demandantes, en particular el del ex senador **CARLOS FERRO**, del que se desprende que confesó que mucho antes de que **VICKY DÁVILA** publicara el video de marras, lo llamó y la pidió pronunciarse sobre el asunto y lo negó olímpicamente, cuando ya sabía lo que había sucedido en su encuentro con el Capitán **ANGELO PALACIOS**.

Como concluir que **VICKY DÁVILA** pudo haber incurrido en responsabilidad civil extrapatrimonial, si obró para la divulgación de una noticia de interés público, se sometió a los parámetros periodísticos sobre investigaciones. El Sr **CARLOS FERRO** no fue sorprendido con la publicación del video, pues sabía de tiempo atrás que existía, que estaba en poder de la periodista y que había

*Vicky Dávila: “¿Usted cree que todo aquel que toque la “Comunidad del Anillo” está en peligro?”
María Adielá Gómez Castrillón: “Yo creo que sí.”*

sido consultado para que se pronunciara sobre esa situación de la corruptela en la Policía, no sobre sus aventuras sexuales.

Tampoco tuvo en cuenta el a quo las contradictorias o al menos confusas declaraciones de los otros demandados, cada uno montado en la falacia de que su pariente y ellos había sufrido grandes perjuicios patrimoniales, sin ser ello cierto.

Y como si lo anterior no fuese yerro suficiente, el a quo tampoco apreció los convenientes pronunciamientos de VIKY DÁVILA, sobre la manera responsable como emprendió la investigación relacionada con la red de prostitución en la Policía, lo mismo que el otorgamiento de escenarios para pronunciarse al doctor CARLOS FERRO, sin que este los aceptare, y en fin, que obró con profesionalismo y rectitud, sin ánimo de zaherir, ofender o dañar a nadie, 'pues a pesar de que tenía el video en su poder desde tiempo atrás solo lo publicó cuando tuvo la certeza de que hacía parte de investigaciones adelantadas por la Fiscalía y la Procuraduría.

Sobre esto la silente actitud del procurador judicial de la parte actora, no fue fortuita. En efecto, sobre lo que no le convenías pronunciarse, el actor guardó silencio, no enfrentó la situación ni los argumentos o pruebas en su contra.

3. Declaraciones de terceros

3.1 Capitán ÁNYELO PALACIOS.

3.2 El Fiscal DANIEL HERNÁNDEZ.

3.3 Ex ministro JUAN FERNANDO CRISTO B.

Es incomprensible que el a quo no se hubiese detenido a analizar tan trascendentales testimonios, pues cada uno de ellos desde su perspectiva probatoria aportó algo importante en este debate.

El Capitán ANGELO PALACIOS relató los antecedentes del encuentro con el senador FERRO, y de cómo esa situación se enmarcó dentro del ambiente del favorecimiento en el escalafón policial por favores sexuales. O lo que es lo mismo, que su conversación y encuentro con el Senador FERRO, no fue un episodio de juna aventurita sexual entre dos adultos, sino el reflejo de una situación inaceptable en cualquier entidad pública, pero sobre todo en el cuerpo civil de seguridad, la policía nacional.

Ese silencio del a quo sobre esta prueba coincide también con el desdén de la parte actora con el dicho de este testigo. Ambos – juzgado y actor – decidieron, por sí y ante

*Vicky Dávila: “¿Usted cree que todo aquel que toque la “Comunidad del Anillo” está en peligro?”
María Adielá Gómez Castrillón: “Yo creo que sí.”*

sí, silenciar a este importante declarante y darle un tratamiento de emisario del pecado, bajo sus respetables convicciones éticas o religiosas, cuando de lo que se trata es de evaluar la convicción y certeza de su dicho.

En igual sentido, el testimonio del Fiscal DANIEL HERNÁNDEZ, es una pieza importante porque describe las precauciones y averiguaciones que promovió la periodista VICKY DÁVILA antes de publicar el video de marras, se repite, cuando ya tenía la certeza de que hacía parte de un expediente en la Procuraduría General de la Nación. Esta declaración permite apreciar el profesionalismo y prudencia con la que obró la periodista DÁVILA, es decir, que no obró con dolo ni con culpa grave, sino dentro del patriótico proceso de informar a la ciudadanía hechos de interés público.

El exministro JUAN FERNANDO CRISTO, tampoco mereció su disertación nada al a quo, cuando ha debido apreciar que este excepcional testigo desmintió la falaz aseveración del demandante CARLOS FERRO, de que el gobierno lo retiró de su cargo de viceministro del Interior por causa de la difusión del video de marras, como también de que se proponía nombrarlo en un cargo diplomático a su retiro de tal responsabilidad.

4. Prueba por informes:

- 4.1** La respuesta a los oficios librados a la Policía Nacional que informaron la existencia de las denuncias e investigaciones que se hayan adelantado sobre sobre la existencia de la supuesta “Comunidad del Anillo”, señalando las personas involucradas en las mismas, como también informando sobre las decisiones adoptadas en cada una de las mismas. La historia clínica de Anyelo Palacios y los traslados, ascensos o sanciones que sufrió el señor ÁNYELO PALACIOS en su paso por la institución y las decisiones que motivaron dichas decisiones.
- 4.2** La respuesta al oficio librado al Congreso de la República para que informara en que períodos Carlos Ferro ha sido parlamentario, como también si en esa condición le fueron asignados vehículos precisando el uso que le era permitido de los primeros. Igualmente, para que informara si el citado parlamentario solicitó que a su escolta personal le fueran asignados miembros de la Policía Nacional.
- 4.3** La respuesta al oficio librado a la Procuraduría General de la Nación para que informara sobre indagaciones preliminares o investigaciones adelantadas y promovidas por el ex oficial de la Policía Anyelo Palacios relacionadas con la denominada “Comunidad del Anillo”, o cualquiera otra que se refiera a estos mismos hechos, precisando el estado de las mismas y las decisiones adoptadas

*Vicky Dávila: “¿Usted cree que todo aquel que toque la “Comunidad del Anillo” está en peligro?”
María Adielá Gómez Castrillón: “Yo creo que sí.”*

y si en alguno de esos expedientes se encuentra incorporado como prueba el video publicado por RCN al que se contrae este litigio.

Igualmente, para que informara si existen antecedentes disciplinarios o ha habido investigaciones o indagaciones preliminares promovidas o dirigidas contra el doctor CARLOS FERRO SOLANILLA, y el estado actual de tales asuntos.

Asimismo, para que se allegara el comunicado de prensa que emitió el Procurador General de la Nación el 16 de febrero de 2016 sobre la “Comunidad del Anillo” y la compulsa de copias a la Fiscalía General de la Nación remitiendo el video objeto de esta disputa.

- 4.4 La respuesta a los oficios librados a la Fiscalía General de la Nación para que informara sobre las indagaciones preliminares o investigaciones que se hayan surtido o se estén tramitando relacionadas con el caso conocido como la Comunidad del Anillo”, como también para que informara sobre las indagaciones e investigaciones promovidas o adelantadas por Ányelo Palacios, ex oficial de la Policía, relacionadas también con denuncias por abuso sexual o por la denominada “Comunidad del Anillo”, y si en alguno de esos expedientes se encuentra incorporado como prueba el video publicado por RCN al que se contrae este litigio. Dentro de este informe se precisó el estado actual de la investigación que se abrió en contra de YERSON YAIR CASTELLANOS por los hechos de la “Comunidad del Anillo”.

Igualmente, para que la Fiscalía informara el estado actual de tales actuaciones o trámites, o lo decidido en los mismos. Del mismo modo para que informara si existen o han existido investigaciones o indagaciones preliminares promovidas o dirigidas contra el doctor CARLOS FERRO SOLANILLA, y el estado actual de tales actuaciones.

Finalmente, para que informara el estado actual de las investigaciones por la muerte del señor SEGUNDO EDUARDO DÍAZ PINZÓN, un oscuro suceso que la parte actora prefirió ignorar durante todo el curso del proceso, lo mismo que su procurador judicial en este litigio.

- 4.5 La respuesta a los oficios librados a la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal para que informara si existen o han existido investigaciones o indagaciones preliminares promovidas o dirigidas contra el doctor CARLOS FERRO SOLANILLA, el general RODOLFO PALOMINO, el general YERSON YAIR CASTELLANOS, relacionadas con prostitución o la denominada “Comunidad del Anillo” y el estado actual de tales actuaciones. En el mismo sentido sobre cuáles son las investigaciones o indagaciones preliminares que

*Vicky Dávila: “¿Usted cree que todo aquel que toque la “Comunidad del Anillo” está en peligro?”
María Adielá Gómez Castrillón: “Yo creo que sí.”*

existen en esa entidad, que estén de alguna manera relacionadas con la “Comunidad del Anillo”.

- 4.6** La respuesta al oficio librado al Consejo Nacional Electoral para que informara sobre las inscripciones del doctor CARLOS FERRO SOLANILLA para ser elegido o fungir como Senador de la República, para cualquier periodo legislativo.

La omisión de estudiar este tipo de pruebas es de la mayor gravedad, por cuanto, como se mencionó anteriormente, el derecho a probar hacer parte del núcleo esencial al debido proceso. En este sentido, cualquiera fuere la decisión adoptada en el proceso debió haberse fundamentado en la valoración integral de todo el acervo probatorio.

De esta copiosa prueba por informes se coligen sucesos groseramente ignorados en el fallo ahora cuestionado, sin duda el más trascendente, que la “Comunidad del Anillo” y los sucesos relacionados con la investigación periodística realizada responsable y objetivamente por la periodista VICKY DÁVILA, por la presencia de una red de prostitución el interior de la Policía Nacional no fue un invento de esta demandada, sino un hecho real que se sintió en todo el país y sobre el que era legítimo pero también necesario ofrecer al público información confiable y oportuna.

De toda esta prueba de informes olímpicamente ignorada por el a quo, repito coincidiendo en ello con el alegato ofrecido al final de la instancia por el apoderado de la parte actora, se desprende necesariamente que si el asunto de la “Comunidad del Anillo” fue un suceso conocido y difundido en todos los medios de comunicación, era de interés público, y que, por tanto, cuando VICKY DÁVILA se interesó en el mismo y publicó un video cuando ya era parte de un expediente en la Procuraduría y también en la Fiscalía, no obró con dolo ni culpa, elemento infaltable en el régimen de la responsabilidad civil extracontractual, sino con la intención legítima de entregar información objetiva y veraz a sus oyentes.

3. Desconocimiento de las pruebas solicitadas en la demanda de reconvención

Otro de los motivos que sustentan en recurso de alzada es que el fallo cuestionado no mencionó, ni desarrolló implícitamente el alcance de las pruebas que fueron aportadas con la demanda de reconvención, así:

1.- Interrogatorios de parte.

En efecto, el a quo no dio ninguna importancia a las versiones ofrecidas tanto por VICKY DÁVILA como por el representante legal de RCN, y pasó por alto las profundas contradicciones en las que incurrieron los reconvencidos.

*Vicky Dávila: “¿Usted cree que todo aquel que toque la “Comunidad del Anillo” está en peligro?”
María Adielá Gómez Castrillón: “Yo creo que sí.”*

De estas pruebas el a quo habría podido construir la responsabilidad de CARLOS FERRO, en cuanto con su demanda lo que concretó fue una grosera maniobra de acoso judicial contra VICKY DÁVILA y RCN, para silenciarlos e impedir que se le vinculara no a un tema de sus aventuras sexuales sino a ,su participación en el publicitado asunto de la prostitución en la Policía.

No se preocupó el a quo por apreciar la probada situación de zozobra que produjo en el ánimo de VICKY DÁVILA verse expuesta a una multimillonaria demanda y de paso a la censura como periodista responsable. El a quo dicto una sentencia escolástica, no jurídica, y en esto se le notó su respetable sesgo con el que hizo de este litigio un escenario del pecado y no del respeto a la libertad de la prensa y de expresión.

2.- Documental

Comunicado Fundación para la Libertad de Prensa (FLIP).

Este pronunciamiento de una organización tan seria tampoco mereció una sola referencia en el fallo recurrido, y ha debido ser advertido por las importantes y serias conclusiones que allí se incluyeron en relación con el libre ejercicio de la actividad periodística.

Tales reflexiones conservan plena vigencia y por ello solicito sean examinadas con algún detalle por el H Tribunal, en la seguridad de que no resultará inútil ese esfuerzo, porque apreciará una arista de enfrentar este litigio despojada de la limitada postura de considerar que aquí se está juzgando un pecado.

3.- Prueba por informes

3.1 A RCN Radio para que informe si la periodista VICTORIA EUGENIA DÁVILA HOYOS trabajó en esa cadena, precisando las fechas de su ingreso y de su retiro. Las razones por las cuales la citada periodista DÁVILA HOYOS se retiró de la citada cadena y cuál fue el último salario devengado por la periodista DÁVILA HOYOS como directora del Noticiero Radial de la F.M.

3.- Oficios

3.1 Respuesta al oficio librado al Premio Nacional de Periodismo Simón Bolívar para que con destino a este proceso certificara si la periodista VICTORIA EUGENIA DÁVILA HOYOS ha obtenido de parte de esta organización este premio, en caso positivo indicar en que año y cual categoría le fue otorgado.

3.2 Respuesta al oficio librado al Círculo de Periodistas de Bogotá –CPB- para que con destino a este proceso certificara si la periodista VICTORIA

*Vicky Dávila: “¿Usted cree que todo aquel que toque la “Comunidad del Anillo” está en peligro?”
María Adielá Gómez Castrillón: “Yo creo que sí.”*

EUGENIA DÁVILA HOYOS ha obtenido el premio que entrega anualmente esta organización gremial, en caso positivo certificar en que año y en cual categoría le fue otorgado.

- 3.3 Respuesta al oficio librado a la Universidad Autónoma de Occidente para que con destino a este proceso certificara que VICTORIA EUGENIA DÁVILA HOYOS se graduó en esta alma mater de la facultad de comunicación social y periodismo.

La omisión de estudiar este tipo de pruebas es de la mayor gravedad, por cuanto, como se mencionó anteriormente, el derecho a probar hacer parte del núcleo esencial al debido proceso. Al omitir cualquier pronunciamiento y evaluación sobre estas pruebas se ha privado a VICKY DÁVILA de la oportunidad de tener por acreditada su solvencia profesional y moral como periodista de amplia trayectoria, ajena a proceder con dolo o culpa grave. En este sentido, cualquiera fuere la decisión adoptada en el proceso debió haberse fundamentado en la valoración integral de todo el acervo probatorio.

4. Desconocimiento de las pruebas solicitadas en el traslado de las excepciones de la contestación de la demanda de reconvenición:

Como si fuera poco, en el fallo cuestionado tampoco se estudiaron, ni desarrollaron implícitamente el alcance de las pruebas que fueron aportadas o solicitadas en el traslado de las excepciones de la contestación de la demanda de reconvenición, así:

1. Testigos técnicos

- 1.1 **DANIEL CORONELL**, quien relató los hechos que conoce de este asunto en su calidad de experto y señaló las condiciones de edición de videos que constituyen elementos relevantes para investigaciones periodísticas y su publicación en medios de comunicación.

De esta declaración de tan importante y reconocido comunicador se colige que la edición del audio de marras no es un acto fraudulento sino acostumbrado periodísticamente, bien para suprimir lo que no aporte o para agregar lo que facilite la comprensión de lo que se verá por el consumidor de la noticia. En otras palabras, que lo que se ha pretendido mostrar como una falta de la periodista VICKY DÁVILA, dizque por no haber editado el video para suprimir las imágenes comprometedoras del Senador FERRO y el de la Policía PALACIOS, no fue un comportamiento doloso, ni culposo, pues, lo reconocido por DÁVILA, fue que ha debido editar el video no para suprimir nada, porque eso privaba al público de acceder a la información objetiva y veraz, sino para ponerle más contexto a la noticia, de manera que quienes la vieran apreciaran entre otras cosas que las dos personas que mostraba esa película no eran un par de adultos simplemente excitados en la antesala de una faena amorosa, sino

*Vicky Dávila: “¿Usted cree que todo aquel que toque la “Comunidad del Anillo” está en peligro?”
María Adielá Gómez Castrillón: “Yo creo que sí.”*

dos servidores públicos, transitando en vías públicas y en vehículos de propiedad del Estado.

1.2 CLARA ELVIRA OSPINA, quien en calidad de periodista experta señaló las condiciones relevantes sobre el manejo de información sensible en el uso de publicación de noticias y elementos de interés y orden público, al mismo tiempo que destacó el profesionalismo y el acatamiento por parte de VICKY DÁVILA de tales precauciones y parámetros del periodismo responsable, objetivo y veraz.

2. Prueba por informes

2.1 Del Consejo Nacional Electoral el cual informó que Carlos Ferro en los últimos 30 años ha sido candidato a algún cargo de elección popular y demás datos relacionados con su actividad proselitista, con lo cual quedó acreditado que ningún perjuicio desmejora sufrió en esa azarosa actividad. Si el doctor FERRO no llegó a una Corporación pública luego de su paso por el Viceministerio del Interior, ello, en ningún caso, se debió a VICKY DÁVILA, sino a que no convenció a los electores, del mismo modo que le aconteció en otras jornadas electorales en las que también salió derrotado.

La omisión de estudiar este tipo de pruebas es de la mayor gravedad, por cuanto, como se mencionó anteriormente, el derecho a probar hacer parte del núcleo esencial al debido proceso. En este sentido, cualquiera fuere la decisión adoptada en el proceso debió haberse fundamentado en la valoración integral de todo el acervo probatorio.

5. El fallo no se pronunció sobre las pretensiones realizadas en la demanda de reconvención.

Adicionalmente, el escueto fallo de la primera instancia no tuvo en consideración ninguna de las pretensiones realizadas en la demanda de reconvención, incurriendo en un defecto de congruencia de *citra petita*. El fallo descartó sin ninguna consideración la demanda de reconvención, la cual, habiendo sido admitida, constituía parte fundamental de la Litis. Ciertamente, la única referencia realizada en la sentencia respecto a este asunto, fue la siguiente:

“Visto lo anterior, está ausente de toda demostración los hechos en que funda la demanda de reconvención en contra de Carlos Ferro Solanilla, de la campaña de desprestigio de la periodista y lo manifestado por aquél ante una cadena radial (hecho 10 de la contrademanda), que fue corroborado por el demandado en el interrogatorio de parte absuelto, esta opinión no resulta desfasada frente a lo acontecido en relación con el video, ni lesiona el buen nombre de la periodista.

Vicky Dávila: “¿Usted cree que todo aquel que toque la “Comunidad del Anillo” está en peligro?”
María Adielá Gómez Castrillón: “Yo creo que sí.”

Tampoco aparece de manera inexorable, que la renuncia de la demandante en reconvencción ante la sociedad demandada se debió a campaña de desprestigio con la que acusa a Carlos Ferro Solanilla, y no existe prueba que infirme el contenido de la carta de renuncia de aquella, en la que en ningún momento se puso como motivo la presión por lo hoy alegado como presión por parte de Ferro Solanilla.

Es suficiente lo discernido para negar las pretensiones deducidas en la demanda de reconvencción”³.

Este análisis sobre la demanda de reconvencción resulta incoherente y lesivo del derecho de acceso a la justicia y al de probar, pues mientras que el Juzgado inicia afirmando que hay una ausencia total de demostración de los hechos en que se funda la contra demanda, continúa en líneas subsiguientes desvirtuando tales hechos. De allí surgen las siguientes interrogantes ¿Cómo es posible estudiar o desvirtuar hechos que no se demostraron? ¿Bastan unas cortas líneas para estudiar todo el acervo probatorio?

En efecto, la contradicción se encuentra en que lo que se realiza escuetamente en los párrafos mediante los cuáles supuestamente se decide no estudiar la demanda de reconvencción, es precisamente analizarla someramente. Es así, por cuanto el Juzgado, por ejemplo, se refiere a la campaña de desprestigio alegada, haciendo énfasis, además, en que fue corroborada por el demandado en el interrogatorio de parte absuelto, pero concluyendo que la opinión brindada “no resulta desfasada frente a lo acontecido en relación con el video, ni lesiona el buen nombre de la periodista”⁴.

Lo mismo ocurre cuando en el fallo se hace referencia a la renuncia de la demandada del programa de la FM, y sin mayores elementos se concluye que no pudo ser así, pero no se tienen en cuenta las pruebas aportadas o practicadas. Así las cosas, no es claro lo que en realidad contempla la sentencia, pues se dice que no existió prueba de los hechos pero luego se realizan consideraciones insuficientes sobre los mismos, justamente, sin considerar las pruebas solicitadas.

Analizar este asunto a profundidad era necesario para no proferir un fallo incongruente y tremendamente injusto como el presente en que se ha omitido pronunciarse expresamente sobre cada una de las pretensiones esgrimidas en la demanda de reconvencción. Sobre este asunto se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos: “si la resolución es «citra petita» porque el juez no resolvió sobre todas las pretensiones que se le presentaron en el escrito de demanda, o respecto de las excepciones formuladas por el demandado y que aparecen demostradas,

³ Juzgado Veintidós Civil del Circuito, Sentencia del 22 de octubre de 2020. (Juez: José Nel Cardona Martínez) (Exp.: 2017-344)

⁴ Juzgado Veintidós Civil del Circuito, Sentencia del 22 de octubre de 2020. (Juez: José Nel Cardona Martínez) (Exp.: 2017-344)

Vicky Dávila: “¿Usted cree que todo aquel que toque la “Comunidad del Anillo” está en peligro?”
María Adielá Gómez Castrillón: “Yo creo que sí.”

u omitió pronunciarse frente a las defensas perentorias que debió declarar de oficio, la decisión sí puede calificarse de incongruente”⁵.

Es inevitable concluir que el fallo adolece de una debida fundamentación en cuanto de un plumazo desechó la reconvencción contra CARLOS FERRO, existiendo prueba suficiente de que la demanda de responsabilidad civil extracontractual contra VICKY DÁVILA tuvo el propósito que finalmente ha conseguido: silenciarla a ella, desacreditarla como periodista y darle un entierro de quinta al escabroso episodio de la “Comunidad del Anillo” sobre el que el doctor FERRO tiene mucho que explicarle al país. El razonar del a quo en términos simplistas consistió en censurar a DAVILA, calificándola como la mala y convirtiendo en víctima a FERRO, no obstante su condición de hombre público que resultó involucrado en una investigación sobre prostitución en la Policía Nacional, de lo que hay evidencias creíbles y reiteradas.

6. No se hizo un juicio de responsabilidad civil extracontractual.

El fallo tampoco realizó un juicio de responsabilidad civil extracontractual, en el cual se hubiese precisado con claridad la existencia del supuesto daño, el nexo causal, los factores correspondientes de atribución o las causales eximentes de responsabilidad que se adujeron como excepciones a la demanda principal. Por el contrario, en la sentencia el Juzgado se limita a realizar una transcripción parcializada de los hechos, sin distinguir los elementos de la responsabilidad civil extracontractual.

En efecto, su supuesto análisis de responsabilidad termina con la frase “*Ninguna duda queda en relación de causal en el hecho dañino y la culpa, para concluir que se encuentran presentes los presupuestos de la acción de responsabilidad extracontractual que se viene estudiando*”⁶. Vale la pena resaltar que esta afirmación resulta totalmente descontextualizada, pues si se leen con atención los párrafos que le anteceden se llega a la conclusión de que no hubo ningún análisis previo respecto del nexo causal entre los hechos y el supuesto daño.

En contraste, no hay un solo análisis objetivo y mucho menos alguna prueba que determine que el ejercicio profesional de la demandada hubiese derivado directamente en los supuestos daños alegados por los demandantes. Peor aun, no hay pruebas suficientes del supuesto daño alegado que el Juzgado da por probado a partir de la publicación realizada -que es apenas una prueba del hecho- y a partir de algunas manifestaciones realizadas en los interrogatorios de parte. Este material probatorio es a todas luces insuficiente para demostrar la existencia de un supuesto daño y más aun para asegurar que la causante del mismo hubiese sido la periodista.

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia SC4959-2015 del 28 de abril de 2015. (M.P: Ariel Salazar Ramírez)

⁶ Juzgado Veintidós Civil del Circuito, Sentencia del 22 de octubre de 2020. (Juez: José Nel Cardona Martínez) (Exp.: 2017-344)

Vicky Dávila: “¿Usted cree que todo aquel que toque la “Comunidad del Anillo” está en peligro?”
María Adielá Gómez Castrillón: “Yo creo que sí.”

Lo que deja este tortuoso proceso es que se partió de un prejuicio equivocado y es el de que lo que quedó en evidencia no fue la participación del doctor CARLOS FERRO SOLANILLA en una poderosa conspiración de una red de prostitución al interior de la Policía Nacional, con profundas y hondas raíces en altas esferas de la política, que era el tema de indiscutible interés público objeto de investigación periodística por VICKY DÁVILA, sino que en un instante de su vida había tenido una aproximación sexual con otro hombre. En otras palabras, la visión del a quo, que es la misma que ha pregonado con más emoción que con argumentos su procurador judicial, es la de que es dañino que alguien sea homosexual permanente o transitoriamente. Esa es una conclusión arbitraria, caduca, concebida para otros tiempos de la civilización occidental, pero no para los que ahora se viven. En el universo progresista de almas libres y buenas costumbres no existe la “sindicación” de ser homosexual, ni serlo se erige en un daño, como aquí se ha hecho gravitar en este proceso, porque, se itera, ello no es dañino en ninguna forma. Simplemente es la expresión de una inclinación sexual que aquí no fue objeto de divulgación, pues lo que fue materia de la misma ha ido desapareciendo ante la aproximación oscurantista de que alguien invadió la privacidad de un servidor público que otro servidor de la misma naturaleza, deambula en las calles de Bogotá concretando parte del escalamiento de favores de políticos a miembros de la Policía Nacional a cambio de sexo, y todo ello desde un carro de propiedad del Estado.

El juzgado sentenció que hubo un comportamiento “dañino proveniente de culpa” y esa es una aseveración ligera sin fundamento, cuando se construye sobre la egida moralista de que un acto homosexual o su revelación es constitutivo de daño, y que quien lo haga *per se*, incurre en culpa, todo ello sin analizar que delantamente lo que se estaba divulgando era un episodio constitutivo de prueba, tanto en la Fiscalía como en la Procuraduría, de la más vergonzosa prostitución entre políticos y uniformados de la Policía Nacional.

No hubo daño a la intimidad, porque no puede haberlo derivado del hecho de que alguien voluntariamente elija sostener un escarceo amoroso con persona del mismo sexo; esa es una arista estrechísima e inculta de la moderna visión del mundo. Y menos puede calificarse de dañino haber revelado que dos servidores públicos, en un carro estatal y en la mitad de vías públicas, concretaban la concreción de favores políticos a cambio de sexo con oficiales de la Policía Nacional. Eso fue lo que la visión moralista del a quo, inducida no le permitió ver, ni le permitirá ver a quien sucumba a la tentación morbosa de aproximarse a estos hechos con la curiosidad de descubrir inclinaciones sexuales o pornográficas

Así pues, a pesar de tratarse de un proceso de responsabilidad civil extracontractual en el fallo hay una ausencia absoluta de un análisis certero sobre los elementos que componen este tipo de responsabilidad, haciéndose inviable la declaratoria de responsabilidad civil de la demandada. En conclusión, no se estructuran los elementos

Vicky Dávila: “¿Usted cree que todo aquel que toque la “Comunidad del Anillo” está en peligro?”
María Adielá Gómez Castrillón: “Yo creo que sí.”

de la responsabilidad civil extracontractual contra VICKY DÁVILA, como con ligereza digna de mejor causa, sentencia el fallo censurado.

7. No se aplican los estándares nacionales e internacionales sobre el oficio periodístico.

La sentencia cuestionada no aplicó ninguno de los estándares relevantes para el oficio periodístico, sino que se limitó a señalar generalidades sobre su precario y limitado entendimiento de lo que constituye el supuesto rol del periodismo en la sociedad. En efecto, la sentencia omitió pronunciarse sobre lo que implica la diligencia periodística y, por consiguiente, también pretermitió analizar objetivamente las conductas desplegadas por la demandada VICKY DÁVILA.

Según se ha desarrollado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el estándar de diligencia profesional periodística, consiste en:

“asegurar o, por lo menos, procurar que la información que se divulga, además de ser veraz e imparcial, también respete los derechos de los demás y el orden público general, a menos que en este último caso la conducta de la entidad periodística se explique con la razonada, oportuna y eficaz corrección o clarificación del error cometido.

(...)se impone entonces para los medios de comunicación social el deber profesional de extremar la diligencia y cuidado especiales que, además de obedecer al ejercicio responsable de la libertad de información, también evite preventivamente el eventual daño a tales personas. **Esta diligencia se alcanza, entre otras, cuando se actúa prudentemente en el manejo de la fuente directa u oficial pertinente, como cuando a la noticia o información inculpativa determinada, le ha precedido el esfuerzo periodístico profesional necesario y la verificación razonable indispensable para la confirmación de su veracidad y exactitud; e igualmente cuando se funda en datos que en el mismo sentido suministre o haya suministrado la autoridad competente**, basada en decisiones o actuaciones judiciales no sometidas a reserva legal. En tanto que se incurre en responsabilidad civil por los daños morales y materiales ocasionados a la persona, entre otros, cuando dicha divulgación no guarda correspondencia con la referida fuente, o se produce a sabiendas de su falsedad o confiando imprudentemente en su exactitud, o bien se trata de una inexcusable interpretación distorsionada de la mencionada fuente”⁷ (Subrayo)

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 24 de mayo de 1999. (M.P: Pedro Lafont Pianetta)

Vicky Dávila: “¿Usted cree que todo aquel que toque la “Comunidad del Anillo” está en peligro?”
María Adielá Gómez Castrillón: “Yo creo que sí.”

En la sentencia impugnada el juez no analizó a fondo estos, que son apenas algunos de los criterios desarrollados jurisprudencialmente, por el contrario desarrolló un solo párrafo para justificar la supuesta “culpa” de la periodista:

“Y no puede decirse, que no hay culpa, por cuanto que rompió los límites del derecho a informar, pues invadió campos que no le corresponden, los cuales están a cargo de los entes investigadores, en relación con el análisis y publicidad de la prueba, y falta prudencia, pues debió esperar que esta crítica de demostración del vínculo del Carlos Roberto Ferro Solanilla con la red y si era partícipe del delito investigado lo hiciera el ente correspondiente”⁸

Como se observa, el argumento principal, o el único, que expuso el Juzgado es que la demandada invadió campos que no le correspondían, pero jamás entró a estudiar la función social que cumplen los periodistas en una sociedad democrática, que en muchos casos les obliga a divulgar información chocante, pero relevante para el debate público. En efecto, el argumento de que tal información solo pertenecía a la esfera de los investigadores resulta totalmente desfasada en una sociedad democrática en la que se ejerce control sobre los poderes públicos. Aceptar un razonamiento como este conllevaría a la imposibilidad de los medios de informar sobre procesos judiciales inconclusos. El silenciamiento de la prensa nunca puede ser la salida o el medio de control, por el contrario es un derecho y más aun un deber de los periodistas mantener a los ciudadanos al tanto de toda información de interés público, como lo es la existencia de una red de prostitución forzada entre miembros del congreso y de las fuerzas armadas.

Con el criterio del a quo, consistente en que solo hasta que las autoridades competentes hubiesen dictado fallo alguno era viable divulgar los hechos que surgieron de la investigación periodística realizada por VICKY DÁVILA, entonces no habría sido posible jamás en Colombia ni en ningún lugar del planeta, haber señalado a PABLO ESCOBAR como narcotraficante, pues este ciudadano a pesar de morir abaleado por fuerzas del orden, jamás fue sentenciado ni condenado por un juez. Terrible error que ha postulado esta sentencia que debe ser revocada por el bien de la prensa nacional pero sobre todo por el restablecimiento de la garantía democrática de que la justicia también respeta el oficio periodístico aun cuando resulte incómodo. Una prensa amordaza por el miedo de los fallos judiciales, convierte el país en un infierno y en una dictadura.

Cualquier decisión que pretenda establecer la responsabilidad civil de un periodista deberá basarse en criterios objetivos, en los estándares nacionales e internacionales existentes para medir o analizar su profesionalismo y su adherencia a las técnicas del oficio. Cualquier consideración por fuera de estos criterios carecerá de la objetividad

⁸ Juzgado Veintidós Civil del Circuito, Sentencia del 22 de octubre de 2020. (Juez: José Nel Cardona Martínez) (Exp.: 2017-344)

*Vicky Dávila: “¿Usted cree que todo aquel que toque la “Comunidad del Anillo” está en peligro?”
María Adielá Gómez Castrillón: “Yo creo que sí.”*

necesaria. Ciertamente, lo que define un buen reportaje o una información legítima no es nunca el tipo de información publicada sino la responsabilidad con la que fue recolectada, la corroboración de las fuentes, la diligencia en el trabajo periodístico. En el caso sub lite no hay duda alguna de que la investigación realizada por VICKY DÁVILA y su equipo fue diligente y prudente, despojada de fanatismos o de intención ‘persecutoria. No se olvide que la periodista mucho antes de publicar el video de marras lo tuvo en su poder y solo decidió hacerlo público cuando fue informada de que era parte de las evidencias arrimadas a investigaciones en curso en la fiscalía y en la Procuraduría, momento en el cual respetó al doctor CARLOS FERRO, concediéndole la oportunidad de pronunciarse, la cual declinó desinformando y negando lo que no se puede ocultar hoy, esto es, que hay una red de prostitución en la Policía Nacional auspiciada o avalada por importantes personajes de la política nacional, entre ellos el propio doctor CARLOS FERRO. Eso que es protuberante en el expediente, no mereció el más mínimo comentario de una sentencia tremendamente injusta que, por sí y ante sí, concluyó que VICKY DAVILA obró con culpa y que causó daño.

8. No se considera la relevancia pública de la información develada en el reportaje cuestionado, ni la calidad de figura pública de Carlos Ferro Solanilla que lo obliga a ser más tolerante con la crítica

Aunque ya se dicho a lo largo de esta sustentación de los reparos anotados a la sentencia proferida el 22 de octubre de 2020, es importante tener claro que esta no consideró la naturaleza de interés público de la información vinculada a la nota periodística censurada, ni la sopesó con otros elementos relevantes de la causa. Por el contrario, en ella se desatendieron flagrantemente postulados constitucionales, aplicables también a procesos civiles, que de haber sido tenidos en cuenta habrían cambiado sustancialmente el sentido de esta providencia. Ciertamente en el fallo se ignoró, por un lado, que la información develada era de interés público y, por el otro, que Carlos Ferro era una figura pública con un deber de tolerancia a la crítica mayor, como también que el Capitán Angelo Palacios era un oficial de la Policía.

En lo que respecta al carácter de interés público de la información develada, vale la pena resaltar que está dado por la intención de la periodista de demostrar la existencia de una red de prostitución forzada que operaba presuntamente entre miembros del Congreso de la República y funcionarios de la Policía Nacional. La relevancia pública de esta situación resulta notoria no solo por la posible configuración de graves delitos, sino además porque quienes estaban involucrados eran funcionarios públicos y miembros activos de las fuerzas armadas. Por si fuera poco, se reitera que el video fue tomado dentro de una de las camionetas oficiales para el servicio que se otorgan a los Congresistas y que en el aparecían un miembro de la Policía Nacional y un viceministro -a la fecha de publicación del video- que antes había sido senador.

Vicky Dávila: “¿Usted cree que todo aquel que toque la “Comunidad del Anillo” está en peligro?”
María Adielá Gómez Castrillón: “Yo creo que sí.”

Así las cosas, no es cierto, como se afirmó en la sentencia, que la demandada hubiese desplazado a los entes encargados de realizar las investigaciones pertinentes⁹, pues la realidad es que nacional e internacionalmente se ha reconocido que los periodistas son los “perros guardianes” de la democracia, estando en la obligación de dar a conocer asuntos de interés público, como ocurrió en el presente caso.

Sobre esta materia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha conceptuado:

“41. Además, como la Corte ha señalado anteriormente en casos como el presente relativo a la prensa, un factor de particular importancia para su determinación es el rol vital de “perro guardián público” que desempeña la prensa en una sociedad democrática (ver *Fatullayev c. Azerbaiyán*, no 40984/07, § 88, 22 de abril de 2010); y el margen nacional de apreciación está circunscrito por el interés de la sociedad democrática en garantizar y mantener una prensa libre que transmita información de gran interés público (véase *Goodwin c. Reino Unido*, 27 de marzo de 1996, párrafo 39, Informes 1996-II). La Corte reitera que la prensa juega un papel preeminente en un Estado regido por el estado de derecho”¹⁰.

En igual sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional, en sus inicios, señalando:

“En aras de la calidad de la información, de la pericia que se requiere para poder satisfacer los requerimientos de la opinión pública, y por exigencia misma del interés general, es razonable que un grupo especializado se encargue de asumir, como profesión, el deber de informar los asuntos de interés general a la colectividad”¹¹

Más aun, la Corte ha reconocido que el trabajo de los periodistas es esencial para ejercer control sobre los poderes públicos, dentro de los cuales se encuentran sin duda alguna las autoridades encargadas de la investigación de Carlos Ferro Solanilla:

“Una prensa libre contribuye a informar y formar a los ciudadanos; sirve de vehículo para la realización de los debates sobre los temas que inquietan a la sociedad; ayuda de manera decisiva a la formación de la

⁹ Juzgado Veintidós Civil del Circuito, Sentencia del 22 de octubre de 2020. (Juez: José Nel Cardona Martínez) (Exp.: 2017-344)

¹⁰ TEDH, *Ungváry and Irodalom KFT v. Hungary*, 3 de diciembre de 2013. Texto original: “41. Furthermore, as the Court has previously pointed out in cases such as the present one concerning the press, a factor of particular importance for its determination is the vital role of “public watchdog” which the press performs in a democratic society (see *Fatullayev v. Azerbaijan*, no. 40984/07, § 88, 22 April 2010); and the national margin of appreciation is circumscribed by the interest of democratic society in ensuring and maintaining a free press imparting information of serious public concern (see *Goodwin v. the United Kingdom*, 27 March 1996, § 39, Reports 1996-II). The Court reiterates that the press plays a pre-eminent role in a State governed by the rule of law”

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C -045 de 1996. (M.P: Vladimiro Naranjo Mesa)

Vicky Dávila: “¿Usted cree que todo aquel que toque la “Comunidad del Anillo” está en peligro?”
María Adielá Gómez Castrillón: “Yo creo que sí.”

opinión pública; actúa como instancia de control sobre los poderes públicos y privados, etc”¹².

A partir de lo anterior, resulta evidente que Victoria Eugenia Dávila Hoyos no trasgredió las funciones que le han sido encargadas para el ejercicio adecuado de su profesión, sino que, por el contrario, actuó para develar un asunto de interés público que no debía ser tratado con secretismo. Por el contrario, su profesionalismo le exigía a la periodista divulgar esa información.

Ahora bien, en lo que respecta a calidad de funcionario público de Carlos Ferro, se hace necesario destacar que existe una protección especial y reforzada de los discursos en contra de los funcionarios públicos, que beneficia no solo al particular, sino también a la democracia y a los ciudadanos. En efecto:

“hay cierto tipo de discursos que reciben una protección más reforzada que otros, como lo son el discurso político, el debate sobre asuntos de interés público y la opinión sobre funcionarios y personajes públicos. Los discursos políticos o sobre temas de interés público hacen referencia no sólo a aquellos de contenido electoral sino a todas las **expresiones relevantes para el desarrollo de la opinión pública sobre los asuntos que contribuyan a la vida de la Nación, incluyendo las críticas hacia el Estado y los funcionarios públicos**”¹³. (Subrayo)

A partir de la consideración de que las opiniones e informaciones sobre funcionarios públicos son discursos especialmente protegidos, se ha llegado a la conclusión también de que los funcionarios públicos están obligados a soportar un nivel de escrutinio más amplio sobre sus vidas, así como deben ser más tolerantes frente a la crítica.

No obstante lo anterior, este asunto tampoco fue tenido en consideración por el juez de primera instancia al momento de fallar, a pesar de que en los interrogatorios de parte rendidos tanto por CARLOS FERRO como por sus parientes, todos confesaron que el primero es un hombre público que ejerce una actividad de interés público como lo es la política. De haber sido así, se habría adoptado una decisión diametralmente opuesta que no hubiese ido en detrimento del interés público y de la prensa.

9. La estimación del supuesto daño no corresponde a ningún estándar jurisprudencial

El fallo hace una estimación descuidada de los supuestos daños reconocidos, sin ningún sustento probatorio. El Juzgado se limitó a afirmar que “su calificación debe

¹² Corte Constitucional, Sentencia T-066 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)

¹³ Corte Constitucional, Sentencia T-155 de 2019. (M.P: Diana Fajardo Rivera)

Vicky Dávila: “¿Usted cree que todo aquel que toque la “Comunidad del Anillo” está en peligro?”
María Adielá Gómez Castrillón: “Yo creo que sí.”

*hacerse por parte del juzgador, atendiendo para su estimación el arbitrio judicial*¹⁴. Esta argumentación es una clara malinterpretación de la jurisprudencia sobre otorgamiento y estimación de daños morales, pues la realidad es que a lo largo de los años se han establecido criterios y montos -provenientes de bases objetivas- que deben guiar las condenas en aquellos casos en que se conceden daños morales.

Solo para poner un ejemplo de la jurisprudencia que fue ignorada por el Juzgado de instancia, se traen a colación algunos apartes de sentencias de la Corte Suprema de Justicia en las que se ha abordado el tema de tasación de perjuicios morales:

- “Bajo ese contexto, la tasación realizada por esta Corte en algunos eventos donde se ha reclamado indemnización del perjuicio moral para los padres, hijos y esposo(a) o compañero(a) permanente de la persona fallecida o víctima directa del menoscabo, se ha establecido regularmente en \$60’000.000,00.,¹⁵ lo cual implica, *prima facie*, que dicha cuantía podrá ser guía para su determinación”¹⁶.
- “En igual sentido, respecto al daño a la vida de relación o alteración a las condiciones de existencia, conforme a los criterios orientadores señalados por la jurisprudencia de esta Sala¹⁷, se ha llegado a reconocer \$140’000.000,00., cantidad que servirá, razonadamente, de faro para su cómputo”¹⁸.
- “Atendiendo las pautas jurisprudenciales establecidas por esta Corporación¹⁹, de cara a las trágicas e inesperadas circunstancias en que aconteció la muerte del señor Ramírez Zuluaga, se fija en la suma de sesenta millones de pesos (\$60.000.000) el monto de los perjuicios morales que deberán ser resarcidos a la demandante en su calidad de cónyuge de la víctima”²⁰.

De las referencias transcritas resulta innegable que en la jurisprudencia existen criterios establecidos que deben ser usados como guías por parte de los jueces para definir el valor de los daños morales a otorgar a una persona afectada por determinadas circunstancias. Aun así, ninguno de ellos fue siquiera mencionado por

¹⁴ Juzgado Veintidós Civil del Circuito, Sentencia del 22 de octubre de 2020. (Juez: José Nel Cardona Martínez) (Exp.: 2017-344)

¹⁵ Doctrina probable consolidada en las sentencias SC1395-2016, SC15996-2016, y SC9193-2017. No obstante, si bien dicho montó en la sentencia SC5686-2018 (caso tragedia de Machuca) se reajustó, según las particularidades del caso, en \$72’000.000,00, dicha cifra se corresponde con las graves consecuencias del daño causado producto de una tragedia colectiva.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Auto AC3265-2019 del 12 de agosto de 2019. (M.P: Luis Armando Tolosa Villabona) (Rad.: 11001-02-03-000-2019-02385-00)

¹⁷ CSJ SC 9 de Dic. de 2013, rad. 88001-31-03-001-2002-00099-01. La Sala, en fallo sustitutivo, fijó en \$140’000.000,00 el perjuicio de la vida de relación de un señor de 25 años de edad que perdió el 75% de su capacidad laboral, como consecuencia de un accidente de tránsito, el cual “*le produjo graves y permanentes lesiones que afectaron su desenvolvimiento personal, familiar y social por el resto de su vida*”.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Auto AC3265-2019 del 12 de agosto de 2019. (M.P: Luis Armando Tolosa Villabona) (Rad.: 11001-02-03-000-2019-02385-00)

¹⁹ Cfr. SC15996- 2016 y SC13925-2016.

²⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia SC665-2019 del 7 de marzo de 2019. (M.P: Octavio Augusto Tejeiro Duque) (Rad.: 05001 31 03 016 2009-00005-01)

Vicky Dávila: “¿Usted cree que todo aquel que toque la “Comunidad del Anillo” está en peligro?”
María Adielá Gómez Castrillón: “Yo creo que sí.”

el Juzgado de instancia, quien a su arbitrio concedió \$60.000.000 para Carlos Ferro Solanilla, \$40.000.000 para su cónyuge Diana Pineda Rodríguez, \$40.000.000 para cada uno de sus hijos Nicolás y Silvana Ferro, \$50.000.000 para su madre Marina Solanilla Sánchez, \$40.000.000 para Luz Offir Ferro de García y \$40.000.000 para Jorge Alberto Ferro Solanilla.

Como se observa, estos valores otorgados no distan mucho de los que jurisprudencialmente se han concedido a los familiares cercanos de personas que han fallecido. En este sentido, vale la pena preguntarse y estudiar a fondo cuáles serían los valores justos para otorgar a los demandantes por los supuestos daños morales sufridos, que provendrían exclusivamente de la publicación de un material periodístico de interés público, que de ninguna manera finalizó con la vida de una persona o le impidió seguirse relacionando con los demás.

10. No hubo sanción por el incumplimiento al juramento estimatorio.

La sentencia omitió pronunciarse sobre la sanción correspondiente al juramento estimatorio de los daños que no probó el demandante principal. En efecto, no se realizaron consideraciones suficientes sobre la materia, a pesar de que la diferencia entre la suma probada y la estimada es del 100%. Ciertamente, mientras que en la demanda se estimaron los perjuicios por el concepto de daño emergente y lucro cesante en la suma total de \$15.341.853.092 (a la fecha del 31 de diciembre de 2016) discriminada de la siguiente manera: \$13.661.556.535 para el señor Carlos Ferro Solanilla, \$723.508.887 para Juan Nicolás Ferro Pineda, \$911.785.321 para Silvana María Ferro Pineda, y \$45.002.349; en la sentencia no se condenó al pago de ningún valor por este concepto de daños materiales.

En este escenario se debió haber dado aplicación a lo dispuesto en el artículo 206 del Código General del Proceso, según el cual:

“Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.

Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.

*Vicky Dávila: “¿Usted cree que todo aquel que toque la “Comunidad del Anillo” está en peligro?”
María Adielá Gómez Castrillón: “Yo creo que sí.”*

Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospeche que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.

Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.

El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete. Serán ineficaces de pleno derecho todas las expresiones que pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento.

El juramento estimatorio no aplicará a la cuantificación de los daños extrapatrimoniales. Tampoco procederá cuando quien reclame la indemnización, compensación los frutos o mejoras, sea un incapaz.

PARÁGRAFO. También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.

La aplicación de la sanción prevista en el presente párrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte”. (Subrayo)

Como se observa del artículo transcrito, hay lugar a la imposición de una sanción o siquiera a un estudio de fondo sobre la misma cuando (i) la cantidad estimada excede en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada; y cuando (ii) se niegan las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios, siempre que se demuestre que tal falta de demostración es imputable al actuar negligente o temerario de la parte demandante.

Vicky Dávila: “¿Usted cree que todo aquel que toque la “Comunidad del Anillo” está en peligro?”
María Adiel Gómez Castrillón: “Yo creo que sí.”

En el presente caso, si bien no hubo pronunciamiento expreso por parte del Juzgado en la parte resolutive de la sentencia respecto a la negación de las pretensiones relativas a los daños materiales -componentes daño emergente y lucro cesante-, se infiere que esas pretensiones fueron negadas. En este sentido, resultaba procedente realizar un estudio del actuar del demandante que hubiera derivado en la conclusión de que su actuar fue, por lo menos, temerario, pues no pudo demostrar ninguno de los perjuicios materiales que alegó porque no existieron.

Aun así, la única referencia que se encuentra en el fallo sobre la sanción es la siguiente:

“En lo referente a la objeción de los perjuicios, como quiera que no se acogieron las aspiraciones en cuanto al aspecto material, resulta innecesario establecer si es desmesurada la estimación, más aun cuando los perjuicios morales son al arbitrio del juez, de ahí que bajo ese aspecto no pueden considerarse desmesurados”²¹.

Como se ha explicado en párrafos anteriores esta argumentación resulta totalmente insuficiente, pues precisamente al no haberse acogido las pretensiones en cuanto al aspecto material correspondía estudiar si la falta de prueba provenía del actuar negligente o temerario de los demandantes. De haber sido coherentes con la argumentación expuesta en otros apartes de la sentencia, seguramente la respuesta habría sido afirmativa, pues el Juzgado había manifestado:

“El daño patrimonial causado, al demandante Carlos Ferro Solanilla, está ausente de demostración, como quiera que el dado en el dictamen pericial aportado con la demanda, resulta hipotético y además, no goza de imparcialidad, como se demostró en el interrogatorio absuelto por la perito en la audiencia, y de otra parte, partió de una base supuesta de generar a favor de aquel unos salarios como sueldo de Viceministro, hasta una vida probable, lo que según el testimonio de Juan Fernando Cristo, su salida estaba concertada dos semanas antes de su renuncia, según lo dicho y aceptado en la audiencia por este al mostrársele la página de la revista donde había manifestado el declarante la salida de Ferro Solanilla. De igual manera, no existe prueba idónea de que haya solicitado empleo en institución alguna y que se le haya negado su ingreso por la circunstancia de la publicación del audio y del vídeo. Ahora si bien los bienes estaban a nombre de los hijos menores, no hay prueba alguna de sus ventas y de otra, que hayan salido de ellos para su manutención debido a la difamación por publicación”²².

Las consideraciones precedentes, denotan con claridad que los demandantes sí debieron ser sancionados por el abuso de haber estimado de manera exagerada y

²¹ Juzgado Veintidós Civil del Circuito, Sentencia del 22 de octubre de 2020. (Juez: José Nel Cardona Martínez) (Exp.: 2017-344)

²² Juzgado Veintidós Civil del Circuito, Sentencia del 22 de octubre de 2020. (Juez: José Nel Cardona Martínez) (Exp.: 2017-344)

*Vicky Dávila: “¿Usted cree que todo aquel que toque la “Comunidad del Anillo” está en peligro?”
María Adielá Gómez Castrillón: “Yo creo que sí.”*

temeraria los supuestos perjuicios materiales que a la postre no probaron en ninguna cuantía, pues la falta de prueba provino de su negligencia y su temeridad, en algunos casos por ni siquiera aportar prueba sumaria y, en otros, por pretender calificar como técnico o experto a una persona que, como lo dijo el juez, carece de imparcialidad.

11. En cualquier caso, la sentencia que impuso condena patrimonial a VICTORIA EUGENIA DÁVBILA HOYOS y RCN debe ser revocada, en cuanto está fundada en el artículo 55 de la Ley 29 de 1944, disposición declarada inexecutable por la Corte Constitucional, en la Sentencia C-135 de 2021.

En la sentencia del 22 de octubre de 2020 proferida por el Juzgado Veintidós Civil del Circuito de Bogotá, mediante la cual se adoptó la decisión de primera instancia del proceso de la referencia, el juez invocó como fundamento el artículo 55 de la Ley 29 de 1944, que, por supuesto, le fuera sugerido por la parte actora. En efecto, al referirse respecto a la responsabilidad civil extracontractual en el marco de la actuación de periodistas y medios de comunicación -que era justo la materia de discusión en el proceso de la referencia- el Juzgado señaló:

“Ahora bien, la responsabilidad hoy objeto de estudio por la información en un medio de comunicación, está regida bajo lo señalado en el artículo 55 de la Ley 29 de 1944 y el artículo 2341 del Código Civil (véase sentencia Cas. Civil., del 24 de mayo de 1999). La Ley en la disposición dicha señala: “todo el que por cualquier medio eficaz para divulgar el pensamiento, por medio de la imprenta, de la radiodifusión o del cinematógrafo, cause daño a otro estará obligado a indemnizarlo, salvo que demuestre que no incurrió en culpa”.²³

Como se observa, una de las normas en las que el Juzgado basó su decisión de declarar la responsabilidad civil extracontractual de la demandada fue precisamente el artículo 55 de la Ley 29 de 1944, que como se explicará adelante conlleva a la aplicación de unos estándares muy distintos a los aplicables ahora que ese artículo ha sido declarado inconstitucional.

En adición a estas consideraciones esgrimidas en relación directa con el artículo 55 de la Ley 29 de 1944, el Juzgado también fundamentó su decisión en la providencia proferida el 15 de octubre de 2020, por parte de la Sala Civil del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá. En efecto, en la sentencia apelada se sostuvo:

“Lo resaltó en reciente sentencia el Tribunal Superior de Bogotá (Sentencia de 15 de octubre del año en curso Mag. Ponente Martha Patricia Guzmán Álvarez, expediente 2017-00229-01), se extraen dos

²³ Juzgado Veintidós Civil del Circuito, Sentencia del 22 de octubre de 2020. (Juez: José Nel Cardona Martínez) (Exp.: 2017-344)

Vicky Dávila: “¿Usted cree que todo aquel que toque la “Comunidad del Anillo” está en peligro?”
María Adielá Gómez Castrillón: “Yo creo que sí.”

cosas: i) demanda una intención de hacer daño o perjudicar a alguien determinado o determinable con la información falsa o inexacta que se divulga, lo que significa que se parte de la base que lo expuesto por el medio de comunicación a través de sus periodistas es falso o no corresponde a la realidad y esto tiene un fin de dañar; ii) obedece a un actuar culposo, bajo el entendido que se obró con falta de diligencia profesional periodística para cerciorarse que la información divulgada además de ser veraz e imparcial, no trasgreda los derechos de los demás ni el orden público”²⁴.

El uso de este precedente hoy ya no resulta aplicable, por cuanto esa sentencia esgrimió sus bases a partir del mismo artículo 55 de la ley mencionada. Ciertamente, en tal ocasión el Tribunal conceptuó:

“Para decidir como lo hizo, enunció la a quo el marco legal que rige el debate, por lo que citó el artículo 20 de la Carta Política, el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 55 de la Ley 29 de 1944, que regulan el derecho a informar y ser informado, así como la responsabilidad civil por el uso de medios de comunicación para divulgar información falsa o tendenciosa. Acto seguido, se refirió a los elementos que configuran este tipo de responsabilidad, esto es, i) la intención de perjudicar o deteriorar el buen nombre de una persona determinada o determinable con la información falsa o inexacta que se divulga; ii) un daño a la moral por afectación a la honra, buen nombre, reputación o bienes inherentes a la personalidad; iii) la relación de causalidad entre la información falsa y el daño (SC. CSJ sentencia 015 de 24 mayo de 1999, Exp. 5244). (...)

Nada alegó el apelante respecto al marco normativo empleado por la juez de primer grado para resolver el debate, por lo que no hay lugar a extenderse en este tema, **más cuando comparte esta Corporación la aplicación del artículo 55 de la ley 29 de 1944 y el artículo 20 de la Constitución Política**”²⁵. (Subrayo)

Como se evidencia del aparte transcrito, la sentencia utilizada para justificar la decisión adoptada en la providencia apelada también se fundamentó en el artículo 55 de la Ley 29 de 1944, que fue desalojado del firmamento jurídico por la Corte Constitucional en la Sentencia C-135 de 2021.

La importancia de que la sentencia de primera instancia se haya fundamentado en una norma recientemente derogada, así como en jurisprudencia que desarrollaba tal

²⁴ Juzgado Veintidós Civil del Circuito, Sentencia del 22 de octubre de 2020. (Juez: José Nel Cardona Martínez) (Exp.: 2017-344)

²⁵ Tribunal Superior De Distrito Judicial De Bogotá, Sala Civil, Sentencia del 15 de octubre de 2020. (M.P: Martha Patricia Guzmán Álvarez) (Rad.: 11001310304520170022901)

Vicky Dávila: “¿Usted cree que todo aquel que toque la “Comunidad del Anillo” está en peligro?”
María Adielá Gómez Castrillón: “Yo creo que sí.”

disposición, radica en que esta establecía normas aplicables a los procesos de responsabilidad extracontractual contra periodistas y medios de comunicación que distan mucho de las normas que serían aplicables de manera posterior a su retiro del ordenamiento jurídico colombiano.

Ciertamente, mientras que el artículo 55 de la Ley 29 de 1944 establecía que el emisor de la información debía ser declarado civil y extracontractualmente responsable por cualquier daño generado a otro, salvo que demostrara que no incurrió en culpa; los preceptos vigentes propenderían porque fuera el demandante quien se encontrara en la obligación de probar la existencia de tal culpa.

En este sentido, la decisión de segunda instancia deberá revocar el fallo acusado, pues el demandante no solo no demostró que la periodista VICTORIA EUGENIA DÁVILA hubiese actuado con culpa, sino que además la demandada probó que su comportamiento se ajustó a los criterios periodísticos exigibles.

Una consideración adicional para invitar al H. Tribunal y a la Magistrada Ponente en este asunto, para que reflexione sobre la inusual invocación como precedente jurisprudencial un fallo del mismo Tribunal que para el momento en el que traído como sustento de la decisión aquí cuestionada no se conocía ni había tenido difusión en los medios. No se descarta que el entonces señor juez de primera instancia hubiese estado al asecho para acechar a los demandados de este proceso, para que si eran condenados en otro proceso acoger sus voces, pasando por alto que tal fallo ha sido cuestionado en sede de tutela y fue dejado sin efectos inicialmente por la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del 4 de febrero de 2021, que luego, por mayoría y con dos salvamentos de voto fue revocada por la Sala de Casación Laboral en fallo del 24 de marzo de la presente anualidad y hoy está pendiente de que la Corte Constitucional decida si la selecciona o no para su revisión

Por las anteriores razones, resulta imperativo que el Tribunal realice un análisis profundo sobre los fundamentos jurídicos utilizados por el Juzgado de primera instancia para proferir su decisión, pues lo cierto es que la mayoría de ellos resultan inaplicables y contrarios a la Constitución, tal como el artículo 55 de la Ley 29 de 1944 recientemente declarado inconstitucional.

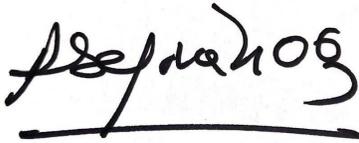
PETICIÓN

Con base en lo que se ha dejado expuesto, solicito se revoque la sentencia de primera instancia, tanto en cuanto condenó a VICTORIA EUGENIA DÁVILA HOYOS y a RCN como responsables extracontractualmente de haber causado perjuicios a CARLOS FERRRO y los otros demandantes, como también en cuanto no accedió a las pretensiones de la demanda reconvención. Igualmente, se reclama se imponga condena a la parte actora en los términos del artículo 206 del CGP, por la estimación

Vicky Dávila: “¿Usted cree que todo aquel que toque la “Comunidad del Anillo” está en peligro?”
María Adielá Gómez Castrillón: “Yo creo que sí.”

abusiva y exagerada de los supuestos daños materiales que no fueron probados en el proceso en ninguna cuantía.

De la señora Magistrada,



RAMIRO BEJARANO GUZMÁN

C.c. No 14. 872. 948 de Buga

T.p. No 13. 006 de Minjusticia



GUSTAVO EDUARDO
GÓMEZ ARANGUREN
ABOGADO CONSULTOR

Bogotá D.C. 16 de Junio de 2021

Señores

H. TRIBUNA SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CIVIL

Dra. ADRIANA SAAVEDRA LOZADA

Magistrada Ponente

Ciudad

DEMANDANTES: Carlos Roberto Ferro Solanilla y Otros.

DEMANDADAS: Radio Cadena Nacional - Victoria Eugenia Dávila Hoyos

RADICADO: 2017 - 344 (02)

REF: SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN abogado en ejercicio con tarjeta profesional 16.456 del C.S. de la J. con cédula de ciudadanía número 6.756.878 de Tunja, obrando en calidad de apoderado del grupo demandante y del Demandado en reconvención Dr. Carlos Roberto Ferro Solanilla, comedidamente y dentro de la oportunidad procesal procedo a sustentar la apelación interpuesta.

I. LA SENTENCIA APELADA

En lo que refiere al numeral segundo de la sentencia de primera instancia acá recurrido, sostuvo el H. Despacho que el daño patrimonial causado al demandante está ausente de demostración, como quiera que considera que el dictamen pericial aportado con la demanda, en su sentir, resulta hipotético y además no goza de imparcialidad, sostiene que parte de una base supuesta de generar a favor de aquel unos salarios como sueldo de viceministro dentro de un espacio temporal extendido.



Agrega que no existe prueba idónea que haya solicitado empleo en institución alguna, así como que se le haya negado su ingreso por la circunstancia de la publicación del audio y video relatado en el proceso; en el mismo sentido se refiere al daño en la: “*vida relación*”, no se aportó prueba de cómo era el desenvolvimiento social y familiar del demandante que condujera, en su sentir, a fijar de acuerdo con su naturaleza extra patrimonial una suma para este y sus familiares cercanos.

II. REPAROS

Los reparos presentados se dividieron en tres puntos principales atinentes a la indebida valoración u omisión de las pruebas presentadas que se desarrollarán así: i. Pertinencia de las pruebas presentadas, ii. Pruebas presentadas como fundamento del daño a la vida de relación y iii. Relevancia de los documentos aportados para la tasación en superior medida de los perjuicios morales y el daño a la vida de relación.

Se resumirán sucintamente para ilustración del Despacho.

i. Pertinencia de las pruebas presentadas

La finalidad de una prueba debe ser la de llevar al juez a la certeza o conocimiento de los hechos jurídicamente relevantes que se narran en el proceso como soporte de las pretensiones o las razones de la defensa. La Ley dispuso una serie de medios de prueba que pueden ser decretados en el curso de proceso, así, le concierne al ámbito de competencia exclusiva de



la respectiva autoridad judicial, la determinación acerca de la validez, aptitud, pertinencia y conducencia de las pruebas a partir de las cuales formará su convencimiento y sustentará la decisión final del litigio.

En lo que respecta al daño a la vida de relación, se representa en la afectación a la cotidianidad que para cualquier ser humano implica interactuar en los niveles de los grupos sociales desde el más íntimo hacia los perfiles expansivos en el contexto social que son los que estructuran la reputación de cada quien y estructuran el buen nombre de las personas, es decir la lesión sufrida por las vidas de los afectados en su interacción colectiva, por consiguiente se trata de un perjuicio de incidencia en muchos aspectos de la existencia vital, principiando por aquellos segmentos de carácter puramente individual, y que desde el punto de vista constitucional se objetiviza en los derechos fundamentales a la intimidad y al buen nombre.

Es necesario reconocer la dificultad para indemnizar este perjuicio, pues estimamos que su reparación reviste un carácter compensatorio y no reivindicatorio por cuanto afecta una parte espiritual e íntima de los seres humanos condicionante de sus relaciones con el mundo donde vive. No podemos olvidar que la autoimagen y el reconocimiento del individuo en sus relaciones sociales representan el escenario de autorrealización de los seres humanos, en términos de tanto significado que la justificación de los proyectos individuales tiene un referente de carácter colectivo: es lo que la sociología denomina la cultura, que en la práctica no es otra cosa distinta a un haz de valores que identifican a las sociedades humanas, y a partir de ahí se produce el desarrollo de los individuos, y por consiguiente la frustración o el fracaso de los mismos, si la sociedad misma no protege y garantiza el



derecho al buen nombre, al libre desarrollo de la personalidad y a la integridad moral del individuo.

Esta situación, es de tanto significado para nuestro orden jurídico, que hace casi 100 años fue reconocida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia con fallo de 21 de Julio de 1922, el que señaló con precisión en aplicación a los artículos 2341 y 2356 del Código Civil que todo derecho lesionado requiere una reparación a fin de que se conserve la armonía en la convivencia social, esa circunstancia no puede ser óbice para fijarlo aunque sea aproximadamente, ya que de otro modo habría que concluir que los derechos de alta importancia quedaban desamparados por las leyes civiles, y que solo se protegerían aquellos de significado meramente patrimonialista, esto es los derechos que constituyen la esfera económica de las personas, y no los que como en el caso que nos ocupa, dan contenido a la esfera moral de los seres humanos, pues en tanto se presente una mayor evolución cultural de las sociedades, adquieren mayor relevancia, conforme se puede apreciar en el nuevo constitucionalismo contemporáneo que se edifica por completo como el derecho de los derechos humanos, cuyo eje lo constituye la dignidad humana, que justamente, es el punto de apoyo de los derechos en cuestión dentro del proceso que nos ocupa.

ii. Pruebas y hechos presentados como fundamento del daño a la vida en relación

En este punto se transcribieron los hechos que se presentaron como fundamento del daño a la vida en relación del grupo familiar demandante, entre los que se destaca el d3.



d.3. En lo económico, la familia Ferro Pineda perdió el acceso a los ingresos económicos que representaba la actividad laboral cumplida por el Dr. CARLOS ROBERTO FERRO SOLANILLA. Todo el núcleo familiar desde la fecha de los acontecimientos ingreso en una gran crisis, que no se resuelve pues el señalamiento de que fue objeto el afectado y los demás miembros de su núcleo, literalmente han cerrado las puertas para recuperar el prestigio de una exitosa carrera pública, con las incidencias relacionadas con las opciones laborales y productivas inherentes a sus talentos profesionales, que literalmente fueron suprimidos hacia futuro por hechos aquí narrados.

d.9.

La conducta desarrollada por la empresa Radio Cadena Nacional S.A., respecto de los contenidos y pautas de corrección en la radio difusoras que integran su objeto social, demuestran un vacío absoluto de regulación que impidiera las exageraciones y abusos en que incurrió el personal a su servicio. Es decir, la ausencia de un código propio de ética institucional, no obstante, no es un factor que neutralice el principio de responsabilidad por los daños que en dicha actividad se produzcan.

(...)

Como lo demuestra la historia de los hechos aquí sistematizados, su respuesta ocurre ex post facto, luego de ocurrido el hecho dañoso- por lo que conviene repasar el hecho notorio del retiro inmediato de su dependiente-, pero ya sin posibilidad alguna de neutralización de los efectos lesivos de su conducta. Estos rasgos denotan un comportamiento omisivo y negligente que opera como condicionante causal a los abusos en que incurrió su periodista.



Y d.13. de suma importancia para el juicio de responsabilidad civil

En la conducta imputada a la parte demandada no media ninguno de los elementos establecidos en el artículo 2357 del Código Civil, pues los demandantes no tienen ninguna relación con RCN o con la señora Victoria Eugenia Dávila, tal que crearon un ambiente propicio para que asuntos del resorte de la privacidad de los actores llegara al dominio de la parte demandada.

Lo anterior sin dejar a un lado lo enunciado y aportado en los literales A2 y A3 del acápite de pruebas del libelo demandatorio.

iii. Relevancia de las documentales aportadas para la tasación en superior medida de los perjuicios morales y reconocimiento del daño a la vida en relación.

Como prueba de los perjuicios morales y la necesidad del reconocimiento del daño a la vida en relación, se encuentra contenido en las Certificaciones sobre la carrera política del actor y su núcleo familiar, sus costos e inversiones para sostener su nivel económico así: Certificación sub-Secretario General de la República, certificación subdirectora de gestión humana del ministerio del interior, certificación de la Directora de Talento Humano de la Gobernación de Cundinamarca, Certificación del Fondo de Financiación Política del Consejo Nacional Electoral, esto contrastado con las elecciones después del hecho dañoso, en las que no obtuvo un umbral siquiera cercano a los años anteriores al 2016.



Puede concluirse que la circunstancia de desempeñar, el Doctor Ferro, un cargo de libre nombramiento y remoción con representación política que, por supuesto no le otorgaba estabilidad propia del régimen de carrera administrativa, dé al traste con la posibilidad de indemnización en el lucro cesante puesto que, el perjuicio no puede medirse por la permanencia o la expectativa de permanencia en ese solo cargo, sino en la posibilidad legítima de continuar hacia el futuro en su carrera política. Sobre este punto el proceso demuestra claramente que el ejercicio de la actividad pública del afectado lo llevo a tener múltiples empleos de representación popular, y que con el hecho dañoso motivo de la demanda, francamente se truncaron tal como lo explicita el análisis pericial producido dentro del proceso.

Es decir, los efectos perversos del hecho dañoso en términos del ejercicio de una actividad absolutamente legítima como es la que realizaba el actor principal, deba reducirse a su permanencia en el empleo de Viceministro del Interior, y por tratarse de una función de representación política le destituya el derecho a ser indemnizado en lucro cesante; evidentemente este elemento de la compensación por los perjuicios derivados por el hecho dañoso es necesario verla en el ámbito de lo que se probó en el proceso que no es otra cosa que la actividad productiva principal del Doctor Ferro, que según las pruebas del proceso se truncó con la publicación maliciosa que dio al traste con su derecho fundamental a elegir una profesión u oficio y desempeñarse en ella y en el de manera pacífica, que constituye un derecho constitucional ineluctable.

III. SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE ALZADA



1. Juicio de Responsabilidad

Está probado en el proceso la conducta imputada a los demandados, esencialmente al medio de difusión pública que entrego la infraestructura necesaria de penetración social para transmitir el pensamiento, las opiniones y en general el acontecer de una sociedad democrática cimentada en el derecho a la libertad de expresión y de información; no sobra decir, es este un pilar objetivo de la democracia.

El fenómeno del ejercicio de la libertad de expresión, la fundación y organización de medios de comunicación, el lucro legítimo de ese tipo de actividades, si bien representan derechos reconocidos y protegidos por el ordenamiento, no son una patente de corso para desnivelar en función del ejercicio del derecho a la prensa libre, la existencia de otros derechos radicados en los demás sujetos que integran la población, pero mucho más de aquellos individuos que por su singularidad constituyen el elemento débil de las relaciones jurídicas que se construyen a partir de la concurrencia en democracia de los múltiples escenarios donde se proyectan las orbitas jurídicas a que nos referimos.

Por lo anterior, no es posible desconocer el carácter de vulnerabilidad que representa la vida privada de los seres humanos aun estos sean personajes de connotación pública, en su relación con el ejercicio del derecho a la libertad de prensa. Es claro que la mencionada libertad de prensa como ningún otro derecho, tiene carácter absoluto. Precisamente la protección a este derecho, tiene límites que solo se explican a partir de la existencia de otros derechos de los ciudadanos que al entrar en tensión conducen a que



se otorgue prevalencia al extremo débil de la relación jurídica, y se marquen los espacios en los que la libertad de prensa y el derecho a la información de la sociedad en general sea inalienable en todo aquello que trascienda y sea de significado para el correcto desarrollo de la transparencia que debe darse en actividades públicas; sin embargo y de manera radical, el contra peso al derecho de la libre expresión del pensamiento a través de los medios de comunicación, encuentra un límite en la esfera jurídica de las personas cuyo acontecer tiene poca o ninguna incidencia en la realización de las actividades públicas a las que se encuentra vinculado el afectado.

Para desarrollar este concepto basta con plantear el dilema, cuya descripción se concrete en la pregunta: *¿Qué tanta importancia para ser un buen funcionario público en los términos descritos en la Constitución y en la Ley, implica el evento de su orientación sexual, de su vida personal e íntima que por solo corresponderle a él debe mantenerse en su fuero privado?*

La respuesta es que generalmente la orientación sexual de las personas es irrelevante a su desempeño profesional, pensar lo contrario equivaldría a generar un severo e injusto criterio de discriminación proscrito por la Constitución. La actividad amorosa de los seres humano solo a ellos corresponde y mientras esta no transgreda derechos hacen parte de la vida íntima, decididamente tocable por tercero y mucho menos por medios de comunicación pública.

Por tratarse de algo privado, personal e íntimo la divulgación de ese extremo de la vida de las personas escapa a la libertad de prensa, así sean los protagonistas servidores públicos; sin duda que la vida de los otros como



menú de la información, representa un contenido morboso que ensaña en la víctima el escarnio público, destroza su reputación sin ninguna consideración y lo posterga a la tiniebla exterior de todos los prejuicios sociales que aun heredamos de una sociedad originada en el falso convencionalismo, en la represión del pecado y la estimación pública cuando alguien no cumple con la regla de lo general o lo aceptado socialmente como lo correcto.

Los hechos dañosos dado su perfil probatoriamente mostrado, aclama injusticia por no decretar la impunidad al abuso de un medio de comunicación masivo que, por incrementar sintonía, y causar amarillismo de baja dimensión en el ejercicio respetable del periodismo, carece por completo de escrúpulos para dañar a los demás.

2. Relación de causalidad entre el hecho dañoso y los perjuicios causados

Es un hecho conocido que para que exista responsabilidad se precisan tres elementos: el daño, el hecho generador del mismo y un nexo de causalidad que permita imputar el daño a la conducta a quien lo genera.

Con esto en mente tenemos que:

El daño, para el caso de carácter material e inmaterial, es la vulneración del derecho a la intimidad individual, familiar, daño al buen nombre y daño a la vida de relación.

La culpabilidad al tratarse de un juicio por responsabilidad civil extracontractual (sin la graduación propia del artículo 63 del Código Civil)



está dado por el artículo 2347 del Código Civil¹, encontrándose allí la razón por la que RCN también esta llamada al resarcimiento de los perjuicios causados por su periodista adscrita. Tanto es así que como se mencionó en el acápite anterior (hecho d.9) condujo al retiro de la Sra. Dávila, razón por la que se advierte objetivamente la culpa de RCN como medio de difusión y empresa empleadora de la periodista dado que fue dicha emisora y página web de la W la que publico el video y permitió la masificación de la noticia relacionada con la vida privada del Sr. Carlos Ferro Solanilla, divulgada por su dependiente y empelando la infraestructura propia de la empresa demandada.

Resaltamos que ni RCN ni la Sra. Dávila obraron con diligencia y cuidado, pues no confrontó opiniones antes de publicar la noticia, ni se comunicó con la persona afectada el Sr. Carlos Ferro Solanilla, tampoco consultó todas las fuentes necesarias, ni obtuvo declaraciones anteriores a la publicación de la noticia de las personas implicadas en un video donde se discutían asuntos propios de la intimidad de una persona.

Hay que recordar que el video data de seis (6) años atrás a la fecha de la publicación y por lo tanto ninguna relación tenía con el acontecer de febrero de 2016. Es manifiesto que la publicación de dicho medio audiovisual pretendía atizar la hoguera, de rencillas personales entre la periodista imputada en este juicio de responsabilidad, con el gobierno del Presidente Santos y un caso de disciplina interna de la Policía Nacional que en su momento se denominó *La Comunidad Del Anillo*, sobre lo cual las

¹ Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado.



autoridades no lograron demostrar la existencia de esa subestructura policial y que la vinculación del Viceministro del Interior para esa fecha a tal grupo policial, obedecía a intereses extraños a los propios de la libertad de prensa y el derecho a informar a la opinión pública sobre el funcionamiento del ejecutivo central; es más, sin que sea necesario un máximo ejercicio retórico, el interés que se haya subyacente en la absurda publicación es confrontar y denostar al gobierno de turno, para abonar a su desprestigio a costa de la vida privada de un servidor público y la de su familia.

El juicio de imputación de responsabilidad se estructura en la conducta de la Sra. Dávila como responsable directo del obrar con diligencia y cuidado en el ejercicio de su “derecho al ejercicio a la libertad de prensa”, como por RCN como propietario y responsable de la infraestructura de comunicaciones que opera con esa razón social a la que pertenecía la emisora en la que se consumó el hecho dañoso, así mismo en ser la directa empleadora de la periodista, tanto como lo demuestra por ese episodio de 16 de febrero, le fue terminado de manera fulminante su contrato de trabajo, con la consabida insemnación, lo que evidencia que hasta el mismo empleador, dada esta conducta demuestra el tremendo injusto que se presentó con la publicación de un contenido absolutamente inadecuado y ajeno a constituirse en un hecho noticiosos de interés colectivo.

El Nexo Causal se encuentra claramente en la siguiente línea temporal:

Fecha de la publicación el audio visual: como gran noticia que se anuncia desde las 5 de la mañana 16 de febrero de 2016. Publicación y divulgación mundial esa misma fecha



IV. PETICIONES

1. Se reformule lo concerniente a lo concedido por el numeral segundo de la sentencia de primera instancia proferida el 22 de octubre de 2020, y se tenga en cuenta el peritazgo que sustenta el juramento estimatorio para su adecuada valoración.
2. Se acceda a las demás pretensiones incoadas por la parte demandante.
3. Se desestimen las excepciones presentadas por las demandadas y el tercero interviniente.
4. Se nieguen las pretensiones de la demanda en reconvención por carecer de sustento fáctico y jurídico válido.

Atentamente,

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN
C.C. 6.756.878 de Tunja
Tarjeta profesional 16.456 del C.S. de la J.

Bogotá D.C., 15 de junio de 2021

Doctora

ADRIANA SAAVEDRA LOZADA

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Sala Civil

E. S. D.

Asunto: Sustentación del recurso de apelación contra sentencia
Radicación: 11001310302120170034402
Demandante: CARLOS FERRO SOLANILLA Y OTROS
Demandado: VICTORIA EUGENIA DÁVILA HOYOS y RCN

FELIPE DE VIVERO ARCINIEGAS, identificado civil y profesionalmente como obra al pie de mi firma, actuando como apoderado de Radio Cadena Nacional S.A.S. (en adelante “**RCN**”), debidamente reconocido en el proceso¹, me permito presentar sustentación del recurso de apelación presentado el pasado 27 de octubre de 2020 contra la sentencia del pasado 22 de octubre de 2020. Esta sentencia fue objeto de solicitud de aclaración y adición, la cual fue rechazada por providencia del 13 de noviembre de 2020, notificada el 17 de noviembre de 2020.

Este documento se divide en tres partes, con el siguiente contenido:

- I.** Me referiré a las consideraciones centrales de la sentencia y de la providencia recurrida del 13 de noviembre;
- II.** Sustentaré los motivos de reparo en la solicitud de la aclaración. En este punto, me permito reproducir de manera textual, los argumentos centrales expuestos por la doctora Catalina Botero Marino, experta en derecho constitucional y libertad de expresión, y exrelatora de libertad de expresión de la CIDH, en concepto emitido para el presente caso;
- III.** Me referiré al juramento estimatorio: una institución para limitar el pleito estratégico contra la participación pública — SLAPP.

I. CONTENIDO DE LA SENTENCIA RECURRIDA

1. Contexto general del caso

Es importante comenzar por recordar que la sentencia que se recurre es el resultado de una demanda por responsabilidad civil extracontractual, contra una periodista y un medio de comunicación, por la publicación de un video que muestra una conversación entre un joven policía y un senador de la república.

¹ Esto ocurrió en la providencia del 13 de noviembre de 2020.

Dicho video fue capturado por uno de los participantes de la conversación (el policía), quien alegaba ser víctima de graves conductas de sus superiores y otros funcionarios, y quien aportó dicho video a la investigación disciplinaria correspondiente como prueba de su denuncia. La existencia del video se hizo pública por las autoridades, antes de que fuera publicado por la periodista. Todo el caso se desarrolla en el contexto de graves denuncias sobre la existencia de una eventual red de prostitución al interior de la Policía Nacional, a través de la cual jóvenes policías habrían sido obligados a tener relaciones sexuales con miembros del Senado de la República que luego recompensarían a los oficiales involucrados. Varios Alféreces formularon la misma denuncia ante la Fiscalía. La Procuraduría General de la Nación abrió investigación disciplinaria al Comandante General de la Policía Nacional por estos hechos. En ese contexto se publicó el programa que dio lugar a este proceso.

2. Contenido de la decisión impugnada

Lo primero que se encuentra en la sentencia es el recuento de la demanda seguido por un aparte denominado “*HECHOS RELEVANTES*”². En ese aparte no queda claro si el Juzgado se está refiriendo a los alegatos de la parte demandante o está haciendo consideraciones propias. En dicho apartado se observa que el Juzgador llegó, entre otras, a las siguientes conclusiones fácticas —que, por cierto, como entrará a demostrarse, no son precisas ni tienen sustento probatorio—:

- El 16 de febrero de 2016, según su interpretación de las pruebas, la FM Noticias publicó un “*audio que recoge una conversación de carácter íntimo y de naturaleza íntima sostenida entre Carlos Roberto Ferro Solanilla y un tercero*”³. Indica que el audio “*en forma de video*”⁴ fue publicado en la página web de la FM.

De entrada, el Juzgado resta relevancia pública a la grabación publicada, sin explicar los fundamentos para esa consideración. Esto se reitera posteriormente cuando indica que “*el audio (...) expresa un episodio privado de dos personas adultas carente de la condición noticiosa y de nexos con la investigación desarrollada por el Ministerio Público contra la policía nacional (...)*”⁵. Asimismo afirma que “[d]esde el punto de vista objetivo, la conversación contenida en el audio, no induce a algún tipo de sometimiento o transacción económica que pudiese derivar en circunstancias compatibles con lo investigado por la Procuraduría, y que en si (sic) mismo implicaría un acontecimiento de interés general para la opinión pública, o de significado en l (sic) actividad de los entes de control, respecto de los hechos que para la época de febrero de 2016 atraían su atención frente a posibles irregularidades ocurridas en la policía nacional”⁶.

² Folio 2.

³ Folio 2.

⁴ Folio 2.

⁵ Folios 4 y 5.

⁶ Folio 5.

- Relacionado con lo anterior, esta parte de la sentencia parece plantear una conclusión jurídica como si fuera un hecho: indica que *“la privacidad del demandante Carlos Roberto Ferro Solanilla fue **brutalmente** suprimida, y los demás derechos inherentes a la personalidad se neutralizaron para siempre”*⁷ (Destacado fuera del texto). En concordancia con esto, considera que la familia del señor Carlos Roberto Ferro Solanilla (en adelante el **“señor Ferro”**) se vio afectada por la divulgación. El Juzgado indica que el video y el audio *“concentró la atención de todos los medios de comunicación del país (...) muy pronto el conocimiento de este episodio fue de dominio mundial”*⁸. Indica que el *“significado de los hechos generadores de daño ha adquirido tanta relevancia que se constituyó en origen de os (sic) publicaciones de tinte literario”*⁹.
- Reconoce la sentencia que la Procuraduría General de la Nación adelantaba una investigación dentro de la cual se encontraba el citado audio. A pesar de que había restado la relevancia pública a la publicación realizada por *La F.M.*, reconoce que en el marco de la actuación disciplinaria *“se pretendía establecer si en realidad existía en la Policía Nacional una red de prostitución asociada a seguimientos ilegales a periodistas. (sic)”*¹⁰.
- Indica que Victoria Eugenia Dávila Hoyos (en adelante la **“periodista”**) era directora de *La F.M. Noticias Bogotá*. En este mismo hecho, considera que la periodista desde horas tempranas —del 16 de febrero de 2016— *“produjo alertas a sus oyentes sobre un acontecimiento noticioso que impactaría la opinión nacional, y que luego explícitamente se concentró en la divulgación del documento que originó estos hechos”*.
- En la misma apreciación, considera que la divulgación se realizó con una *“rueda de prensa que el jefe del Ministerio Público convocó, para también a su vez difundir lo que acontecía con la Policía Nacional, su director y el viceministro del interior, en ese momento, Carlos Ferro Solanilla”*¹¹.
- Finalmente, vuelve a presentar una conclusión jurídica —sin señalar en detalle el fundamento de esa consideración— como si se tratara de un hecho. Plantea que *“[e]xiste (...) desproporción entre el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión y a la libertad de prensa protegidos por la carta política*

⁷ Folio 3.

⁸ Folio 3.

⁹ Folio 4.

¹⁰ Folio 4. Cabe mencionar que nada tiene que ver el caso planteado con eventuales seguimientos a periodistas. Se trata más bien, como se señaló, de graves denuncias sobre la existencia de una eventual red de prostitución al interior de la Policía Nacional a través de la cual jóvenes policías habrían sido obligados a tener relaciones sexuales con miembros del Senado de la República que luego recompensarían a los oficiales involucrados.

¹¹ Folio 4.

(sic), y de los derechos a la intimidad, el buen nombre y la honra de los ahora demandantes”¹².

Como fundamentos jurídicos de la decisión de condenar a la periodista y al medio de comunicación RCN S.A.S, la sentencia recurrida plantea lo siguiente:

- Primero, que existe una tensión entre los derechos al buen nombre y a la intimidad personal y familiar (artículos 15 y 21 de la Constitución) con el derecho a la libertad de expresión (artículo 20 de la Carta Política). La sentencia no establece cómo resolver la tensión constitucional. Se limita a indicar que hay límites del derecho a la libertad de expresión, para lo cual cita la sentencia T-145 de 2016¹³. Se trata de una cita textual que ocupa cerca de cinco (5) páginas de la providencia sin que en ningún momento analice el contexto en que se produjo, ni la relación con el caso que estaba estudiando.
- A partir de la cita reproducida, el juzgado encontró que hubo violación de los derechos a la “*intimidad personal y familiar y su buen nombre*”¹⁴ del demandante, dado que se superó el límite de la libertad de expresión. Al resolver las excepciones, el Juzgado indicó que se “*pondero (sic) el derecho a la libertad de expresión estableciéndose el límite de este*”¹⁵. No obstante, en ningún momento explicó esta ponderación, ni las razones por las cuales arribó a esta conclusión.
- Reconoció formalmente como precedente, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 24 de mayo de 1999. No obstante, la forma en que la aplicó desconoció el alcance adecuado de esta decisión, tal como se explicará posteriormente.
- Para soportar su análisis de la responsabilidad, cita adicionalmente una sentencia del 15 de octubre de 2020, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá. Esta sentencia no se encontraba en firme, pues mi poderdante había presentado una solicitud de aclaración. La providencia que resolvió la aclaración se profirió el 18 de noviembre de 2020, esto es, casi un mes después de que el Juzgado 22 del Circuito dictara sentencia. Dicha sentencia fue posteriormente revocada por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 4 de febrero del 2021¹⁶.
- Indica que la periodista y el medio de comunicación violaron “*de paso*”¹⁷ el debido proceso y el principio de presunción de inocencia del demandante (en

¹² Folio 5.

¹³ La sentencia de tutela fue proferida el 31 de marzo de 2016, y no de 2015 como erróneamente se indica en la providencia que se está recurriendo.

¹⁴ Folio 8.

¹⁵ Folio 22.

¹⁶ CSJ, Sala Civil, 4 de febrero de 2021, STC 734-2021, Rad. 11-01-02-03-000-2020-3305-00

¹⁷ Folio 15 de la sentencia recurrida.

adelante el señor Ferro). Esto por “*asociar la conversación (...) con dicha red al señalarse un contubernio entre los senadores y los integrantes de aquella (solo por prurito de que en el momento de la conversación Ferro Solanilla, era senador).*”¹⁸. Sugiere que sólo era viable difundir la información cuando hubiera una decisión de la Fiscalía o de la Procuraduría. En ese sentido, indica que cuando se le preguntó a la periodista por qué no esperó que esos entes adoptaran una decisión “*señaló, que por el compromiso por el país. Desplazando con esa conducta a los entes encargados de seguir una investigación*”¹⁹.

- El Juzgado considera que “*sin dubitación alguna [hubo] “intención dañina”*”²⁰ en la publicación. Para llegar a esta conclusión, el Juzgado Indica que el audio y video, al momento de la publicación no había sido controvertido en juicio. Señala que dicha información hacía parte de una investigación de la Procuraduría General de la Nación “*contra el director de la Policía, quien los remitió a la Fiscalía General de la Nación*”²¹ y de una investigación “*criminal bautizada por algunos como la comunidad del anillo*”²². Añade que dicha investigación suponía estudiar la existencia de una “*red de prostitución al interior de la Policía Nacional*”²³.
- Indica que tampoco puede considerarse que “*no hay culpa, por cuanto rompió los límites del derecho a informar*”²⁴. El estándar de culpa, no se basa en un análisis del oficio periodístico, sino que se deriva de las siguientes premisas:
 - Según la sentencia, la decisión de la periodista “*invadió campos que no le corresponden, los cuales están a cargo de los entes investigadores (...) faltó a la prudencia, pues debió esperar que esta crítica de la demostración del vínculo del Carlos Roberto Ferro Solanilla con la red y si era partícipe del delito investigado lo hiciera el ente correspondiente*”²⁵.

Este argumento se relaciona directamente con el planteado en el dolo, según el cual los periodistas no deben realizar investigaciones, pues esto les corresponde a los entes estatales. En ese sentido, para completar el argumento, el Juzgado indica que “*en ninguno de los asuntos investigados ha sido condenado Ferro Solanilla*”.

- Aunque no es del todo claro, para demostrar la culpa reitera otro argumento, que el mismo Juzgado había utilizado para dar por

¹⁸ Folio 16.

¹⁹ Folio 16.

²⁰ Folio 15

²¹ Folio 15.

²² Folio 15.

²³ Folio 15.

²⁴ Folio 16.

²⁵ Folio 16.

probado el dolo: plantea que debió esperar que la prueba surtiera el “análisis y publicidad”²⁶ en los entes correspondientes. En se sentido, indica que “la prueba base de la publicación (...) estima el despacho que debió hacerlo el ente encargado a quien se le remitió la misma”.

- Relacionado con lo anterior, hay otro argumento que puede pasar inadvertido. El Juzgado sugiere que se está en presencia de una prueba ilícita. Indica que en el testimonio de Anyelo Palacio, éste “admitió (...) [que el video] se hizo sin el consentimiento del otro”.

Al resolver las excepciones, indica que “la prueba de tal grabación no fue consentida por la víctima ni calificada en debida forma por la justicia”²⁷.

- Al momento de evaluar la culpa periodística, en la resolución de las excepciones, indica que el “cumplimiento de un deber periodístico no puede ser patente de corso, para llevarse de forma arbitraria derecho fundamental alguno, cuando (...) se reemplaza al órgano competente de investigación judicial”²⁸.
- En ese mismo aparte de la sentencia, de manera confusa, el Juzgado admite que el señor Ferro tenía un ámbito de protección de su derecho a la intimidad menor por ser “empleado oficial”²⁹. En el contexto, este asunto se plantea para analizar si era válido que la prueba se realizara sin su consentimiento. No obstante, a renglón seguido, el Juzgado mezcla distintas cuestiones indicando que ese ámbito limitado no permite que se le tilde “como participe o coautor de un delito sin prueba y menos por un órgano independiente al que verdaderamente debe juzgarlo”³⁰.
- El Juzgado concluye —sin indicar con fundamento en qué hechos concretamente llega a esa inferencia— que el señor Ferro fue tildado de “participle o coautor”³¹ de un delito. Esto es central porque no es claro si ello ocurre por la mera divulgación del video o si se trata de la forma en que fue presentado. Si es por esto último, no es claro qué expresiones concretas son las que llevan a concluir que se estaba sindicando al señor Ferro de la comisión de un delito pues, como se verá adelante, no hay un solo dicho de la periodista que permita soportar esta afirmación. Sobre este aspecto, simplemente se señala que se condena por “tildarse en la noticia como perteneciente a la comunidad del anillo”³² y “de paso, se puso en conocimiento una parte íntima del entonces senador que irrumpió en la vida

²⁶ Folio 16.

²⁷ Folio 22.

²⁸ Folio 22.

²⁹ Folio 17.

³⁰ Folio 17.

³¹ Folio 17.

³² Folio 17.

de su grupo familiar, al revelarse la charla de orientación sexual entre dos personas del mismo sexo.”³³.

- Finalmente, al resolver las excepciones, el Juzgado plantea que se estuvo en presencia de *“información (...) tendenciosa y que carece de veracidad”³⁴*. No obstante, no indica qué aspecto de la publicación fue tendenciosa y cuál no fue veraz.
- En la providencia del 13 de noviembre, el Juzgador indica que no había lugar a pronunciarse sobre la existencia de la red de prostitución. Sin embargo, indica que *“en la sentencia se hizo una evaluación de medios probatorios en los que se incluyeron “al parecer” el video “no tenía vinculación con la red del anillo ””³⁵*.
- Considera que no hay lugar a reconocer el daño material. Esto porque *“está ausente de demostración”³⁶*.
- Relacionado con el daño, indica que sí hay daño moral. Según el Juzgado, está demostrado *“por la copiosa información que fue producida por la publicación [y] los interrogatorios rendidos por Diana Marcela Pineda Rodríguez, Offir Ferro de García, Marina Solanilla Sánchez, Juan Nicolás Ferro Pineda y Jorge Alberto Ferro Solanilla, quienes manifestaron en especial sobre la congoja, aflicción y afectación”³⁷* del señor Ferro y su núcleo familiar. Esta congoja fue causada —según el juzgado— por el *“matoneo que sufrieron (...) por la intromisión a la vida del hijo, esposo, padre y hermano, así por el achaque (sic) de pertenecer a una red de prostitución al interior de la policía”³⁸*.
- No es claro en la sentencia si el origen del daño es la publicación del video o la supuesta (no probada) sindicación de que el señor Ferro pertenecía a la red de prostitución la interior de la Policía. El Juzgado no justifica este aspecto. Simplemente señala que *“[n]inguna duda queda en relación de causal en el hecho dañino y la culpa”³⁹*.
- Finalmente, el Juzgado considera que el medio de comunicación (en adelante RCN) debe responder solidariamente dado que entiende que la periodista actuaba como “agente” de la empresa con un párrafo idéntico a otro que se encuentra en la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá del 15 de octubre de 2020, que no estaba en firme al momento en el que se profirió la sentencia

³³ Folio 17.

³⁴ Folio 22.

³⁵ Folio 2 de la aclaración.

³⁶ Folio 18.

³⁷ Folio 17.

³⁸ Folio 18.

³⁹ Folio 18.

recurrida⁴⁰. A juicio del juzgado, el medio es responsable dado que el agente estaba “bajo su vigilancia y cuidado” e indica que el medio hubiera podido “impedir el hecho dañoso”. Esto último sugiere que la empresa hubiera podido censurar al periodista de manera previa.

- Finalmente, no se pronuncia sobre la objeción del juramento estimatorio. Esto porque “*como no se acogieron las aspiraciones en cuanto al aspecto material, resulta innecesario establecer si es desmesurada la estimación, mas (sic) aun cuando los perjuicios morales son arbitrio del juez, de ahí que bajo ese aspecto no pueden considerarse desmesurados*”.

Como consecuencia de los razonamientos fácticos y jurídicos expuestos, el Juzgado condenó solidariamente a la periodista y a RCN al pago de una millonaria suma de dinero para reparar los perjuicios morales sufridos por el demandante y su familia.

Posterior a la sentencia, hubo una solicitud de adición o aclaración. No obstante, el Juzgado no accedió a ninguna de las peticiones porque consideró (i) que no podía modificar el contenido de la sentencia o (ii) que los asuntos planteados se trataban de reparos que se debían presentar por medio de “*el mecanismo procesal pertinente*”⁴¹.

II. MOTIVOS DE REPARO

Teniendo en cuenta la sentencia, se planten seis (6) motivos de reparo en la interposición del recurso de apelación. Aunque frente a la sentencia se presentó una solicitud de aclaración o adición, la providencia que resolvió este asunto en nada afecta los reparos planteados. A continuación, se desarrollará cada uno de esos motivos. Así, la conclusión a la que se arriba luego de estudiar estos argumentos, es que la sentencia recurrida:

1. incurrió en grave e indebida valoración del material probatorio e inaplicación de la carga de la prueba;
2. no identificó los problemas jurídicos a resolver;
3. no aplicó el derecho vigente, apartándose en ese sentido del ordenamiento jurídico;
4. carece de motivación para soportar en derecho, la conclusión a la que arriba;
5. impone al medio de comunicación la obligación inconstitucional de controlar previamente el contenido a emitir por periodistas e invitados a los programas de información y opinión — excepción a la responsabilidad directa de las personas jurídicas; y
6. establece precedentes que violan directamente normas constitucionales y normas del derecho internacional de los derechos humanos que integran

⁴⁰ Vero folio 31 de la sentencia que se aportará como prueba.

⁴¹ Folio 2 de la providencia del 13 de noviembre de 2020.

el bloque de constitucionalidad y a la luz de las cuales deben aplicarse las normas sobre responsabilidad civil extracontractual. Adicionalmente, en la última parte de este recurso, se formula una consideración sobre el Juramento estimatorio: una institución para limitar el pleito estratégico contra la participación pública — SLAPP (III)

1. Indebida valoración del material probatorio e inaplicación de la carga de la prueba

En el presente caso, como pasa a demostrarse, resulta claro que hubo una grave e indebida valoración del material probatorio, a tal punto que el Juzgado fundamenta su decisión, por un lado, en pruebas que no existen, y por otro lado, dejó de valorar pruebas que cambian completamente los supuestos de hecho en los que se funda la decisión. Para demostrar este argumento, es necesario tener en cuenta (1.1) las pruebas del proceso, (1.2) los hechos que se derivan de esas pruebas y (1.3) la relevancia de los hechos acreditados y las consecuencias de la decisión.

1.1. Las pruebas del proceso

El demandante aportó principalmente pruebas documentales. Lo único adicional a la prueba documental fue un dictamen pericial plagado de consideraciones jurídicas que no fue valorado por decisión expresa el Juzgado. Las pruebas documentales aportadas se refieren a tres (3) aspectos: uno, documentos de legitimación en la causa: principalmente, registros civiles de nacimiento y registro civil de matrimonio. Dos, aspectos de certificados laborales y hoja de vida del señor Ferro. Tres, veintiséis documentos que presuntamente probaban el “*hecho dañoso*”⁴².

Los documentos que probaban el hecho dañoso, a su vez, se pueden dividir en cuatro (4) grupos:

- Primero, diecinueve (19) se refieren a derechos de petición presentados ante diversos medios de comunicación y a la Editorial La Oveja Negra. De la mano con estas peticiones, se encuentra copias de periódicos nacionales que publicaron la “*noticia divulgada en primera medida por Vicky Dávila en la FM de RCN*”.
- Segundo, está un programa realizado con la periodista en el programa “Los Informantes” emitido por Caracol Televisión.
- Tercero, la emisión del programa del 16 de febrero de 2016 Esto incluye el audio y vídeo de la conversación sostenida por Carlos Ferro con Ányelo Palacios.

⁴² Folio 44 de la demanda. Cabe aclarar que el hecho 27 eran pruebas de la sentencia. Esto, por supuesto, no eran relevantes porque más que probar su contenido y su autoría, lo que se trataba era de citar precedentes aplicables al caso. Dicho en otras palabras, pretendía probar el *derecho* que regía el asunto. Conforme al artículo 177, las normas de alcance nacional no requieren prueba.

- Cuarto, dos audios. El primero de su renuncia como Viceministro y el segundo una entrevista a Jorge Fernando Perdomo Torres, exvicefiscal General de la Nación.

Como contraposición a estos hechos, durante el desarrollo del proceso, la periodista solicitó y aportó las siguientes pruebas:

- Primero, el Comunicado de prensa No 089 de la Procuraduría General de la Nación. Este comunicado fue emitido por la entidad el mismo día de la emisión, esto es, el 16 de febrero de 2016.
- Segundo, aportó varias pruebas documentales que daban cuenta de la relevancia pública del asunto:
 - Noticia publicada en el periódico EL TIEMPO el 3 de noviembre de 2016 titulada “Fiscalía imputó cargos a coronel (r) de la Policía, Jerson Castellanos”.
 - Entrevista de BLU RADIO al general Humberto Guatibonza del 13 de febrero de 2017.
 - Noticia publicada en el periódico EL TIEMPO del 2 de abril de 2012 titulada “Revuelo político en Mosquera”.
 - Noticia publicada en NOTICIAS UNO el 25 de septiembre de 2010 titulada “Procuraduría destituye a alcalde de Mosquera”.
 - Noticia publicada en el medio digital LA SILLA VACIA del 28 de marzo de 2017 titulada “La incierta sucesión del senador Soto”
 - Noticia publicada en el periódico EL ESPECTADOR del 17 de febrero de 2016 titulada “Un texto para comprender qué es la “Comunidad del Anillo””
- Tercero, y relacionado con lo anterior, allegó pruebas documentales sobre asuntos penales directamente relacionados con la noticia:
 - Formato Entrevista FPJ12 (Rad. 110016000028200600251) del 17 de febrero de 2006 de la señora MARIA ADIELA GÓMEZ CASTRILLÓN a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.
 - Denuncia formulada el día 31 de enero de 2014 por el señor JESUS RAFAEL VERGARA PADILLA el 31 de enero de 2014.
 - Certificación de la Fiscalía Novena Delegada del 22 de enero de 2007.
- Cuarto, relacionado con lo anterior, obtuvo como prueba por informe, al menos, lo siguiente:
 - Respuestas de la Policía sobre investigaciones de la Comunidad del Anillo.
 - Respuesta de la Procuraduría sobre investigaciones de los hechos denunciados por los periodistas. Igualmente, se obtuvo nuevamente el comunicado de prensa emitido el 16 de febrero de 2016.
 - Respuestas de la Fiscalía General de la Nación y de la Corte Suprema de Justicia sobre investigaciones que actualmente se están adelantando contra el señor Ferro.

- Quinto, múltiples noticias en las que se demuestra que el señor Ferro continuó con su actividad política.
- Sexto, se acreditó la hoja de vida de la periodista, incluyendo, entre otros, la publicación de prensa del Círculo de Periodistas de Bogotá – CPB, donde se encontraba los ganadores del premio CPB 2016.
- Séptimo, se aportó entrevista realizada por el entonces Ministro del Interior Juan Fernando Cristo sobre la salida del señor Ferro.
- Octavo, aportaron cinco testimonios:
 - La declaración de Ányelo Palacio. De este importante testimonio únicamente se valoró un aspecto —la ausencia de consentimiento del señor Ferro para ser grabado. No obstante, no se tuvieron en cuenta varios elementos que se describirán posteriormente: (i) el contexto previo de la grabación, (ii) lo que el señor Palacio indica que obtuvo con la declaración y (iii) la situación que padeció el señor Palacio.
 - La declaración del fiscal Daniel Hernández. Éste fue calificado como testigo técnico, sin indicar el motivo para ello, pues se trata de un tercero que es abogado. Recuérdese que el testigo técnico es el tercero que tiene conocimientos “*técnicos, científicos o artísticos*”, conforme lo exige el artículo 220 del Código General del Proceso (en adelante “**CGP**”).
 - La declaración de Juan Fernando Cristo. Este reconoció haber realizado la entrevista publicada por la Revista Semana.
 - Dos testigos realmente técnicos: Daniel Coronell y Clara Elvira Ospina. Brilla por la ausencia la referencia a las declaraciones de estos expertos en periodismo.

Igualmente, RCN aportó las siguientes pruebas:

- Documentos que daban fe de las aspiraciones políticas del señor Ferro:
 - Noticia Pulzo
 - Noticia El Tiempo
- Se aportó, al igual que la periodista, la entrevista rendida por el exministro Cristo sobre la salida del señor Ferro.
- Se acreditaron múltiples derechos de petición presentados a la DIAN en torno a las declaraciones de renta de los demandantes.
- Se solicitó el interrogatorio de la contadora Cielo Espitia Calderón y la exhibición de soportes contables por su parte.

De la descripción de las pruebas que obraron en el proceso queda un asunto claro: la poca valoración probatoria que realizó el Juzgado del acervo probatorio existente. Como se pudo constatar en el primer aparte de este documento, simplemente se hace referencia a tres (3) de los cinco (5) testigos del proceso, sin atender a la relevancia de los dos testimonios ignorados.

Lo mismo ocurre con las pruebas documentales obtenidas durante el proceso. Esto con un agravante: tal como se explicará adelante, la sentencia no se refiere al

contenido de la publicación del 26 de febrero de 2016, no estudia los documentos que acreditan las investigaciones disciplinarias y penales relacionadas con esa publicación, las declaraciones de funcionarios públicos sobre el tema o los elementos que se derivan del audio y video que fueron divulgados ese día.

Por el contrario, como entra a demostrarse, la decisión que se impugna se fundamentó en hechos que no fueron probados en el expediente.

1.2. Hechos acreditados de fundamental relevancia para el proceso y que no fueron tenidos en cuenta

Del material probatorio se derivan algunos hechos determinantes para tomar la decisión impugnada que, pese a haber sido probados en el proceso, fueron abiertamente desconocidos. A continuación, se describen brevemente los hechos probados para pasar posteriormente a exponer el medio probatorio con el que se acreditaron:

- La existencia del video que refleja la conversación entre el señor Ferro y el señor Palacios, cuya transmisión dio origen al presente proceso, fue revelada por la Procuraduría General de la Nación en **rueda de prensa** transmitida **antes** de que el video se publicara en *La F.M.*
- La relevancia pública del contenido del mencionado video, así como su relevancia probatoria, fue puesta de presente, **expresamente**, por la propia Procuraduría General de la Nación en la rueda de prensa mencionada antes de que el video fuera publicado y en el comunicado de prensa que siguió a dicha rueda de prensa.
- La periodista **se limitó** a publicar el video completo sin editar y cuya veracidad no ha sido controvertida, así como a expresar, en diversos momentos y de manera insistente, que era a la Fiscalía General de la Nación a quien correspondería investigar los hechos. **Nunca realizó imputación** al señor Ferro como lo señala – sin fundamento- la sentencia impugnada.
- El video publicado el 16 de febrero de 2016 captura una conversación de contenido sexual entre un miembro de la Policía Nacional y un Senador, producida en el momento en el cual – según las denuncias formuladas por distintas personas ante la Fiscalía- **existiría una red de prostitución dentro de la Policía que le prestaba servicios a los senadores a cambio de favores** para los oficiales de aquella institución.
- La conversación se produce en un **vehículo oficial entre dos funcionarios públicos**, pues involucra a quién era Senador al momento de la conversación y viceministro al momento de la publicación.
- El **contenido** de la conversación resulta relevante en el contexto de los graves hechos que estaban siendo investigados por las autoridades competentes.
- El funcionario concernido (Sr. Ferro), había señalado públicamente antes de que la conversación se hiciera pública, que **no conocía** al señor Palacios;

- La periodista en múltiples ocasiones indicó públicamente que **su interés** no era intervenir en la esfera íntima de una persona, que no se trataba tampoco de cuestionar su orientación sexual y que su interés era exclusivamente hacer de público conocimiento una información que, según la Procuraduría, tenía un alto **interés general**.
- La periodista cumplió con la diligencia profesional que resulta constitucionalmente admisible exigir en un proceso de esta naturaleza

Los anteriores hechos eran suficientes para entender demostrada la relevancia pública de la información; el cumplimiento de la diligencia legalmente exigible a la periodista; y el interés público con el cual se realizó la publicación, eso es, la ausencia de un interés particular de dañar al demandante o a su familia. Nada se esto se tuvo por probado porque la sentencia, simplemente, desconoció estos hechos. Pasamos a mostrar la forma como se acredita, de manera clara los hechos mencionados.

- 1.2.1** La existencia del video publicado el 16 de febrero de 2016 fue revelada por la Procuraduría General de la Nación en rueda de prensa transmitida antes de que se hiciera público el video en *LA F.M.* Dicha existencia fue reiterada en comunicado de prensa posterior de la entidad.

Como puede apreciarse al escuchar el programa de *LA F.M.* del 16 de febrero de 2016 y en el que fue transmitido el video que dio origen a este proceso, la periodista interrumpe la programación para transmitir, en directo, la rueda de prensa en la cual el propio Procurador General de la Nación revela la existencia del video tantas veces mencionado. Al respecto en el programa citado se escucha lo siguiente:

La periodista (VD): 7 de la mañana 52. Estamos atentos a la rueda de prensa en la Procuraduría (...)

La periodista: (...) estamos atentos a la rueda de prensa. (...)

La periodista: ocho de la mañana cuatro minutos. Mucha atención. Vamos a la Procuraduría General.

(...)

[Transmisión de la rueda de prensa en la que el Procurador indica lo siguiente:]

PROCURADOR GENERAL DE LA NACION: (...) *Se han recaudado diferentes pruebas, producto de visitas especiales y testimonios. Entre ellos, la declaración del señor capitán Ányelo Palacio Montero, referenciado por el Capitán en Retiro Johan Mario Marín Larrahondo (...)* Luego de analizar las pruebas, el

*Despacho del Procurador General de la Nación abrió hoy investigación disciplinaria formal (...) por diversas irregularidades que están relacionadas con tres aspectos especiales: (...) tercero, **la creación y puesta en marcha de una supuesta red de prostitución masculina denominada periodísticamente la Comunidad del Anillo.***

*Sobre esta última línea de investigación, y con las limitaciones que impone la reserva sumarial, este Despacho **ordenó remitir copias a la Fiscalía General de la Nación de esta decisión junto con la declaración del capitán Ányelo Palacio Montero y un vídeo el cual no sólo sería una de las pruebas de la supuesta red de prostitución masculina denominada periodísticamente la Comunidad del Anillo, sino que también involucraría a ciertos miembros del Congreso de la República en complicidad con algunos oficiales de la Policía Nacional.***

La misma declaración se encuentra en el comunicado de prensa de la Procuraduría General de la Nación que siguió a dicha rueda de prensa y que fue aportado como prueba por la demandada.

1.2.2 La relevancia pública del mencionado video del 16 de febrero de 2016, así como su relevancia probatoria, fue puesta de presente, **expresamente**, por la propia Procuraduría General de la Nación en la rueda de prensa mencionada en el numeral anterior y en el comunicado de prensa que siguió a dicha rueda de prensa.

En efecto, como puede apreciarse en el audio del programa del 16 de febrero de 2016 y en el comunicado de prensa de la Procuraduría (todas pruebas que obran en el expediente y cuya veracidad no fue controvertida), el Procurador General de la Nación, en referencia al video cuya publicación dio origen a este proceso civil, señaló:

[Transmisión de la rueda de prensa en la que el Procurador indica lo siguiente:]

PROCURADOR GENERAL DE LA NACION: (...) *Se han recaudado diferentes pruebas, producto de visitas especiales y testimonios. Entre ellos, la declaración del señor capitán Ányelo Palacio Montero, (...)*

Luego de analizar las pruebas, el Despacho del Procurador General de la Nación abrió hoy investigación disciplinaria formal (...) por diversas irregularidades que están relacionadas con tres aspectos especiales: (...) tercero, la creación y puesta en marcha

de una supuesta red de prostitución masculina denominada periodísticamente la Comunidad del Anillo.

*Sobre esta última línea de investigación, y con las limitaciones que impone la reserva sumarial, este Despacho ordenó remitir copias a la Fiscalía General de la Nación de esta decisión junto con la declaración del capitán Anyelo Palacio Monterio **y un vídeo el cual no sólo sería una de las pruebas de la supuesta red de prostitución masculina denominada periodísticamente la Comunidad del Anillo, sino que también involucraría a ciertos miembros del Congreso de la República en complicidad con algunos oficiales de la Policía Nacional.***

(...)

A juicio de la Procuraduría General de la Nación, los hechos informados a la Fiscalía General de la Nación tienen relevancia en el ámbito penal por cuanto por estas conductas podrían encuadrar en diversos delitos como proxenetismo, inducción a la prostitución y trata de personas de miembros de la Policía Nacional, comportamientos en los que presuntamente habría participado un senador de la República, quien actualmente se desempeña en un alto cargo del Gobierno Nacional. (...)

En el proceso también está el comunicado de prensa que emitió la Procuraduría General de la Nación. Esta prueba fue aportada por la periodista. Este documento indica lo siguiente:

“Con base en la indagación preliminar que abrió la Procuraduría General de la Nación contra el señor general Rodolfo Bautista Palomino López, director general de la Policía Nacional, en diciembre pasado, se han recaudado diferentes pruebas producto de visitas especiales y testimonios, entre ellos la declaración del capitán Anyelo Palacios Montero, referenciado por el capitán en retiro John Fabio Marín Larrahondo, quien presentó la queja, la cual fue incorporada a esta actuación.

*Luego de analizar las pruebas, el despacho del procurador General de la Nación abrió hoy investigación disciplinaria formal contra el señor general Rodolfo Bautista Palomino López, director general de la Policía Nacional, por diversas irregularidades que están relacionadas en tres aspectos especiales: (...) 3. **La creación y puesta en marcha de una supuesta red de prostitución masculina denominada periodísticamente “La Comunidad del Anillo”***

Sobre esta última línea de investigación, y con las limitaciones que impone la reserva sumarial, este despacho ordenó remitir copias a la Fiscalía General de la Nación de esta decisión junto con la declaración del capitán Anyelo Palacios Montero y un video, el cual no solo sería una de las pruebas de la supuesta red de prostitución masculina denominada periodísticamente “La Comunidad del Anillo”, sino que también involucraría a ciertos miembros del Congreso de la República, en complicidad con algunos oficiales de la Policía Nacional.

En esta decisión disciplinaria se dejaron claras las razones por las cuales este organismo de control se abstuvo de iniciar una actuación disciplinaria por los hechos relacionados con el video, en la medida en que los eventos informados por el capitán Palacios Montero, en lo que respecta al Congreso de la República, habrían ocurrido entre los años 2004 y 2008.

Ahora bien, también se dejó en claro en la decisión de este despacho que si en lo sucesivo de esta investigación aparecen otras pruebas que determinen que dichas prácticas continuaron ocurriendo en esa corporación legislativa, este despacho iniciará las averiguaciones disciplinarias correspondientes.

*A juicio de la Procuraduría General de la Nación, los hechos informados a la Fiscalía General de la Nación tienen relevancia en el ámbito penal por cuanto por estas conductas podrían encuadrar en diversos delitos como **PROXENETISMO, INDUCCIÓN A LA PROSTITUCIÓN Y TRATA DE PERSONAS de miembros de la Policía Nacional, comportamientos en los que presuntamente habría participado un senador de la República, quien actualmente se desempeña en un alto cargo del Gobierno Nacional. Este modus operandi habría tenido lugar presuntamente con la ayuda y complicidad de oficiales de la Policía Nacional, incluso del señor director general de la Policía Nacional, Rodolfo Bautista Palomino López.**”.* (negrilla fuera del original)

Como se puede ver en ambas pruebas, el ente investigativo consideró que el video publicado por la periodista, no sólo “sería una de las pruebas de la supuesta red de prostitución masculina denominada periodísticamente “La Comunidad del Anillo”, sino que también involucraría a ciertos miembros del Congreso de la República, en complicidad con algunos oficiales de la Policía Nacional.”.

Se reitera que no se pretende indicar que la actividad periodística pueda ser asemejada con la judicial. No obstante, sorprende que, en la sentencia, se haya hecho caso omiso a estas declaraciones públicas de la autoridad disciplinaria, en las cuales

se ponía de presente la importancia del respectivo video. En otras palabras, estas declaraciones prueban la relevancia que tenía el video divulgado por la periodista.

1.2.3 La periodista **se limitó** a publicar el video completo sin editar y cuya veracidad no ha sido controvertida, así como a expresar, en diversos momentos y de manera insistente, que era a la Fiscalía General de la Nación a quien correspondería investigar los hechos. **Nunca realizó imputación** al señor Ferro como lo señala – sin fundamento probatorio- la sentencia impugnada.

Como lo muestran todas las pruebas del expediente, en la emisión del programa transmitido el 16 de febrero de 2016 se indicó por parte de la periodista que correspondería a las autoridades determinar si el señor Ferro pertenecía, o no, a la Comunidad del Anillo y en ningún momento se adjudicó responsabilidad penal a dicho señor.

El Juzgado señala que el daño se produjo cuando la periodista relacionó al señor Ferro con la red de prostitución. Lo que omite es que en toda la transmisión fue claro que no se estaba sindicando al señor Ferro, sino que se estaba presentado información que tenía relevancia pública y que correspondería a las autoridades investigar.

Así, por ejemplo, durante la emisión del programa que obra en el expediente se indicó que:

“La periodista: son las 8 de la mañana 24 minutos, mucha atención, en segundos estaremos presentando la prueba que envía la Procuraduría a la Fiscalía General de la Nación, donde se involucran congresistas o se involucra especialmente un congresista. Sería la primera “prueba”, entre comillas. Lo digo porque hay que verificar. Pero la primera prueba de vínculos supuestamente de esa Comunidad del Anillo con el Congreso de la República. Estén atentos solo segundos. (...)

(...)

La periodista: ocho de la mañana veintiocho minutos. Antes de presentar este video quisiera hacer una salvedad. El video es muy fuerte. Lo que dice el video es muy fuerte. Ocurre entre Carlos Ferro, hoy Viceministro del Interior, excongresista de la República, y el Policía Ányelo Palacio. Según la cámara, los registros de la cámara, esto habría ocurrido en el año 2008. Después de haberse denunciado, por parte de los alféreces la existencia de la Comunidad del Anillo. Quiero hacer una advertencia: ¿por qué nos atrevemos a publicar este video? Porque ya está en manos de

*la Procuraduría. Porque ya ha sido enviado en compulsas de copias a la Fiscalía. Porque estamos por la verdad. **Porque estamos por la investigación.** (...) Les pido por favor que comprendan por que razón publicamos este video. Miremos las circunstancias: cómo se desarrolla esta escena que llegó a nuestras manos hace ya varios días, tenemos que decirlo. **Y no quisimos ser irresponsables al entregar esta información antes de que estuviera en poder de las autoridades.** Nuestro deber es la verdad. Nuestro deber es respetar la ley.*

(...)

*La periodista: son las 8 de la mañana 48 minutos. Este video se **convertiría** en una prueba clave que **tendría que ser investigada por la Fiscalía.** Este video lo tiene la Procuraduría. Lo ha enviado en compulsas de copias a la Fiscalía. Y en este video, pues, se **evidenciaría** la relación de la Comunidad del Anillo con el Congreso de la República. Los tentáculos de la Comunidad del Anillo llegaron hasta el Congreso de la República. El Procurador General de la Nación habló del video (...) habló de lo que significa esta prueba dentro del proceso que investiga la Comunidad del Anillo (...)*

*La periodista: (...) el problema es que desde cualquier orientación sexual **se puede** incurrir en un delito. Y aquí estamos los periodistas para denunciarlo y por eso lo hemos hecho. (...)*

(...)

*La periodista: (...) lo importante es **si se cometieron** abusos de poder estando en un cargo de alto poder.*

(...)

*La periodista: mire, el anillo, **el video es un indicio muy importante que tendrá que ser valorado por la Fiscalía.** Y **será la Fiscalía quien finalmente diga en sus investigaciones cuál es la responsabilidad penal que puede caerle al hasta hoy Viceministro del Interior, Carlos Ferro, entonces Congresista de la República, senador,** en todas estas relaciones que **aparentemente** tenían algunos cadetes de la época con congresistas por medio de la Comunidad del Anillo, una red de prostitución que era manejada — todo indica o así lo señalan las víctimas— por el coronel Jerson Jair Castellanos.*

(...)

La periodista: 9 54 minutos. Pues, en nuestra página encuentran este video que comprometería al senador Carlos Ferro con hechos de la Comunidad del Anillo. Eso NO está probado; está denunciado por el capitán Ányelo Palacios y tendrá que ser probado por la Fiscalía, y por quiénes corresponda. Tenemos que decir que no repetimos el contenido del video al aire por obvias razones, porque es muy fuerte. Tenemos que decir reiteradamente que no se trata de una persecución a gente o a altos funcionarios que tengan una orientación sexual distinta a la heterosexual. Reiterar que hemos tenido un compromiso con la verdad y eso ha sido lo único que nos ha movido para revelar estas investigaciones.” (Destacado fuera del texto).

El mismo 16 de febrero de 2016, la FM publicó el siguiente comunicado:

LA F.m. publicó en su momento el video por cuanto la Procuraduría lo ha tomado como prueba y lo ha enviado a la Fiscalía para que se investiguen los posibles nexos entre la Comunidad del anillo con congresistas a través del coronel Castellanos, quien se desempeñaba como jefe de seguridad de la Policía Nacional en el Congreso en 2006, año en el que estalló el escándalo.

LA F.m. respeta profundamente las preferencias sexuales de las personas pero tiene la obligación de denunciar cualquier abuso de poder de los funcionarios públicos independientemente de sus preferencias sexuales. La Fiscalía será la encargada de identificar si el señor Carlos Ferro recibió o no los favores sexuales de los señalados miembros de la Policía Nacional involucrados en el caso de la Comunidad del anillo.

Cabe destacar que el capitán Palacios, cuando se enteró que el senador Ferro era el mismo que en su momento le había mencionado el coronel Castellanos que estaría vinculado a la Comunidad del anillo, decidió, tras varias conversaciones, reunirse con Ferro con la intención de grabarlo, razón por la que con el video buscó hacer que confesara algunos detalles sobre la presente denuncia.

Las imágenes, hoy despublicadas de la web de LA F.m., hacen parte de las pruebas de la Procuraduría dentro del caso de la llamada 'Comunidad del anillo' y las pesquisas al director de la Policía, general Rodolfo Palomino.” (Destacado fuera del texto).

Como se puede constatar en los apartes citados, la publicación realizada por la periodista fue clara en indicar que, según la Procuraduría, el video “*sería*” hipotéticamente un indicio sobre la eventual relación de un exsenador en los gravísimos hechos denunciados previamente por varios jóvenes policías víctimas de la presunta red de prostitución. De hecho, se hace expresa mención de que **no hay certeza**. Por ello, se indica que “[1]a Fiscalía *será la encargada de identificar si el señor Carlos Ferro recibió o no los favores sexuales de los señalados miembros de la Policía Nacional involucrados en el caso de la Comunidad del anillo.*” (Resaltado fuera del texto).

Esto mismo se apreció durante la transmisión, como se observa en los apartes transcritos anteriormente. Los verbos eran conjugados en condicional simple: “*convertiría*”, “*sería*”, “*comprometería*”, “*evidenciaría*”; se expresó en ese sentido que era relevante determinar “*si se cometieron abusos de poder*”. De hecho, cuando se presentó, expresamente se indicó que “*Sería la primera “prueba”, entre comillas.*”

Durante la transmisión, también se indicó en varias oportunidades que era una investigación: “*Este video se convertiría en una prueba clave que tendría que ser investigada por la Fiscalía.*”. También se indicó que se publicaba el video porque “*estamos por la investigación*”. Se señaló que el video “*termina generando también pues unos interrogantes*”.

Pero si ello no fuera suficiente, la misma periodista aclaró que no estaba probada la relación de Carlos Ferro en la red de prostitución y que el video era un indicio. Inicialmente, dijo que el video sería la primera prueba entre comillas. Y eso era así “*porque hay que verificar*”.

Posteriormente, la periodista señaló que “*(...) el video es un indicio muy importante que tendrá que ser valorado por la Fiscalía. Y será la Fiscalía quien finalmente diga en sus investigaciones cuál es la responsabilidad penal que puede caerle al hasta hoy Viceministro del Interior, Carlos Ferro, entonces Congresista de la República, senador, en todas estas relaciones que aparentemente tenían algunos cadetes de la época con congresistas por medio de la Comunidad del Anillo, una red de prostitución que era manejada —todo indica o así lo señalan las víctimas— por el coronel Jerson Jair Castellanos.*”

Finalmente, terminó la emisión indicado que “*este video que comprometería al senador Carlos Ferro con hechos de la Comunidad del Anillo. Eso NO está probado; está denunciado por el capitán Ányelo Palacios y tendrá que ser probado por la Fiscalía, y por quiénes corresponda.*”.

Como se ve, durante la transmisión en varias ocasiones fue claro que no se estaba sindicando al señor Ferro de pertenecer a la comunidad, sino que había una prueba

que podría señalar eso. En ese sentido, no es en absoluto claro cuál es el sustento que tuvo el Juzgado para concluir que la periodista estableció que el señor Ferro era en efecto miembro de la comunidad del anillo. Por el contrario, lo que expresamente se indicó es que “*NO está probado*” y que serían las autoridades quienes establecerían si en efecto perteneció, o no, a la red de prostitución.

No existe, en ninguna parte del expediente, prueba para sustentar las afirmaciones realizadas a este respecto en sentencia que se impugna y que se fundamenta en la presunta realización de “imputaciones falsas e inexactas” al señor Ferro las que, sin embargo, no fueron probadas.

1.2.4 El video publicado el 16 de febrero de 2016 captura una conversación de contenido sexual entre un miembro de la Policía Nacional y un Senador, producida en el momento en el cual – según las denuncias formuladas por distintas personas ante la Fiscalía- **existiría una red de prostitución dentro de la Policía** que le prestaba servicios a los senadores a cambio de favores para los oficiales de aquella institución.

El contexto en el que se produjo la conversación que luego fue publicada es de enorme relevancia para poder determinar si dicha conversación es de exclusivo interés privado (como lo señala la sentencia impugnada) o si puede revestir algún grado de interés público, como lo señala tanto la Procuraduría General de la Nación como la periodista en el programa transmitido el 16 de febrero de 2016. Al respecto, en dicho programa, la periodista menciona lo siguiente:

La periodista: ocho de la mañana veintiocho minutos. Antes de presentar este video quisiera hacer una salvedad. El video es muy fuerte. Lo que dice el video es muy fuerte. Ocurre entre Carlos Ferro, hoy Viceministro del Interior, excongresista de la República, y el Policía Ányelo Palacio. Según la cámara, los registros de la cámara, esto habría ocurrido en el año 2008. Después de haberse denunciado, por parte de los alféreces la existencia de la Comunidad del Anillo.

Ninguna relevancia le dio el juzgado al contexto en el cual fue capturado el video transmitido. Resultó por el contrario invisible al fallador, el hecho de que dicha conversación se hubiere producido justamente en el momento de que varios jóvenes denunciaron que existía una red de prostitución que les obligaba a prestar “*favores sexuales*” a los senadores encargados de aprobar, entre otras cosas, los ascensos de los oficiales de la Policía Nacional.

1.2.5 La conversación se produce en un **vehículo oficial entre dos funcionarios públicos**, e involucra a quién era Senador al momento de la conversación y Viceministro al momento de la publicación.

El audio y vídeo permiten apreciar que la conversación fue sostenida entre dos servidores públicos dentro un bien público sobre un tema que (como va se mencionó tenía relevancia pública). En la conversación no sólo es claro que el señor Ferro tenía el cargo de senador (servidor público), sino que también se encontraban en un vehículo público. Al respecto, se aprecia lo siguiente en el minuto 3:37:

“Ányelo Palacios: ¿Este carro es tuyo papá?

Carlos Ferro Solanilla: No, este nos lo dan allá en el Congreso.

Ányelo Palacios: Del Congreso, ah, pero tú puedes entrar al congreso y todo sin ...

Carlos Ferro Solanilla: no es que yo ahorita le dije a los hombres que iba para la casa y los solté.

Ányelo Palacios: no, no me hago entender, ósea, tu todavía vas al Congreso.

Carlos Ferro Solanilla: Claro, hasta el 20 de julio.

Como se puede ver, en la conversación es claro que es sostenida con un senador de la República. En el mismo sentido, el carro donde se encontraban era un vehículo oficial. En términos del señor Ferro, era un automóvil que le había dado “*allá en el Congreso*”.

Esto, además, fue analizado en la transmisión del 16 de febrero de 2016. La prueba la aportó la misma parte demandante, quien entregó el audio completo de la emisión de la FM. En ella se aprecia que

“[Transmisión de la rueda de prensa de la Procuraduría. En esta se indica que se investigan] “comportamientos en los que presuntamente habría participado un senador de la República, quien actualmente se desempeña en un alto cargo del Gobierno Nacional. (...)”

(...)

Angélica Barrera: (...) hay que tener en cuenta que el video se desarrolla en un carro del Congreso de la República (...)

Como se puede ver, en la emisión se tuvo en cuenta que se trataba de un alto funcionario público. Pero no sólo eso, también se hizo expresa mención a que la

conversación ocurrió dentro de un vehículo oficial. La sentencia lamentablemente hace una lacónica mención al rol del demandante como funcionario público, tanto al momento en el que se grabó la conversación, como en el que fue publicada e ignora que se sostuvo en un vehículo oficial.

1.2.6 El **contenido** de la conversación muestra la eventual relación entre la misma y los graves hechos que estaban siendo investigados por las autoridades competentes.

El video aportado al expediente disciplinario por una presunta víctima de la alegada red de prostitución que se investigaba (el señor Palacio) y luego a la investigación penal por parte de la PGN, tiene un contenido que resulta razonablemente relacionado con la denuncia. Para solo mencionar un aparte de dicho video, cuya copia fue suministrada por la parte demandante, en el minuto 5:13, se oye lo siguiente:

“Carlos Ferro Solanilla: por eso, pero entonces ¿por qué te gusta comerte hombres?

Ányelo Palacios: pues no sé

(...)

Carlos Ferro Solanilla: ¿cuándo tu comenzaste?, ¿a qué edad?

Ányelo Palacios: Pequeño no, ya grande, después de la escuela más o menos.

Carlos Ferro Solanilla: si, ¿por qué se le despertó?

Ányelo Palacios: pues la primera vez que lo hice fue como por un favor.

Carlos Ferro Solanilla: ¿un favor?

Ányelo Palacios: que me hicieron, ¿sí?

Carlos Ferro Solanilla: ¿quién? ¿oficial?

Ányelo Palacios: No, un civil, entonces tocó contribuir.

(...)

Carlos Ferro Solanilla: ¿Qué tal? [inaudible] ¿comiste rico?

Ányelo Palacios: Pues, la verdad, fue bastante duro. Porque uno nunca, pues, ha hecho eso.

Carlos Ferro Solanilla: ¿sí?

Ányelo Palacios: es bastante duro.

Carlos Ferro Solanilla: ¿y después?

Ányelo Palacios: y después, pues ya. No. Como dos o tres veces más. Pero por favores nada más.

Como se puede ver, la conversación tiene elementos que dan visos sobre asuntos de interés público. Se habla (i) de relaciones sexuales entre un suboficial de la Policía y quien entonces era Senador en el contexto de una denuncia sobre la mencionada red que vinculaba a las dos instituciones; (ii) el señor Palacio en múltiples ocasiones indica que no le gusta tener ese tipo de relaciones sexuales; (iii) indica que lo hizo

por favores “*nada más*”; (iv) que fue muy dura la experiencia para él pero que “*le tocó contribuir*”; (v) indica que siempre ha tenido ese comportamiento *por favores*. En el contexto entonces era un indicio de la posible existencia de un encuentro en el marco de la tantas veces mencionada red de prostitución al interior de la Policía Nacional que servía para “*intercambiar favores*” con miembros del Senado.

El Juzgado, lamentablemente, omite hacer cualquier referencia a estos elementos. Desconoce el juzgador que la recolección de pruebas de conductas en materia de faltas o delitos relacionados con asuntos sexuales se desarrolla usualmente en espacios íntimos. Por esto, no basta señalar, como lo hace el fallador, que “*objetivamente*” era una conversación personal. Se trataría de analizar por qué, en el contexto de las investigaciones que se encontraban en curso, ninguna de las declaraciones mencionadas podía razonablemente —y bajo un estándar periodístico— tener un interés público.

En ese punto es importante mencionar que la labor del juez civil que debe resolver si una determinada publicación da lugar a responsabilidad extracontractual no es la de determinar el valor probatorio de la publicación en otro proceso, sino la de establecer si esa publicación, desde un estándar periodístico, tiene o no alguna relevancia pública. El juez en el presente caso omitió esa valoración, desconociendo los claros elementos probatorios que residen en el expediente.

1.2.7 El funcionario concernido, había señalado públicamente que **no conocía** al señor Palacios, presunta víctima de la alegada red de prostitución.

El señor Ferro había dado previamente declaraciones públicas en las que indicaba que no conocía al señor Palacio. Al respecto, el señor Palacio indicó que uno de los motivos por los cuales entregó la información a la periodista fue porque el señor Ferro había negado que lo conocía. Es claro que el hecho mismo de la conversación implica que el señor Ferro sí conocía al señor Palacio, contrario a las declaraciones públicas previas.

En el minuto 2:40 del audio que como prueba fue aportada por la parte demandante, sostienen la siguiente conversación:

“Ányelo Palacios: oiga a mi si me dio tristeza cuando tú me contaste que nada, juepucha y usted es buena persona aparte de que usted es Senador y todo usted como persona es una excelente persona. Yo una vez te vi con el gobernador allá en el pueblito ese, ¿cómo es que se llama ese pueblo?

Carlos Ferro Solanilla: ¿En Quetame?

Ányelo Palacios: En Quetame...

Carlos Ferro Solanilla: allá fue dónde nos conocimos

Como se ve, esto tendría una relevancia porque permitiría ver una contradicción en las declaraciones públicas realizadas por un servidor público, en torno a hechos que hacen parte de una investigación penal y disciplinaria, y que revisten claro interés público.

Este asunto, inclusive, fue analizado durante la transmisión del 16 de febrero de 2016, prueba, como ya se ha mencionado, aportada por la misma parte demandante. En la transmisión se observa lo siguiente:

“La periodista: Mire. Carlos Ferro había dicho cuando lo llamamos en la FM, en las primeras denuncias publicadas por la FM con respecto a Ányelo Palacios. Había dicho que él no conocía a Ányelo Palacios. Que nunca había oído hablar de él. El problema es que ahora tenemos este video que, entregado por parte de la Procuraduría a la Fiscalía General de la Nación, termina generando también pues unos interrogantes (...).

(...)

La periodista: Cuando nosotros le preguntamos en noviembre al doctor Carlos Ferro, hoy Viceministro del Interior, bajo el mando del Ministro Juan Fernando Cristo. Cuando le preguntamos sobre Ányelo Palacios esto fue lo que nos dijo:

(...)

La periodista: dijo que no conocía a Ányelo Palacio en el resto de la entrevista.

Jairo Lozano: mintió

La periodista: y sí lo conocía.

Jairo Lozano: mintió

La periodista: Por lo menos, eso está comprobado en este video. Sí lo conoció.”

El vídeo por sí mismo tenía una relevancia pública, pues permitía poner de presente la contradicción con un testimonio previo de un servidor público sobre un asunto que estaba siendo investigado por la PGN y por la Fiscalía, relacionado con la mencionada red de prostitución.

1.2.8 La periodista en múltiples ocasiones indicó públicamente que **su interés** no era intervenir en la esfera íntima de una persona, que no se trataba tampoco de cuestionar su orientación sexual y que **su interés** era hacer de público conocimiento una información que, según la Procuraduría, tenía un alto **interés general**, dado que se relacionaba con la investigación de graves hechos presuntamente ocurridos en la Policía Nacional.

Las pruebas que residen en el expediente permiten demostrar claramente que la publicación del video se hizo considerando el interés general que el mismo revestía y no con el ánimo subjetivo de dañar al señor Ferro o a su familia. La relevancia del asunto desde una perspectiva pública fue puesta de presente durante la emisión. No se trató de un aspecto que sólo se intentara justificar con posterioridad. La prueba de esto, nuevamente, fue la emisión del 16 de febrero de 2016 que fue aportada por la parte demandante, así:

*“La periodista: ocho de la mañana veintiocho minutos. **Antes de presentar este video quisiera hacer una salvedad.** El video es muy fuerte. Lo que dice el video es muy fuerte. Ocurre entre Carlos Ferro, hoy Viceministro del Interior, excongresista de la República, y el Policía Ányelo Palacio. Según la cámara, los registros de la cámara, esto habría ocurrido en el año 2008. Después de haberse denunciado, por parte de los alféreces la existencia de la Comunidad del Anillo. **Quiero hacer una advertencia: ¿por qué nos atrevemos a publicar este video?** Porque ya está en manos de la Procuraduría. Porque ya ha sido enviado en compulsas de copias a la Fiscalía. Porque estamos por la verdad. **Porque estamos por la investigación. No queremos entrar en la intimidad de nadie, pero si en esa intimidad de alguien o de algún alto funcionario hay posibles delitos, tenemos que hacerlo. Esa es nuestra obligación.** (...) Les pido por favor que comprendan por que razón publicamos este video. Miremos las circunstancias: cómo se **desarrolla esta escena que llegó a nuestras manos hace ya varios días, tenemos que decirlo. Y no quisimos ser irresponsables al entregar esta información antes de que estuviera en poder de las autoridades.** Nuestro deber es la verdad. Nuestro deber es respetar la ley.*

(...)

[Trasmisión del audio del video]

La periodista: ocho treinta y nueve minutos. Aclaremos las razones por las cuales publicamos el contenido de esta conversación entre el hoy Viceministro Carlos Ferro, entonces congresista de la República, y el hoy capitán Ányelo Palacio. Hay que decir que la cámara tiene un registro de 2008. Y Angélica, Ányelo Palacio, hoy

testigo clave de la Procuraduría y por la cual al General Palomino le han abierto una investigación formal por la Comunidad del Anillo dentro de la institución, hay que decir Angélica, que él grabó este video para conseguir una prueba. Una prueba de que esa Comunidad del Anillo tenía sus tentáculos en el Congreso de la República. Jerson Jair Castellanos, la cabeza de la Comunidad del Anillo señalada por todos los alféreces que declararon ante la Fiscalía, era el jefe de seguridad del Congreso. Allí estaría la unión entre la Comunidad del Anillo y el Congreso de la época. Por eso, este video se convierte en una pieza clave de la investigación.

(...)

La periodista: (...) mire habría que decir que respetamos absolutamente la diversidad. Respetamos absolutamente la orientación sexual de las personas. Esto no tiene nada que ver con la orientación sexual que pueda tener el doctor Carlos Ferro. Como también en su momento hicimos la claridad. Nada que ver, para nosotros como noticia, la orientación sexual del General Palomino. Eso no es noticia. Simplemente que si se abusa del poder, desde cualquier orientación sexual, podría ser desde una orientación heterosexual, pero sí se abusa del poder, nosotros estamos ahí para denunciarlo (...) lo importante qué es lo que ha hecho desde su cargo, aprovechándose del poder.”.

(...)

La periodista: Mire. Carlos Ferro había dicho cuando lo llamamos en la FM, en las primeras denuncias publicadas por la FM con respecto a Ányelo Palacios. Había dicho que él no conocía a Ányelo Palacios. Que nunca había oído hablar de él. El problema es que ahora tenemos este video que, entregado por parte de la Procuraduría a la Fiscalía General de la Nación, termina generando también pues unos interrogantes (...).”

A pesar de que todos estos elementos permitían indicar que la actividad periodística se realizó teniendo en cuenta que era información de interés público, sorprende que ninguno de los elementos citados haya sido estudiado en la sentencia y que el fallador haya dado por probado, sin ningún fundamento, que la información no fue publicada por el interés público que pudiera revestir sino con el ánimo o la intención de procurar un daño al señor Ferro.

Parecería, como se indica adelante, que el hecho de que la publicación hubiere causado una aflicción en el señor Ferro y su familia, es suficiente para demostrar el

interés subjetivo de la periodista de dañar. Si así fuera, nunca ningún periodista podría hacer denuncias de corrupción o de violaciones de derechos humanos o de ningún tipo, cuya publicidad generara aflicción en la persona concernida. El formato periodístico empleado que puede razonablemente no ser del gusto de una parte de la población, tampoco es razón suficiente para descartar el interés público en la publicación. Lo que tenía que probarse en este caso, y que no fue probado, es que detrás de la publicación no existía un interés de generar un debate sobre un asunto de relevancia pública sino, exclusivamente, dañar al funcionario involucrado. Nada de eso resultó probado.

1.2.9 Pruebas que acreditan la diligencia profesional exigible en procesos judiciales

Finalmente, la sentencia hace caso omiso de dos (2) elementos que resultan centrales para evaluar si la actuación de la periodista era, o no, diligente. En primer lugar, existe prueba documental de que las investigaciones realizadas por la periodista sobre la Policía Nacional fueron objeto de premios periodísticos. En segundo lugar, existen en el expediente dos testimonios técnicos que dieron fe de que la actuación de la periodista cumplió con los estándares profesionales exigibles. Por un lado, está la declaración de la periodista Clara Elvira Ospina, actual Directora Periodística de América Noticias y Canal N de Perú y, por el otro, la declaración realizada por Daniel Coronell. Como se puede ver, hay elementos que, desde el oficio periodístico, daban cuenta de que la actuación de la periodista era concordante con los estándares de la profesión.

En este sentido, sin fundamento fáctico alguno, el juez de la causa declara que la periodista incumplió la diligencia exigible, pero no señala cuál es el fundamento probatorio para ello, ni desvirtúa las declaraciones mencionadas. Una cosa es que una persona tenga razones para sostener que cierto tipo de periodismo no es el más adecuado para promover un verdadero debate público o que considere que la forma o el tono debe ser diferente, y otra bien distinta, que esa persona, actuando como juez de la república, imponga estas preferencias a un determinado periodista. No existe en este caso una sola prueba sobre una eventual negligencia de la periodista.

1.3 Las consecuencias de la indebida valoración de las pruebas: el Juzgado inaplicó la carga de la prueba y pretendió suplir con argumentos personales la ausencia de la demostración

Como se pudo ver en el aparte anterior, hubo varios elementos fácticos que no tuvo en cuenta el Juzgado en su decisión. De la misma manera, la sentencia se funda en elementos fácticos inexistentes. La grave e inadecuada valoración de las pruebas condujo así a una decisión que carece de fundamento fáctico y que omite hacer consideraciones que resultaban esenciales para resolver el caso concreto de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente.

1.3.1 La valoración de las pruebas sobre la relevancia pública de la información

Uno de los aspectos centrales de este caso era definir si la información publicada era información que podía revestir algún interés público o si se trataba de información meramente privada, íntima, cuya revelación no ofrecía elemento alguno de interés general.

Sobre este asunto central el fallador indicó que desde una perspectiva “*objetiv[a], la conversación contenida en el audio, no induce a algún tipo de sometimiento o transacción económica que pudiese derivar en circunstancias compatibles con lo investigado por la Procuraduría, y que en sí (sic) mismo implicaría un acontecimiento de interés general para la opinión pública, o de significado en l (sic) actividad de los entes de control, respecto de los hechos que para la época de febrero de 2016 atraían su atención frente a posibles irregularidades ocurridas en la policía nacional*”⁴³.

Aparte de las consideraciones que se harán adelante sobre la función del juez en procesos de responsabilidad civil extracontractual originados en la publicación de informaciones periodísticas, lo cierto es que la consideración judicial arriba transcrita contradice las pruebas que residen en el expediente.

Hay que recordar que en este tipo de procesos la función del juez no es la de revisar si el material que se publica constituye una prueba suficiente para condenar o no a un sujeto en un proceso penal, sino, simplemente, si dicho material tiene alguna relevancia pública. En este caso la propia Procuraduría General de la Nación había definido la relevancia pública de dicho material. Además, el contenido de la grabación, el contexto en el que fue capturada, la naturaleza de los sujetos que participaron en la misma, entre otras circunstancias, hacían imposible descartar la relevancia pública de dicha información. Sobre estos elementos de hecho, demostrados en el proceso, no hay valoración alguna en la sentencia impugnada.

En efecto, las pruebas recaudadas demuestran la existencia de varios elementos que impiden descartar la relevancia pública de la información publicada: se trataba de hacer público un indicio sobre la existencia de una gravísima denuncia que era investigada por las autoridades competentes, según la cual jóvenes suboficiales de la Policía habían sido obligados a prostituirse para que sus superiores obtuvieran *favores* de miembros del Senado de la República.

En el contexto de esas gravísimas denuncias se habían producido denuncias adicionales como la de la sospechosa muerte de una policía que, al parecer, estaba dispuesta a investigar y denunciar estos hechos. El video, como se pudo ver en el aparte anterior, fue capturado y entregado a las autoridades competentes por un joven que denunció ser víctima de esa red y tiene elementos relacionados directamente con la denuncia: (i) se trata de una conversación entre un joven policía y un Senador en el

⁴³ Folio 5.

momento en el que, según las denuncias de otros jóvenes alféreces, operaba la red de prostitución; (ii) el señor Palacios indica claramente que no le gusta tener relaciones homosexuales; (iii) indica que sólo lo ha hecho por *favores*; (iv) que fue muy dura la experiencia para él porque “*le tocó contribuir*” con “*un civil*”. En el contexto entonces resulta extraño que el juez hubiere sostenido, categóricamente, que dicha conversación no tenía ninguna relevancia pública.

Igualmente, la sentencia omitió, como se apreció en el aparte anterior, tener en cuenta que el video permitía desvirtuar declaraciones públicas previas que había realizado un funcionario público involucrado en las investigaciones mencionadas. Igualmente, se pudo observar que la sentencia no tuvo en cuenta que se trataba de una conversación con un funcionario público de un alto nivel, tanto en el momento en el que fue capturada, como en el momento en el que fue difundida. De hecho, la relevancia pública del video era patente al punto que llevó a la Procuraduría General de la Nación a sostener que el vídeo podría demostrar actuaciones que tendrían incidencia penal, como se estudió en el aparte anterior.

La sentencia guarda silencio sobre todos estos elementos. Nuevamente se repite: en procesos de responsabilidad civil extracontractual originados en la publicación de información sobre delitos o faltas de funcionarios públicos que están siendo investigados por las autoridades competentes, la tarea del juez civil no es la de determinar si la información publicada es suficiente para que se produzca un condena penal o disciplinaria sino, simplemente, si dicha información puede razonablemente revestir interés público. En caso de duda, tratándose de discursos especialmente protegidos, el asunto se resuelve a favor de la libertad de expresión⁴⁴.

1.3.2. La valoración de las pruebas sobre los elementos de la responsabilidad civil en los que se funda la decisión impugnada

Según lo sostiene el fallo, la responsabilidad civil extracontractual en materia de la labor periodística requiere la existencia de tres elementos: (i) intención de perjudicar o falta de diligencia profesional periodística, (ii) daño ilícito y (iii) nexo causal. Si falta alguno de estos elementos, no se procede la declaratoria de responsabilidad. Ninguno de estos elementos se encuentra probado en el expediente.

Sobre el primer elemento de la responsabilidad, en la sentencia se indica que hubo dolo de la periodista. El dolo significa, en casos como el presente, que se publicó información falsa o tergiversada a sabiendas de su falsedad y con la intención de hacer daño o con total desprecio por la verdad.

1.3.2.1 No hay ninguna prueba en el expediente de que la información publicada hubiere sido falsa o tergiversada como lo afirma, sin ningún fundamento, la sentencia.

⁴⁴ Cfr. Entre otras, 2

En efecto, de una parte, la veracidad del video publicado en el programa de la *F.M.* no ha sido nunca impugnada. Se trata, por el contrario, de información verdadera pues dicho video reproduce integralmente una conversación real que no fue ni manipulada ni editada y cuya veracidad, se repite, nunca ha sido cuestionada.

Sin embargo, la sentencia parece señalar (aunque de manera muy poco clara) que los dichos de la periodista en el programa del 16 de febrero y que vincularían eventualmente al señor Ferro con la red de prostitución citada, son falsos o tergiversados. **Omite sin embargo indicar exactamente a qué dichos se refiere,** pues según lo visto en el apartado anterior, la periodista nunca adjudica responsabilidad penal o disciplinaria al señor Ferro. Por el contrario, es insistente al señalar que quienes deben investigar y definir el caso son las autoridades correspondientes.

No hay pues ninguna prueba sobre la publicación de información falsa o tergiversada en el programa de la *F.M.* del 16 de febrero. Según todas las pruebas que obran en el expediente, ni el video publicado, ni las expresiones de la periodista pueden ser calificadas como información falsa o tergiversada.

1.3.2.2 No hay ninguna prueba en el expediente que conduzca a demostrar que la intención de la periodista era la de “dañar” al señor Ferro o a su familia y no la de fomentar un debate sobre un asunto de interés público.

Indica la sentencia que la periodista actuó con dolo, es decir, con la intención de producir un daño al señor Ferro. Omite sin embargo analizar las pruebas que obran en el expediente según las cuales la periodista habría publicado la información por considerar, de manera razonable, que la misma revestía un interés público dado que se relacionaba con la denuncia de los graves hechos que ya se han mencionado.

No hay una sola mención a las razones alegadas por la periodista durante el citado programa del 16 de febrero o durante el curso del proceso según las cuales su motivación era periodística y no personal. Tampoco existe una sola prueba que demuestre que la publicación tenía la intención, no de generar un debate informado sobre un asunto de relevancia pública, sino de dañar al señor Ferro y a su familia, como tan categóricamente lo afirma el fallo recurrido.

1.3.2.3 Señala la sentencia que la periodista fue imprudente, pero omite referirse a las pruebas que obran en el proceso y que muestran que la periodista cumplió con la diligencia debida.

Como argumento subsidiario, indica la sentencia que hubo culpa periodística porque la demandada no fue prudente y no esperó la decisión de la Fiscalía General de la Nación para hacer público el video tantas veces referido. Como se verá posteriormente, este criterio es violatorio de la Carta Política, los tratados

internacionales y del precedente de la Corte Suprema de Justicia que se pretende respetar.

No obstante, se debe advertir que la sentencia omite analizar los elementos que daban fe de que la actuación de la periodista —conforme al estándar de su profesión— no había sido negligente o culposa. Esto se aprecia en el aparte anterior en el que se menciona que testigos técnicos periodistas que fueron citados indicaron que la periodista no había sido negligente.

1.3.2.4 Finalmente, la sentencia invierte la carga de la prueba en este tipo de procesos.

Ante la ausencia de elementos probatorios para fundamentar la sentencia, el fallador invierte la carga de la prueba. En efecto, el inciso primero del artículo 167 del CGP indica que “[i]ncumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”. Lo claro en este capítulo es que la parte demandante —a diferencia de la periodista que aportó varios elementos para demostrar su diligencia— no aportó una sola prueba para demostrar que la actuación de la periodista no fue conforme al estándar profesional, que publicó información falsa o que actuó con la intención de dañar, y no con la de fomentar un debate de interés público. Al no haber *acreditado* este asunto, lo que correspondía era aplicar la carga de la prueba y despachar desfavorablemente las pretensiones del demandante.

Lo mismo ocurre con el nexo causal. Como se vio en el primer capítulo, el Juzgado da por cierto que el daño sufrido haya sido (i) por la sindicación de que el señor Ferro pertenecía a la Comunidad del Anillo o (ii) por la publicación del video.

En torno al primer asunto, en el numeral anterior se pudo constatar que en la emisión la periodista manifestó que la pertenencia del señor Ferro a la red de prostitución era un asunto que “*NO está probado*”. No existe, por lo tanto, tal sindicación.

En relación con que el daño haya sido por la publicación del video no hay una sola prueba en el expediente que demuestre que dicha publicación era ilícita y, por lo tanto, que el sufrimiento alegado haya sido causado de manera ilícita. En otras palabras, en el expediente no hay ninguna prueba de que el daño alegado hubiere sido un daño ilícito.

Nuevamente, acá hubo una precaria labor probatoria de la contraparte. Por esto, la sentencia señala que “[n]inguna duda queda en relación de causal en el hecho dañino y la culpa”, pero no indica cuáles son los elementos de prueba que permiten derivar esa conclusión, presumiendo que con la publicación se generó de manera directa el daño. Ello ocurre por un motivo: no existen esos medios probatorios.

Para finalizar este apartado sobre la ausencia de elementos probatorios, es preciso hacer una aclaración. El Juzgado sugiere que el video publicado sería una prueba ilícita en un proceso judicial porque se grabó sin el consentimiento del señor Ferro.

Este argumento, -que no sería en todo caso aplicable a publicaciones periódicas de interés público-, desconoce la profusa jurisprudencia que ha admitido la prueba de posibles conductas ilícitas por parte de la víctima, al menos desde 1988⁴⁵. Incluso, que la Corte Suprema ha admitido que una de las partes de una conversación entregue la constancia que haya podido quedar por escrito en mensajes de texto⁴⁶. Igualmente, desconoce que la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha admitido que se ponderen los derechos a la intimidad cuando la prueba se produce en contextos privados⁴⁷, con base en jurisprudencia similar de la Corte Constitucional⁴⁸.

La conclusión a la que se arriba luego de lo anterior, es que la sentencia carece por completo de elementos fácticos para demostrar su aserto. Sin embargo, esa no es la única falla de esta decisión, como se mencionó arriba, la sentencia recurrida, además de omitir la valoración de las pruebas existentes, dejó de identificar los problemas jurídicos a resolver; no invocó el derecho aplicable al presente caso, apartándose en ese sentido del ordenamiento jurídico vigente; carece de motivación para soportar en derecho, la conclusión a la que arriba; y establece precedentes que violan directamente normas constitucionales y normas del derecho internacional de los derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad. Para efectos del presente recurso resulta relevante detenerse en cada uno de estos asuntos.

2. La ausencia de identificación adecuada de los problemas jurídicos a resolver, lo que condujo a la falta de identificación adecuada de las normas y los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso concreto y a la consecuente vulneración del ordenamiento jurídico.

La sentencia recurrida no define, en ninguno de sus apartes, de manera clara los problemas jurídicos que debe resolver. No resulta claro si el fallador identificó genuinamente la relevancia constitucional de los problemas planteados, si entendió que la tensión a resolver era entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la intimidad; o si más bien era entre el primero y el derecho a la honra y el buen nombre; o si, finalmente, la tensión a resolver era entre el primero y el derecho al debido proceso y a la presunción de inocencia. Transita inadecuadamente y sin diferenciarlos, por todos estos problemas jurídicos como si fueran uno solo, como si el derecho aplicable no dependiera del alcance concreto de cada uno de los derechos enfrentados.

⁴⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PENAL. Sentencia del 16 de marzo de 1988. M.P. Lisandro Martínez Zúñiga.

⁴⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL. Auto de 11 de abril de 2018. Proceso 52320. M.P.: Patricia Salazar Cuéllar

⁴⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia del 8 de septiembre de 2016. STC12699-2016. Radicación n.º 68001-22-13-000-2016-00463-01. M.P.: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

⁴⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-044 de 2013. M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

En ese sentido, la sentencia es muy poco transparente frente a sus motivaciones y ofrece pocos argumentos para sustentar su decisión.

Como pasa a explicarse, si el problema planteado es entre la libertad de expresión y el derecho al buen nombre o a la honra, tenía entonces que comenzar por acreditar que la información publicada era **falsa o tendenciosa**, extremo que, como se demostró arriba, nunca fue demostrado. En efecto, la veracidad del video transmitido no ha estado nunca en cuestión y los dichos de la periodista son todos condicionales, aclarando que es a las autoridades a quienes corresponde definir la eventual responsabilidad del señor Ferro.

Si el problema a resolver era entre la libertad de expresión y el derecho a la intimidad, ha debido demostrar que la información publicada **carecía absolutamente de cualquier relevancia pública** pues, de otra manera, como se explica adelante, habría tenido que dar prevalencia a la publicación. El juez argumenta que no se trataba de información de relevancia pública porque era una conversación sobre asuntos íntimos, capturada sin el consentimiento del señor Ferro y que no ponía de presente de manera expresa una transacción de contenido sexual. Olvida mencionar, como ya se señaló, que las propias autoridades competentes habían puesto de presente la relevancia de esta conversación para las investigaciones que se adelantaban sobre los graves hechos denunciados; que la mayoría de las pruebas sobre faltas o delitos de carácter sexual se recaudan en ambientes íntimos; y que quien lo hace es la víctima del delito, sin conocimiento del autor. Y olvidó mencionar que –como se demostró arriba– el contenido de la conversación publicada y el contexto en el que se produjo, impide restarle relevancia pública a dicha conversación.

Finalmente, si se trataba de resolver una tensión entre el derecho a la libertad de expresión, el debido proceso y la presunción de inocencia, debió el juez demostrar las razones por las cuales la publicación de una información, en el contexto de investigaciones periodísticas relevantes para el interés público y acompañadas de la permanente advertencia de la comunicadora sobre la naturaleza preliminar de esta información y la necesidad de que las autoridades definieran la situación, violentaba tales derechos. En este punto, el juez adopta la tesis de la sentencia de 15 de octubre de 2020 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá⁴⁹, según la cual la mera publicación de un documento que obra en un expediente judicial, es razón suficiente para considerar violado el derecho al debido proceso y a la presunción de inocencia. Sin embargo, como lo señaló la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de 4 de febrero de 2021⁵⁰, esa tesis viola precedentes constitucionales claros y, por contera, vulnera la Constitución y tratados internacionales de derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad.

⁴⁹ Dejada posteriormente sin efecto por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia mediante la sentencia de 4 de febrero de 2021, STC 734-2021, Rad. 11-01-02-03-000-2020-3305-00

⁵⁰ CSJ, Sala Civil, 4 de febrero de 2021, STC 734-2021, Rad. 11-01-02-03-000-2020-3305-00

La ambigua disquisición de la sentencia impidió centrar los problemas a resolver y ello, por supuesto, impidió abordarlos y resolverlos adecuadamente. En este sentido, en los párrafos que siguen nos detenemos probablemente en el argumento medular de este recurso: el juez omitió el derecho aplicable al presente caso, apartándose en ese sentido del ordenamiento jurídico vigente. Por esta razón, la sentencia carece de motivación para soportar en derecho, la conclusión a la que arriba y establece precedentes que violan directamente normas constitucionales y normas del derecho internacional de los derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad.

3. La sentencia recurrida se aparta del derecho aplicable al caso concreto y vulnera, por esa razón, el ordenamiento jurídico vigente

El juez de la causa cita como fuente de su decisión el artículo 55 de la Ley 29 de 1944, 2341 del Código Civil, 20 de la Constitución sobre el derecho a la libertad de expresión, y 15, 21 del mismo texto así como los artículos 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 17 de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos referidos al derecho a la intimidad. Cita asimismo, las sentencias T-040 de 2013 y T-145 de 2016⁵¹ de la Corte Constitucional, sentencia de 24 de mayo de 1999 de la CSJ y sentencia de 15 de octubre de 2020 del Tribunal Superior de Bogotá, de la que extrae párrafos textuales para fundamentar su decisión.

Lo que queda claro del razonamiento de la sentencia impugnada, -brevemente explicado en el apartado I de este recurso-, es que el juzgado, a pesar de citar las normas constitucionales pertinentes, violó abiertamente el derecho a la libertad de expresión por un inadecuado entendimiento de este derecho, del derecho a la privacidad y de la dimensión constitucional del caso concreto.

Los argumentos que permiten sostener que el razonamiento de la sentencia viola directamente el artículo 20 de la Constitución y 13 de la Convención Americana y todos los precedentes de la Corte Constitucional así como la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de libertad de expresión sobre asuntos de relevancia pública, se explican en los párrafos que siguen, comenzando por algunas consideraciones previas sobre la aplicación del artículo 20 de la Constitución, 13 de la Convención Americana al caso concreto.

3.1 Consideraciones Generales: la especial protección de las expresiones sobre asuntos de interés público y la violación de esta regla constitucional en el caso concreto

⁵¹ La sentencia citada es del año 2016, y no de 2015 como erróneamente se indica en la providencia que se está recurriendo.

El artículo 4 de la Constitución establece el principio general de la prevalencia constitucional sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico. En este sentido, “*si una cuestión resulta ser simultáneamente de relevancia legal y constitucional, resulta claro que el juez de la causa debe aplicar el derecho constitucional — de conformidad con los dictámenes de su intérprete supremo*”⁵².

El caso que resolvió la sentencia recurrida es, evidentemente, un caso de ponderación del derecho fundamental a la libertad de expresión y los derechos personalísimos de un funcionario, en el contexto de la responsabilidad civil extracontractual. En este sentido, al establecer límites a la libertad de expresión que no son tolerados por el artículo 20 constitucional, la sentencia viola directamente la Constitución y el bloque de Constitucionalidad.

Para mostrar la contradicción entre la sentencia, la Constitución, las normas internacionales y los precedentes jurisprudenciales, tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia, es importante comenzar por señalar que la sentencia no hace una sola alusión seria al alcance del derecho constitucional a la libertad de expresión, mas allá de una larga, descontextualizada e impertinente cita de una sentencia – inaplicable para este caso – de la Corte Constitucional.

Sin embargo, el derecho a la libertad de expresión, tanto en su dimensión individual como colectiva (que, como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia⁵³ se refiere al derecho de la sociedad a recibir informaciones y opiniones de toda índole), ocupa un lugar central en la Constitución y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, por esta razón, es objeto de una protección reforzada que no puede ser desconocida en los procesos civiles sometidos al ordenamiento constitucional.

Para la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH), la libertad de expresión constituye presupuesto indispensable para el pleno ejercicio y protección de otros derechos fundamentales y para el funcionamiento de la democracia⁵⁴. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que “*Esta protección especial (de la libertad de expresión) se explica a partir de la relación inescindible entre la preservación y ejercicio de la libertad de expresión – en sus diversas modalidades- y la consolidación de la democracia*”⁵⁵

A su turno la Corte Constitucional ha sostenido que “*la **protección reforzada** de la libertad de expresión (...) se debe justamente a que es condición de posibilidad tanto*

⁵² C. Const., Sentencia C-590/05, párr. B.3.d.

⁵³ CSJ, Sala Civil, 4 de febrero de 2021, STC 734-2021, Rad. 11-01-02-03-000-2020-3305-00

⁵⁴ CSJ, Sala Civil, 4 de febrero de 2021, STC 734-2021, Rad. 11-01-02-03-000-2020-3305-00

⁵⁵ CSJ, Sala Civil, 4 de febrero de 2021, STC 734-2021, Rad. 11-01-02-03-000-2020-3305-00

Consideración 4.2

*de la libertad individual como del funcionamiento del sistema democrático*⁵⁶ (Destacado fuera del texto). En similar sentido, la Corte Interamericana ha considerado que: “[l]a libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática”⁵⁷.

Las consecuencias de esta afirmación son determinantes para resolver tensiones concretas entre el derecho a la libertad de expresión y otros bienes constitucionales o convencionales en cualquier área del derecho, incluyendo la responsabilidad civil extracontractual.

En efecto, las consecuencias de la doctrina vigente son claras: cualquier restricción a la libertad de expresión sobre asuntos de interés público debe estar sometida a un juicio **estricto** de proporcionalidad⁵⁸. Esto incluye las expresiones que puedan resultar chocantes, ofensivas o perturbadora. Si ese no fuera su alcance, el derecho a la libertad de expresión no tendría ninguna eficacia. Nadie necesita un escudo reforzado como el que proporciona este derecho, para adular o para emitir opiniones inofensivas. Por ello, frente a cualquier intento por restringir la libertad de expresión sobre asuntos de interés público, la Constitución y el bloque de constitucionalidad y, naturalmente, el derecho civil que se enmarca en aquellos⁵⁹, exigen una altísima carga argumentativa y probatoria.

La especial prelación de la libertad de expresión no puede entenderse como una muletilla retórica que luego es desvirtuada por los operadores jurídicos en sus respectivas ponderaciones cuando sienten simpatía con la persona afectada, antipatía con el emisor o con el contenido emitido. Se trata, por el contrario, de una instrucción jurídica clara según la cual “[c]uando quiera que el ejercicio de la libertad de expresión (en asuntos de interés público) entre en conflicto con otros derechos, valores o principios constitucionales, **su posición privilegiada exige que se haya de otorgar, en principio, una primacía a la libertad de expresión**”⁶⁰ (Destacado fuera del texto).

Lo anterior significa que cualquier restricción a la libertad de expresión sobre asuntos que podrían revestir interés público, en cualquier área del derecho, supone la altísima carga argumentativa y probatoria de demostrar la imprescindible necesidad,

⁵⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-298/09. En similar sentido Sentencias T-066/98, T-391/07, C-010/00.

⁵⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso La Colegiación Obligatoria de Periodistas (1985), 70. Reiterado posteriormente (entre otras) en: Caso Herrera Ulloa c. Costa Rica (2004), 112.

⁵⁸ La reciente sentencia de 4 de febrero de 2021 de la CSJ, explica con claridad este asunto y cita los precedentes constitucionales e internacionales correspondientes. Ver CSJ, Sala Civil, 4 de febrero de 2021, STC 734-2021, Rad. 11-01-02-03-000-2020-3305-00 Consideraciones 5 y 6.

⁵⁹ Ver sobre la aplicación del bloque de constitucionalidad a los juicios de responsabilidad civil extracontractual originados en la publicación de información periodística: CSJ, Sala Civil, 4 de febrero de 2021, STC 734-2021, Rad. 11-01-02-03-000-2020-3305-00

⁶⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-391/07. En idéntico sentido: Sentencias T-066/98, T-1202/00, SU-1721/00, SU-1723/00, C-010/00, T-904/13, T-546/16 y T-098/17 de febrero 16 de 2017.

en el caso concreto, de limitar el derecho de la persona a informar y el derecho de la sociedad a recibir esas opiniones e informaciones.

Las sentencias por responsabilidad civil extracontractual originadas a raíz de la emisión o circulación de una determinada opinión o información son también formas de restricción del derecho a la libertad de expresión y, por lo tanto, el juez está sometido al precedente mencionado, cuando la información tiene relevancia pública. Así lo reconoció la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 4 de febrero de 2021, en la que revocó una decisión del Tribunal Superior de Bogotá que se apartaba de los precedentes jurisprudenciales relevantes sobre el alcance del derecho fundamental a la libertad de expresión.

En el mismo sentido, y como se menciona en la sentencia referida de la Corte Suprema, tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han elaborado estándares precisos destinados a orientar e informar el uso de las acciones civiles en el campo de la libertad de expresión y han encontrado responsables internacionalmente a los Estados en los cuales se han aplicado disposiciones de responsabilidad civil extracontractual al margen de estos estándares⁶¹. A su turno, como se verá adelante, los precedentes de la Corte Constitucional establecen criterios democráticos, acordes con los estándares internacionales⁶² que interpretan de manera autorizada las correspondientes disposiciones y delimitan su significado y alcance.

Imponer límites a la libertad de expresión más allá de lo permitido por el derecho constitucional y por el derecho internacional de los derechos humanos, constituye una violación directa de la Constitución y de las normas internacionales mencionadas. Como entra a demostrarse, eso fue, justamente, lo que sucedió en el presente caso.

3.2 ¿Aplicó la sentencia impugnada el artículo 20 constitucional, 13 de la Convención Americana sobre derechos Humanos y 19 del pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos y, en particular, el precedente sobre la especial prelación de la libertad de expresión sobre asuntos de interés público?

La respuesta evidente al leer la sentencia es que no. Salvo una mención al paso y retórica de los artículos que consagran el derecho a la libertad de expresión y una cita descontextualizada de una sentencia de la Corte Constitucional, no hay una sola referencia al alcance constitucional de la libertad de expresión: en ninguna parte la

⁶¹ Cfr. Corte IDH, caso Herrera Ulloa v. Costa Rica; Ricardo Canese v. Paraguay; Palamara Iribarne v. Chile; Kimel v. Argentina; Tristán Donoso v. Panamá.; Fontevecchia y D'Amico v. Argentina.

⁶² C. Const., Sentencia C-010/00, (señalando que “la jurisprudencia de las instancias internacionales encargadas de interpretar [los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia] constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales”).

sentencia se detiene a indagar si se está frente a un discurso (o información) especialmente protegida; no se pregunta por la especial prelación de la libertad de expresión frente a cuestiones que pueden ser de relevancia para el control político y la defensa de los derechos; no repara en los límites de los derechos personalísimos de los funcionarios concernidos en denuncias como las que habían originado la entrega del video a las autoridades competentes y a la periodista. Al contrario, el estudio sobre el contexto en el que se produjo la publicación, el contenido de la misma y el interés público que podría revestir fue completamente inadvertido por el fallador.

Para el juez “[d]esde el punto de vista objetivo, la conversación contenida en el audio, no induce a algún tipo de sometimiento o transacción económica que pudiese derivar en circunstancias compatibles con lo investigado por la Procuraduría, y que en si (sic) mismo implicaría un acontecimiento de interés general para la opinión pública, o de significado en l (sic) actividad de los entes de control, respecto de los hechos que para la época de febrero de 2016 atraían su atención frente a posibles irregularidades ocurridas en la policía nacional”⁶³.

Ninguna importancia le dio el fallador al hecho de que se trataba de una prueba aportada al proceso disciplinario por una presunta víctima de graves delitos; que la autoridad disciplinaria había mencionado la existencia de dicho video y lo estaba trasladando a la Fiscalía para lo de su competencia; que la misma autoridad había mencionado la eventual responsabilidad del señor Ferro en los hechos referidos; y que dicha autoridad había abierto formal investigación disciplinaria al Comandante General de la Policía, por dichos hechos.

Tampoco dio importancia el fallador al contenido mismo del video y al contexto en el cual fue capturado, en el cual, según varias denuncias de alféreces de la Policía, estaba en pleno funcionamiento una red criminal que obligaba a miembros jóvenes de la policía a tener relaciones sexuales con senadores a cambio de que estos hicieran favores a sus oficiales.

Nada de esto fue suficiente para que el juez considerara que la información publicada revestía o podía revestir interés público. Se repite en este punto lo que ya se ha dicho: es cierto que hay distintas formas de hacer periodismo y que una discusión sobre el aporte de este oficio a la deliberación pública informada podría conducir al juez a preferir unas formas sobre otras, pero ello no lo autoriza para imponer esas preferencias al momento de cumplir su labor judicial. Su tarea tampoco es la de definir si el video era prueba para condenar a alguno de sus participantes en el proceso penal o disciplinario. Su única responsabilidad en este tipo de procesos es establecer si, razonablemente, la información podía revestir algún interés público o si efectivamente desde ningún punto de vista razonable, esa información podía tener tal interés. Es decir, si desde todo punto de vista razonable, se trataría exclusivamente y sin discusión alguna, de una información íntima que solo y exclusivamente atañe a

⁶³ Folio 5.

sus participantes. Luego de la rueda de prensa de la Procuraduría en la que se refiere expresamente al video y a la eventual responsabilidad del entonces senador, esta tesis resulta insostenible.

A lo anterior hay que sumar que la veracidad del video no ha sido nunca puesta en duda y que ninguna de las afirmaciones que según la sentencia imputan responsabilidad al señor Ferro, provienen de la periodista. No hay una sola prueba que muestre que la periodista imputó responsabilidad falsa o tendenciosamente al demandante. Por el contrario, como ya fue demostrado, la periodista y su equipo de trabajo fueron insistentes al sostener que se trataba de un video aportado por el señor Palacio y que correspondía a las autoridades establecer las responsabilidades.

En este contexto, es completamente comprensible que al señor Ferro dicha publicación le hubiere causado aflicción, pero dicha aflicción es insuficiente para declarar violado su derecho a la privacidad frente a una información que había sido considerada por las autoridades como relevante; o su derecho a la honra y el buen nombre frente a una información cierta acompañada por dichos constantes de la periodista, según los cuales era apenas un elemento probatorio cuya existencia había sido revelada por la Procuraduría y que debía ser valorado por las autoridades competentes, antes de asignar responsabilidad penal al demandante.

En este sentido, la sentencia invierte por completo la regla establecida por precedentes sólidos de la jurisprudencia según la cual la información veraz que, en principio, pueda revestir interés público, se encuentra protegida así algunos consideremos que la misma es molesta, perturbadora o incluso ofensiva. Esa es la exigencia de la libertad de expresión en una democracia y la única regla que permite que informaciones relevantes no sean censuradas.

En este sentido, no puede olvidarse que, como ya se ha mencionado, el artículo 20 de la Constitución y 13 de la Convención dan preferencia *prima facie* a la libertad de expresión sobre asuntos de interés público, incluso cuando ello pueda ofender a los funcionarios concernidos o a una parte de la sociedad, como seguramente sucedió en el presente caso. Baste mencionar acá el párrafo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶⁴ citada por la Corte Constitucional, según el cual:

*“La libertad de expresión, particularmente **en asuntos de interés público**, “es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática”. **No sólo debe garantizarse en lo que respecta a la difusión de información o ideas que son recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también en lo que toca a las que resultan ingratas para el Estado o cualquier sector de la población.** Tales son las demandas del pluralismo, que implica tolerancia y espíritu de apertura, sin los*

⁶⁴ CSJ, Sala Civil, 4 de febrero de 2021, STC 734-2021, Rad. 11-01-02-03-000-2020-3305-00

cuales no existe una sociedad democrática. Cualquier condición, restricción o sanción en esta materia deben ser proporcionadas al fin legítimo que se persigue. Sin una efectiva garantía de la libertad de expresión, se debilita el sistema democrático y sufren quebranto el pluralismo y la tolerancia; los mecanismos de control y denuncia ciudadana pueden volverse inoperantes y, en definitiva, se crea un campo fértil para que arraiguen sistemas autoritarios”⁶⁵
(Destacado fuera del texto)

Si el juzgador encontró que la información veraz publicada y los cuestionamientos (siempre condicionales) de la periodista no estaban protegidas por la libertad de expresión, debió comenzar por tomarse en serio la especial prelación de este derecho en asuntos de interés público y desvirtuar, con rigor jurídico dicha especial prelación, en el marco de la responsabilidad civil extracontractual. No hay una línea en la sentencia recurrida sobre este importante precedente constitucional.

3.3 La necesidad de someter cualquier restricción del derecho a la libertad de expresión sobre asuntos de interés público a un juicio estricto de proporcionalidad y la violación de esta regla en el caso concreto

Como ya se mencionó, cualquier imposición de responsabilidad ulterior por discursos de especial protección constitucional⁶⁶, es decir por discursos o expresiones sobre asuntos de interés público debe someterse a una altísima carga probatoria en cualquier área del derecho. De acuerdo con el precedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH), reconocido y aplicado por la Corte Constitucional⁶⁷, las restricciones ulteriores del derecho a la libertad de expresión, en los términos del artículo 13.2 de la Convención, deben cumplir tres requisitos conocidos indistintamente, como el test tripartito, test de necesidad o test de proporcionalidad.⁶⁸ Este es el segundo precedente que viola la sentencia recurrida.

Como entra a estudiarse en el aparte siguiente, en relación con el primer requisito del juicio de proporcionalidad, también conocido como el **requisito de legalidad** –o estricta legalidad-, como lo reconoce la Corte Suprema de Justicia, cualquier restricción del derecho a la libertad de expresión debe estar contenida en una ley que debe estar formulada de forma clara y precisa, libre de ambigüedades o vacíos. La ambigüedad de las normas en materia de libertad de expresión genera un amplio margen de arbitrariedad que es indispensable evitar⁶⁹.

⁶⁵ Corte IDH, *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*, Sentencia de 28 de enero de 2009, párr. 116, *Caso Ríos y Otros Vs. Venezuela*, de 28 de enero de 2009, párr. 105. Ver también, entre otros, *Caso Herrera Ulloa*, de 2 de julio de 2004, párr. 112

⁶⁶ Sobre discursos de especial protección constitucional ver CSJ, Sala Civil, 4 de febrero de 2021, STC 734-2021, Rad. 11-01-02-03-000-2020-3305-00 Considerando 6.

⁶⁷ Cfr. entre otras, C. Const. Sentencia C-452/16

⁶⁸ Cfr. entre otras, C. Const. Sentencia C-452/16

⁶⁹ Cfr. entre otras, C. Const. Sentencia C-452/16

En relación con el segundo requisito, también conocido como el **requisito de finalidad**, la restricción de un discurso de interés público debe estar orientada al logro de una finalidad indispensable como, por ejemplo, la protección de derechos de terceros⁷⁰.

Finalmente, en relación con el tercer requisito, (**proporcionalidad**), la restricción debe ser claramente idónea para alcanzar la finalidad deseada; constituir el medio menos gravoso, entre todos los medios disponibles, para el logro de la finalidad propuesta y ser, además, proporcional al grado de afectación a la libre expresión⁷¹.

3.4 ¿Respetar la sentencia recurrida los principios de legalidad, finalidad legítima y estricta proporcionalidad indispensables para que cualquier restricción a la libertad de expresión sea legítima?

Dado que el presente caso se refiere a informaciones sobre asuntos de interés público, era indispensable que el fallador se asegurara que, al estructurar el juicio de responsabilidad civil extracontractual, se respetaran los principios de legalidad, finalidad legítima y estricta proporcionalidad para poder imponer una responsabilidad ulterior a la periodista por el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión.

La regla general prevista en el artículo 2341 del Código Civil señala que, para que exista responsabilidad civil extracontractual por la divulgación de información sobre un funcionario que pudiera revestir interés público, es indispensable que se verifique (i) **un hecho doloso o culposo**, (ii) **un daño antijurídico** y (iii) **un nexo causal** entre uno y otro.

La interpretación conforme a la Constitución de la responsabilidad civil extracontractual por el ejercicio de la actividad periodística, (artículo 55 de la Ley 29 de 1944) exige que – en la hipótesis mencionada- exista una divulgación, **dolosa o culposa (entendida como abierto desprecio por la verdad⁷²)**, de **información falsa o inexacta** relativa a una persona determinada o determinable; **que se configure el padecimiento de un daño iusfundamental cierto e ilícito**; y que exista un **nexo causal** entre la información divulgada y el daño sufrido. Así lo ha interpretado también la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia⁷³.

⁷⁰ Cfr. entre otras, C. Const. Sentencia C-452/16

⁷¹ Corte IDH, caso Kimel v. Argentina, párrs. 58 y ss.

⁷² Ver sobre esto las referencias de la CSJ a la Declaración de principios de Libertad de Expresión de la CIDH, principio 10 y al derecho comparado en: CSJ, Sala Civil, 4 de febrero de 2021, STC 734-2021, Rad. 11-01-02-03-000-2020-3305-00

⁷³ CSJ, Sala Civil, 24 de mayo de 1999, Exp. 5244, Consideración 2.2.

Según las normas citadas, sólo puede declararse la responsabilidad por la emisión de información falsa o inexacta y no por la emisión de opiniones. Los conceptos de falsedad e inexactitud deben ser interpretados de conformidad con los principios de veracidad e imparcialidad de que trata el artículo 20 de la Carta y que han sido ampliamente desarrollados por la Corte Suprema y la Corte Constitucional en el sentido de entender que **no se exige la veracidad plena sino la razonabilidad** y que la imparcialidad no inhibe la formulación de opiniones (naturalmente parciales) sino que exige que estén fundadas sobre datos razonables.

En el presente caso toda la información difundida era consistente con el principio constitucional de veracidad y, adicionalmente, fue confrontada con la información difundida por la Procuraduría General de la Nación.

La sentencia recurrida cuestiona la emisión de un video cuya veracidad no ha sido puesta en duda y cuya pertinencia para las investigaciones adelantadas por graves denuncias contra la Policía, no fue desvirtuada. Con fundamento en la sentencia de 15 de octubre de 2020 de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, el juzgado entiende que este tipo de publicaciones sobre informaciones de evidente interés público son una manera ilegítima de *inmiscuirse* en una investigación cuya competencia corresponde exclusivamente a las autoridades. La sentencia impugnada indica que al publicar una información que hacía parte de un proceso sin esperar a la decisión de la autoridad respectiva, la periodista desplazó “*a los entes encargados de seguir una investigación*”⁷⁴. Añade al respecto que el cumplimiento de un deber periodístico no “*puede ser patente de corso, para llevarse de forma arbitraria derecho fundamental alguno, cuando (...) se reemplaza al órgano competente de investigación judicial*”⁷⁵. El hecho de que la prensa publique información que reposa en una investigación disciplinaria o penal no supone, de ninguna manera, que este usurpando las funciones disciplinarias o penales como lo señalo con abundancia la propia sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en un caso similar al que acá se estudia⁷⁶.

Ni las leyes civiles, ni la Constitución, ni las normas internacionales tantas veces citadas admiten las restricciones que la sentencia establece. Por el contrario, la información que revista interés público sobre asuntos que están siendo estudiados por las autoridades, está protegida por la Constitución.

Con su decisión el fallador está violando el principio fundamental de estricta legalidad, que rige cualquier restricción a la libertad de expresión, pues en ninguna parte del ordenamiento jurídico existe una prohibición para que los periodistas puedan publicar información sobre asuntos sometidos a procesos judiciales o administrativos. En este sentido, considerar que este tipo de informaciones no están

⁷⁴ Folio 16.

⁷⁵ Folio 22.

⁷⁶ CSJ, Sala Civil, 4 de febrero de 2021, STC 734-2021, Rad. 11-01-02-03-000-2020-3305-00

protegidas por la libertad de expresión, es francamente una inadmisibles interpretación del artículo 20 de la Constitución y 13 de la Convención Americana⁷⁷.

En cuanto al principio de finalidad legítima, se produce acá una nueva vulneración de la Constitución. Pueden existir restricciones a la libertad de expresión (fundadas en la ley, necesarias y proporcionadas) para proteger el buen nombre o la privacidad (derechos que cuya violación no se demuestra), pero no para crear un campo de actuación de las autoridades encargadas de las investigaciones penales o disciplinarias que se encuentre libre del escrutinio de la prensa y la opinión pública.

Los jueces no pueden pretender que, en una democracia, se pueda restringir la libertad de los periodistas a publicar información que haga parte de sus investigaciones so pretexto de proteger a los investigadores contra injerencias indebidas. A este respecto vale la pena citar a la Corte Interamericana de derechos Humanos que, en el emblemático caso Kimel Vs Argentina, señaló claramente que los funcionarios públicos por razón de las importantes funciones que cumplen deben estar sometidos a un mayor nivel de escrutinio y control social”, y ello incluye a los jueces y a sus actuaciones⁷⁸.

En el mismo sentido, la sentencia censura la publicación de evidencia que hace parte del proceso disciplinario y la PGN públicamente traslada a la Fiscalía, señalando que debió ser usada con prudencia. Nuevamente, la sentencia impone deberes que no surgen de la Constitución ni de la ley. Por una parte, la sentencia C-038 de 1996, señaló claramente que la reserva legal de los procesos disciplinarios era predicable de los funcionarios, pero no de los periodistas.

Finalmente, para evaluar la proporcionalidad de una decisión judicial, debe identificarse, en primer lugar, si efectivamente se causó un daño objetivo e ilícito (como lo exige el régimen de responsabilidad civil extracontractual). En el presente caso no está claro cuál es la acción que, según la sentencia, ocasiona un daño antijurídico. A partir del sufrimiento que el señor Ferro y su familia sostienen haber padecido, se construye una argumentación jurídica confusa. No queda claro si la extralimitación de la libertad de expresión residió en la publicación de un video cuya veracidad no está en duda y cuya relevancia había sido puesta de presente por la propia PGN. No queda claro si para el fallador, la responsabilidad reside en haber hecho comentarios sobre la vinculación de ese video con la investigación disciplinaria y penal, en las cuales se encontraba aportado como prueba. Como no se identifica claramente cuál es el hecho ilícito, pues tampoco queda clara ni la relación de causalidad ni la ilicitud del daño.

⁷⁷ En este sentido: CSJ, Sala Civil, 4 de febrero de 2021, STC 734-2021, Rad. 11-01-02-03-000-2020-3305-00

⁷⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Kimel c. Argentina (2008), párr. 86.

En otras palabras, es razonable pensar que la divulgación del video mencionado haya causado aflicción al señor Ferro y a su familia, pero para demostrar que esa aflicción era un daño ilícito, y no hacía parte de la carga que un funcionario público debe asumir cuando se ponen de presente evidencias como las existentes en este caso, la Sentencia debió evaluar este extremo. Nada dice con claridad sobre el tema, dado con ello por supuesta, desde el inicio de la sentencia y sin elementos fácticos o jurídicos para ello, la ilicitud de la conducta y la causalidad.

La imposición de una condena millonaria, a raíz de la divulgación de información veraz e imparcial y de la formulación de preguntas sobre asuntos de interés público, es una medida de una notable desproporción en términos de los artículos 20 y 13 tantas veces mencionados.

3.5 La aplicación de la real (o actual) malicia en el campo de la responsabilidad civil extracontractual

El artículo 55 de la Ley 29 de 1944 arriba citado y los elementos de la responsabilidad civil extracontractual en general, interpretados de manera que resulten compatibles con el derecho fundamental a la libertad de expresión, llevan a sostener que, en una demanda por responsabilidad civil extracontractual, en la que el objeto de la controversia es de interés público, entonces la carga probatoria exige satisfacer el estándar de la real malicia. En esos términos se ha pronunciado tanto la Corte Suprema de Justicia⁷⁹, como la Corte Constitucional⁸⁰, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁸¹ y la Corte Interamericana⁸².

Siguiendo todos los precedentes aplicables, para declarar la responsabilidad civil extracontractual debe demostrarse que la información difundida era falsa, que el demandado obró con pleno conocimiento de la falsedad de la información transmitida o con total desprecio por encontrar la verdad; con la intención de ocasionar un daño y no de promover un debate de interés público; y que ocasionó un daño objetivo e ilícito que el demandante no debía soportar pues, por ejemplo, no hacía parte de la carga que deben asumir los funcionarios públicos sometidos, en una democracia, a un mayor nivel de escrutinio.

En este sentido, la Corte Constitucional, a lo largo de reiterada y consolidada jurisprudencia⁸³, ha establecido que los discursos de especial protección constitucional sólo pueden dar lugar a responsabilidades ulteriores a cargo de la persona que los emitió “*si se demuestra que existió la intención de ocasionar un daño (mala fe) o que de los hechos se desprende un evidente desprecio por la verdad*”

⁷⁹ CSJ, Sala Civil, 4 de febrero de 2021, STC 734-2021, Rad. 11-01-02-03-000-2020-3305-00

⁸⁰ C. Const., Sentencias T-219/09; T-298/09; T-260/10; T-312/15.

⁸¹ CIDH, Declaración de Principios de Libertad de Expresión, principio 10.

⁸² Ver entre otros casos ya citados en este recurso, CoIDH, caso Herrera Ulloa V. Costa Rica.

⁸³ C. Const., Sentencias T-219/09; T-298/09; T-260/10; T-312/15.

(es decir, evidente negligencia o imprudencia en la investigación de unos hechos que no tenían por qué merecer credibilidad)”⁸⁴. A su turno, el Principio 10 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión (2001), aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se refiere al principio de la real malicia de la siguiente manera:

“[l]a protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público. Además, en estos casos, **debe probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaba difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas**”.⁸⁵ (Destacado fuera del texto)

La doctrina de la real malicia ha sido reconocida y desarrollada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que ha indicado que para que exista responsabilidad por el ejercicio de la libertad de expresión, se requiere que se demuestre la existencia de dolo o culpa. La Corte ha definido el dolo como la “*intención de perjudicar o deteriorar el buen nombre o la honra de una persona*”⁸⁶. La culpa, a su turno, es “*la falta de diligencia profesional periodística*”.⁸⁷ Dado que la “*falta de diligencia profesional periodística*” es una expresión que puede admitir muchas interpretaciones, la Corte ha planteado que se disuelve la responsabilidad civil extracontractual si logra demostrarse que el periodista procuró que la información divulgada fuera veraz e imparcial⁸⁸.

Al respecto vale la pena simplemente mencionar que la Corte Suprema ha indicado que en ningún caso el juez puede pretender que la información divulgada sea “*verdadera*”. Más que exactitud de la información divulgada, el juez debe analizar que se haya agotado un proceso de verificación razonable⁸⁹ lo que debe ser evaluado en cada caso concreto atendiendo a la especial prelación de la libertad de expresión sobre asuntos de interés público⁹⁰. En el mismo sentido se ha pronunciado de manera

⁸⁴ C. Const., Sentencia T-298/09.

⁸⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión (2001), Principio 10.

⁸⁶ CSJ, Sala Civil, Sentencia de mayo 24 de 1999, Exp. 5244, párr. 2.2. y más claramente CSJ, Sala Civil, 4 de febrero de 2021, STC 734-2021, Rad. 11-01-02-03-000-2020-3305-00.

⁸⁷ *Ibíd.*

⁸⁸ *Ibíd.*

⁸⁹ CSJ, Sala Penal, Exp. 38.909, sentencia de julio 10 de 2013.

⁹⁰ CSJ, Sala Civil, 4 de febrero de 2021, STC 734-2021, Rad. 11-01-02-03-000-2020-3305-00.

reiterada la Corte Constitucional.⁹¹ A su turno y en el caso Tristán Donoso contra Panamá la CoIDH, recoge exactamente la doctrina mencionada en este punto.⁹²

Desde la perspectiva del derecho comparado, son ejemplares las sentencias que han reconocido que las normas legales del régimen de responsabilidad civil extracontractual deben ser interpretadas de conformidad con la **doctrina de la real malicia**, para que resulten compatibles con el derecho a la libertad de expresión. Ejemplos paradigmáticos de estas sentencias pueden encontrarse en Estados Unidos⁹³, Argentina⁹⁴ y México⁹⁵.

3.6 ¿Se respetó la doctrina de la real malicia en el caso concreto?

En el presente caso, el fallador no logra demostrar que la periodista Dávila hubiera actuado con “*real malicia*”, es decir, que hubieren divulgado información falsa o tendenciosa.

Por el contrario, con independencia de que se pueda o no compartir el estilo de la periodista, su conducta respetó los principios de veracidad e imparcialidad, tal como lo demuestran los siguientes cuatro argumentos. En primer lugar, la veracidad de la información publicada no ha sido nunca puesta en cuestión. El video es por lo tanto información veraz. En cuanto a las afirmaciones de la periodista, según las pruebas del expediente, tampoco carecen de veracidad, pues en todo momento fue enfática y reiterativa al señalar que la información transmitida correspondía simplemente a una evidencia presentada por la presunta víctima de los graves hechos denunciados, que se encontraban en investigación ante las autoridades competentes y que era a estas a quienes correspondía definir si existía responsabilidad.

En segundo lugar, la periodista tenía razones suficientes para considerar que se trataba de información de interés público que, por lo tanto, debía ser divulgada. Ello, por cuanto la propia PGN hizo pública la existencia del video al mismo momento en el cual abrió investigación disciplinaria por la presunta existencia de la red de prostitución y que dio traslado de la prueba a la Fiscalía, advirtiendo expresamente sobre su relevancia. Por otra parte, el video fue publicado sin editar, lo que descarta cualquier intento de manipulación, y nunca se hizo imputación alguna al señor Ferro.

⁹¹ C. Const., Sentencia C-417/09, párr. 2.d.

⁹² Corte IDH, caso Tristán Donoso v. Panamá. Reiterado en: Corte IDH, caso Fontevecchia y D’Amico v. Argentina.

⁹³ New York Times Co. v. Sullivan, 376 Corte Suprema de los Estados Unidos 254 (1964).

⁹⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), Caso Patitó, José Angel y otro v. Diario La Nación y otros, Sentencia de junio 24 de 2008. Reiterado en: Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), Caso Salvo, Miguel Ángel v. Diario La Mañana s. Daños y perjuicios, Sentencia de mayo 19 de 2010.

⁹⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación (México), Caso La Jornada v. Las Letras y otro, Sentencia de junio 27 de 2009, Amparo Directo 2044/2008. Reiterado en: Suprema Corte de Justicia de la Nación (México), Caso Gobernador de Aguascalientes v. Periódico Tribuna Libre y otro, Sentencia de mayo 14 de 2014, Amparo Directo 3111/2013; Suprema Corte de Justicia de la Nación (México), Caso MEOP v DCO (Universidad Autónoma Metropolitana, Sentencia de febrero 7 de 2014, Amparo Directo 3123/2013.

Todo lo anterior, más la inexistencia de un indicio siquiera sumario de que la periodista estuviere actuando con el interés de dañar al señor Ferro, y no de activar una discusión de interés general, descarta tanto la supuesta intención de dañar así como la presunta negligencia.

Finalmente, como se demuestra adelante, no puede adjudicarse responsabilidad a quien, como el medio de comunicación, no intervino en la producción de los contenidos que la demanda considera ofensivos. En este caso no sólo hay ausencia de responsabilidad por inexistencia de real malicia, sino que no existe ningún tipo de responsabilidad a cargo de RCN, pues el medio, en defensa de la libertad de expresión, no interviene en los contenidos de los periodistas y formadores de opinión ni les dice qué pueden cubrir o qué opiniones deben tener. La adscripción de responsabilidad objetiva que pretende la sentencia sería una carga de profundidad contra las garantías básicas para que los periodistas y formadores de opinión puedan ejercer su trabajo libremente, en las condiciones establecidas por el artículo 20 y 73 de la Constitución.

Al parecer las principales objeciones de la sentencia al programa objeto del juicio civil se refieren a la publicación de una información de interés público, que hacía parte de una investigación oficial y cuya relevancia había sido de presente por las propias autoridades, pues, a juicio del fallador, esto causó sufrimiento y fue imprudente al ser una apenas parte de una investigación en juicio. Ese razonamiento vulnera abiertamente lo dispuesto en las normas sobre responsabilidad civil extracontractual interpretadas de conformidad con los artículos 20 de la Constitución y 13 de la Convención Americana sobre derechos Humanos.

4. La sentencia carece de motivación pues no se funda en las pruebas que residen en el expediente, no aplica las disposiciones jurídicas pertinentes y no realiza los juicios de ponderación que exige la Constitución

En el presente caso, la sentencia advierte que realizará una ponderación de derechos fundamentales que podrían estar en juego, pero en realidad omite cualquier ejercicio de ponderación. En ese sentido, como ya se ha mencionado, estudiar las tensiones constitucionales en juego y resolverlas no es un asunto formal. Se trata de evaluar realmente los derechos en conflicto y *desarrollar* un test de proporcionalidad en los términos claramente explicados en el numeral anterior según la doctrina y la jurisprudencia vigente tanto de la Corte Suprema de Justicia como de la Corte Constitucional y de los órganos internacionales autorizados para interpretar las normas de derecho internacional que integran el bloque de constitucionalidad. Esta ponderación es completamente inexistente. En el presente caso, con ausencia total de ponderación, la sentencia: (i) dio por probado, desde el inicio, que había una afectación al derecho al buen nombre y a la honra, sin analizar los límites legítimos a este derecho; (ii) dio por probado que había una afectación al derecho a la intimidad, sin analizar los límites legítimos a este derecho; y (ii) dio por probada la violación

del derecho al debido proceso y a la presunción de inocencia sin demostrar este hecho.

En efecto, al inicio de sus consideraciones, la sentencia señala que existe una tensión entre los derechos a la libertad de expresión con (a) el buen nombre y (b) la intimidad personal y familiar (artículos 15 y 21 de la Constitución). Sin embargo, no estudia el alcance y los límites de los derechos constitucionales en juego, ni realiza la respectiva ponderación de conformidad con los criterios claramente definidos por el ordenamiento jurídico y explicados en el apartado anterior de este recurso. Por el contrario, considera erróneamente que los derechos tienen límites intrínsecos por sí mismos y que (a) la revelación de una información capturada en un ambiente privado y (b) la razonable ocurrencia de un sufrimiento, son suficientes para entender violados los derechos personalísimos mencionados. Según la sentencia, estos límites del derecho a la libertad de expresión, fueron establecidos en la sentencia T-145 de 2016 —erróneamente identificada como del año 2015—.

Lo anterior es equivocado por dos motivos: primero, desconoce que justamente para la ponderación de derechos son centrales las circunstancias del caso. Más que límites en sí mismos de derechos, se trata de analizar como se pueden tratar de garantizar en la mayor medida posible los derechos en juego⁹⁶. En ese sentido, el juez debe analizar las circunstancias del caso concreto y realizar un juicio que tenga en cuenta los criterios de ponderación definidos por la jurisprudencia reiterada que fue explicada en el numeral anterior de este recurso.

Según esos criterios, en este caso era indispensable identificar (a) si las pruebas que obraban en el expediente permitían sostener que la información publicada podía tener algún grado de relevancia pública, (b) si la información era veraz e imparcial en los términos antes descritos, (c) si la periodista había actuado con el interés de informar a la sociedad sobre un hecho de interés general o si tenía un interés particular en dañar al demandante o a su familia, (d) si había incurrido en grave desprecio por la verdad (negligencia grave que es la que exige la real malicia), y, finalmente (e) si, todo lo anterior causó un daño objetivo y antijurídico, esto es, un daño que el funcionario público no estuviera obligado a soportar. Los cinco elementos anteriores hacen parte del juicio llamado de la real malicia, indispensable en este tipo de casos y e inexistente en la sentencia recurrida. En efecto, nada de lo anterior hace la sentencia pese a contar con todos los elementos de juicio para hacerlo.

La sentencia desconoce en ese sentido toda la jurisprudencia aplicable al caso y omite considerar el hecho de que la sentencia T-145 de 2016 no era una sentencia aplicable dado que aquel caso era diametralmente diferente al que debía resolver. Al menos (4) motivos explican el aserto anterior: se trata de actuaciones entre una tutela entre particulares, donde no se estaba tocando ningún aspecto que tuviera o pudiera

⁹⁶ ALEXY, Robert: Teoría de los derechos fundamentales. Marid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 81-84.

tener relevancia pública. Dos, relacionado con lo anterior se trataba de una afirmación realizada por una empleadora —que incluso amenazó a la tutelante con asesinarla— con ocasión de un conflicto laboral. No se trataba entonces una labor investigativa realizada por un periodista, sino que se relacionaba con una afirmación injuriosa realizada por un particular a otro particular. Tres, se trataba de una divulgación en redes sociales donde explícitamente se indicaba que una persona había cometido un delito: la afirmación expresamente indicaba que la persona era una “*gran ladrona (...) la sorprendieron robando en la empresa donde ella trabajaba y verificando no es la primera vez*”⁹⁷. Cuatro, no se estaba en presencia una divulgación en medios de comunicación. En ese sentido, no se trataba de un espacio que el que un medio permitiera a un periodista ejercer su oficio.

Pero incluso si se tratara de un caso aplicable, lo cierto es que la Corte Constitucional en la sentencia citada por el fallador, indica que en estos casos es indispensable realizar una “*ponderación entre la afectación de derechos causada por el ejercicio indebido del derecho a la libre expresión y las medidas tendientes a repararla*”⁹⁸. En este caso, del texto de la sentencia queda claro que la medida adoptada —esto es, imponer una condena millonaria— no fue el resultado de esa ponderación.

La mera referencia a la sentencia T-145 de 2016 no puede sustituir el juicio de ponderación que debía realizar el Juzgado en este caso de conformidad con robusta y consistente jurisprudencia sobre la aplicación al proceso civil de las normas sobre libertad de expresión y otros derechos fundamentales.

De otra parte y de medular importancia resulta el hecho de que el fallador hubiere desconocido que una de las publicaciones que tuvo en cuenta en su sentencia —el libro denominado “*La comunidad del anillo*”, escrito por Jesús Rafael Vergara Padilla— dio lugar a un conflicto constitucional por la supuesta violación del derecho a la intimidad, a la honra y al buen nombre de un exfuncionario público. La Corte Constitucional negó el amparo, entre otros motivos, indicando que se “*enmarca dentro del discurso sobre asuntos de interés público, que según la jurisprudencia de este Tribunal, tienen una protección reforzada por parte del Estado dada la importancia que tienen como mecanismo de control político dentro de un Estado democrático*”⁹⁹.

Finalmente, la sentencia sostiene que la mera publicación de una información negativa que involucra a un funcionario público y que hace parte de una investigación disciplinaria o penal es violatoria del debido proceso y de la presunción de inocencia. Esta regla es abiertamente violatoria de los artículos 20 de la Constitución y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-145 de 2016. M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-145 de 2016. M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-546 de 2016. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

5. Imposibilidad del medio de comunicación de controlar el contenido de sus periodistas — excepción a la responsabilidad directa de las personas jurídicas

Es claro que la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia se ha decantado por la responsabilidad directa de las personas jurídicas. No se pretende desconocer esa valiosa evolución del pensamiento de la Corte Suprema. No obstante, esa teoría de la responsabilidad de las personas jurídicas no es aplicable cuando se está en presencia de la responsabilidad de medios de comunicación, por información transmitida por sus periodistas, dada la libertad de la cual estos deben disponer para cumplir con las disposiciones de los artículos 20 y 73 de la Constitución.

En efecto, la regla contraria obligaría a los medios de comunicación a ejercer un control o censura previa sobre todo lo que dicen los periodistas o entrevistados en sus respectivos espacios. Sin embargo, por las razones que entran a explicarse, los medios de comunicación, como personas jurídicas, no pueden ser ni directa ni indirectamente forzados a controlar a priori los contenidos editoriales o periodísticos que se presentan a diario en los programas que integran su parrilla, pues ello iría en contra de los artículos 20 y 73 Constitución Política, 13 de la Convención Americana y 19 del PDCP.

En efecto, en el campo de la libertad de expresión el deber de la persona jurídica es el de proporcionar una plataforma para el ejercicio de este derecho. De ninguna manera este deber puede extenderse a la obligación de adoptar mecanismos de autocensura. En otras palabras, salvo lo atinente a las restricciones legalmente admisibles —como cuotas de pantalla o protección de la infancia—, los medios de comunicación no pueden ser obligados a revisar y censurar los contenidos editoriales o periodísticos de los programas de opinión o periodísticos que integran su parrilla, pues ello iría en contra de la libertad de sus periodistas y de la garantía básica del pluralismo informativo.

Por la razón anterior, los medios no pueden ser responsabilizados por las opiniones o la información que difundan los informativos que integran su parrilla de programación —y mucho menos por la información divulgada en vivo—, salvo que sus directivos hubieran intervenido en su publicación y se cumplieran los restantes requisitos de la responsabilidad civil extracontractual, interpretados a la luz de las normas constitucionales antes mencionadas. De otra manera, si se responsabiliza al medio por cada información u opinión publicada a pesar de que sus directivos no hubieran intervenido de ninguna manera en la publicación de los mencionados contenidos, se estarían creando incentivos perversos para promover la autocensura o la censura previa y se estarían restringiendo de forma desproporcionada las garantías para que *“los periodistas que laboran en los medios de comunicación gocen de **la protección** y de la **independencia** necesarias para realizar sus funciones a*

*cabalidad, ya que son ellos quienes mantienen informada a la sociedad, requisito indispensable para que ésta goce de una plena libertad y el debate público se fortalezca*¹⁰⁰ (Destacado fuera del texto). En este sentido, el artículo 73 de la Constitución reconoce que “[l]a actividad periodística gozará de protección para garantizar su libertad e independencia profesional”.

Al respecto, la Corte Interamericana también ha resaltado la importancia del pluralismo informativo, como un elemento esencial de la garantía de la libertad de expresión¹⁰¹. Por ejemplo, ha establecido que “los ciudadanos de un país tienen el derecho a acceder a la información y a las ideas desde una diversidad de posturas, la cual debe ser garantizada en los diversos niveles, tales como los tipos de medios de comunicación, las fuentes y el contenido”¹⁰². Ha señalado también que “el pluralismo de ideas en los medios no se puede medir a partir de la cantidad de medios de comunicación, sino de que las ideas y la información transmitidas sean efectivamente diversas y estén abordadas desde posturas divergentes sin que exista una única visión o postura”¹⁰³.

En este sentido, la protección de los medios frente a contenidos periodísticos o editoriales que puedan ofender a servidores públicos es simplemente una garantía destinada a satisfacer la prohibición de censura previa del artículo 13(2) de la Convención Americana y 20 de la Constitución y de censura indirecta del artículo 13(3) de la Convención a promover la libertad periodística y el pluralismo informativo.

No sobra recordar que la jurisprudencia constitucional ha señalado la importancia de tener en cuenta el formato en el cual opera el medio para efectos de evaluar cualquier forma de responsabilidad¹⁰⁴. Así, por ejemplo, nunca puede responsabilizarse a un medio de comunicación, a un director o periodista, por una información que se transmita en directo o de la cual no es autor, siempre que asigne la correspondiente autoría (el llamado reporte fiel)¹⁰⁵. Una interpretación contraria violaría lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política que promueve las condiciones para que exista un debate robusto y vigoroso, sin censura previa y sin autocensura, y al artículo 73, tantas veces citado, que establece que “[l]a actividad periodística gozará de protección para garantizar su libertad e independencia profesional”.

En particular, la especial protección al periodismo independiente es importante cuando se trata de programas periodísticos o espacios de opinión que fomentan debates de interés público que pueden ofender a las autoridades. En estos casos,

¹⁰⁰ Corte IDH, caso Herrera Ulloa v. Costa Rica, párr. 119. Reiterado, entre otras, en: Corte IDH, Caso Granier y otros v. Venezuela. párr. 138.

¹⁰¹ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, párr. 78.

¹⁰² Corte IDH, caso Granier y otros v. Venezuela, párr. 170.

¹⁰³ Corte IDH, caso Granier y otros v. Venezuela, párr. 170.

¹⁰⁴ C. Const., Sentencia C-350/97.

¹⁰⁵ Corte IDH, caso Herrera Ulloa v. Costa Rica. párr. 134.

establecer una regla que incentive a los propietarios, administradores o representantes de los canales o medios a ejercer el control previo de contenidos para evitar ofender a funcionarios, resultaría contrario al ordenamiento jurídico y terminaría sofocando la libertad periodística y el pluralismo informativo.

Tal y como se ha indicado, la Corte Constitucional¹⁰⁶ y la Corte Interamericana¹⁰⁷ han establecido reiterativamente que ciertas categorías de discursos gozan de una protección especial y reforzada, en particular (i) el discurso sobre funcionarios y personajes públicos y (ii) el discurso sobre asuntos de interés público. La especial protección de este tipo de discursos, según la Corte Constitucional, se justifica porque *“a través de ellos (...) se manifiesta el estrecho vínculo entre democracia y libertad de expresión”* y adicionalmente porque *“este tipo de discursos suelen ser los más amenazados, incluso en las democracias más vigorosas”*¹⁰⁸. En esa medida, si el sistema jurídico no protege a los medios de comunicación y termina aplicando un régimen de responsabilidad objetiva como el que se ha planteado en la sentencia recurrida, no será necesaria la condena a un periodista para generar un efecto de silenciamiento, censura e inhibición. Bastará con la amenaza de sancionar al medio de comunicación (a la persona jurídica) con reparaciones millonarias, para que se generen fuertes mecanismos de autocensura que limitarían de manera desproporcionada la libertad periodística.

El caso Emilio Palacio y otros Vs Ecuador (o El Universo) tramitado ante el sistema interamericano de protección de derechos humanos, sirve como ejemplo para mostrar la gravedad de la regla de la que se está hablando; y sirve también para ilustrar los estándares del derecho internacional en la materia. Una corte ecuatoriana condenó penal y civilmente al pago solidario de 40 millones de dólares, a un medio de comunicación, sus propietarios y un periodista que había escrito una columna que ofendió al presidente Rafael Correa. En opinión del periodista que escribió la columna, el presidente —en un hecho en el que resultaron muertas algunas personas, al parecer, por uso desproporcionado de la fuerza— había cometido crímenes de lesa humanidad. Los restantes medios quedaron notificados: aquellos representantes legales o directivos que no censuraran contenidos que pudieran molestar al poder, serían objeto de sanciones que podrían llevar a la quiebra al respectivo medio.

Tanto la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA¹⁰⁹, como la Relatoría Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión,

¹⁰⁶ C. Const., Sentencia T-391/07; T-298/09; T-904/13; T-546/16.

¹⁰⁷ Corte IDH, caso Herrera Ulloa v. Costa Rica. párrs. 128-129; caso Ricardo Canese v. Paraguay; Palamara Iribarne v. Chile. párrs. 83-84; Kimel v. Argentina. párrs. 86-88; Corte IDH; caso Tristán Donoso v. Panamá. párrs. 115, 121; Corte IDH, caso Fontevecchia y D'Amico v. Argentina. párrs. 59-61.

¹⁰⁸ C. Const., Sentencia T-904/13. Reiterado, entre otras, en: T-546/16.

¹⁰⁹ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, CIDH, Comunicado de Prensa R72/11 de julio 21 de 2011: Relatoría Especial manifiesta su profunda preocupación por condena contra periodista, directivos y medios de comunicación en Ecuador. Ver también: Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, CIDH, Comunicado de Prensa R104/11 de septiembre 21 de 2011: Relatoría Especial manifiesta preocupación por rectificación de condena contra periodista, directivos y medios de comunicación en

y la propia CIDH en su Informe Anual de 2012¹¹⁰ recordaron que (i) las sanciones civiles por el ejercicio de la libertad de expresión pueden ser tan intimidantes como las sanciones penales y, por ello, cualquier medida de esta naturaleza debe ser el resultado de un estricto juicio de proporcionalidad; y que (ii) nadie —incluyendo a la persona jurídica en la que está constituido un medio— puede ser condenado a reparar civilmente la honra o el buen nombre o la intimidad de un funcionario público, si no se demuestra que actuó con real malicia, esto es, si no se demuestra que publicó información falsa a sabiendas de su falsedad, y que actuó con la intención de dañar al funcionario, y no de generar un genuino debate de interés público. En este caso la CIDH encontró violado el derecho a la libertad de expresión. El caso ya fue decidido por la CIDH que encontró responsable al Estado de Ecuador y lo envió a la Corte IDH. En el documento, en el cual la CIDH notifica el envío del caso a la CoIDH, señala:

“En su Informe de Fondo la Comisión estimó que la condena como autores coadyuvantes de los directivos del diario afectaba el funcionamiento de los medios de comunicación y del periodismo, al asignarles el rol de censores de los periodistas y columnistas del medio. Además, concluyó que imponer una responsabilidad objetiva civil mediante un juicio penal a los intermediarios por facilitar la publicación de la columna periodística, constituía un obstáculo al ejercicio de la libertad de expresión. En su Informe de Fondo la Comisión destacó que estas responsabilidades no debían ser objetivas, ni de carácter penal y que las sanciones civiles debían ser necesarias y proporcionadas.”¹¹¹

En el caso concreto, la sentencia recurrida aplicó lo dispuesto en el artículo 2347 del Código Civil, que establece que “[t]oda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado” para condenar solidariamente a RCN. Para el juzgado, los periodistas son dependientes de la empresa, pues se encuentran a su cargo. Señaló que la prueba de la responsabilidad indirecta estaba en el hecho de que el programa que se increpa “fue producido por la empresa demandada¹¹²”.

Ecuador; Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, CIDH, Informe Anual de 2011, Capítulo II: Evaluación sobre el Estado de la Libertad de Expresión en el Hemisferio, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 69, 30 de diciembre de 2011, Sección B(9): Ecuador, párr. 167.

¹¹⁰ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, CIDH, Informe Anual de 2012, Capítulo V: Conclusiones y Recomendaciones, OEA/Ser.L/V/II.147, Doc. 1, 5 de marzo de 2013, párr. 7(c) (recomendando que a los Estados parte “[p]romover la incorporación de los estándares interamericanos a la legislación civil de manera tal que los procesos civiles adelantados contra personas que han hecho declaraciones sobre funcionarios públicos o sobre asuntos de interés público apliquen el estándar de la actual o real malicia, de conformidad con lo dispuesto en el principio 10 de la Declaración de Principios y que resulten proporcionales y razonables”).

¹¹¹ CIDH, comunicado No 024/20.

¹¹² Folio 20.

Sin embargo, la aplicación del precedente internacional lleva a la conclusión clara de que dicho artículo del Código Civil no puede extenderse a la responsabilidad de los medios por informaciones u opiniones formuladas libremente por periodistas que dirigen programas de opinión o información. Los periodistas cuando ejercen libremente su oficio no son voceros de la empresa en la que trabajan. Tampoco son sus dependientes en el sentido de que no reciben instrucciones precisas sobre qué deben cubrir o como deben opinar. Justamente en esto consiste la libertad periodística. En efecto, si se toma en serio lo dispuesto en el artículo 20 y 73 de la Carta y la jurisprudencia del sistema interamericano sobre la necesaria libertad periodística para la existencia de un sistema plural de información y opiniones, lo cierto es que no podría señalarse, bajo ninguna circunstancia, que los periodistas, los formadores de opinión y los directores de los espacios de opinión e información están “a cuidado” del medio de comunicación.

Por esta razón, para condenar solidariamente al medio de comunicación, la sentencia debió mostrar la forma en la cual los representantes o propietarios intervinieron en la generación del contenido lesivo, contenido que, además, en este caso es inexistente.

6. La sentencia recurrida establece precedentes peligrosos y contrarios a la Constitución y al bloque de constitucionalidad

Para resumir los alegatos hasta ahora formulados baste señalar, de nuevo, que la sentencia establece al menos tres precedentes de enorme gravedad y que atentan directamente contra el derecho fundamental a la libertad de expresión. De una parte, la sentencia establece la existencia de un límite intrínseco a la libertad de expresión según el cual donde hay aflicción por la publicación de información sobre temas privados, hay un daño ilícito que hay que reparar, sin considerar los elementos de la ponderación constitucional ya mencionados. En segundo lugar, la sentencia señala que la publicación de información que hace parte de un proceso penal o disciplinario, antes de que la autoridad respetiva se pronuncie, viola el debido proceso y la presunción de inocencia. Esta regla, como ya se explicó, atenta abiertamente contra el derecho a la libertad de expresión. Finalmente, la sentencia establece un incentivo perverso para que los directivos de los medios de comunicación interfieran con la libertad periodística de quienes producen los contenidos de los programas que integran su parilla y consagra la responsabilidad objetiva de los medios de comunicación frente a cualquier información por ellos publicada.

III. Juramento estimatorio: una institución contra el pleito estratégico contra la participación pública — SLAPP

El artículo 206 del CGP:

“ARTÍCULO 206. JURAMENTO ESTIMATORIO. Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago

de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.

(...)

El juramento estimatorio no aplicará a la cuantificación de los daños extrapatrimoniales. Tampoco procederá cuando quien reclame la indemnización, compensación los frutos o mejoras, sea un incapaz.

*PARÁGRAFO. <Parágrafo modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014> También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los **eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios**. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.*

La aplicación de la sanción prevista en el presente parágrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte.”

En la sentencia indica que no se analizará la aplicación de esta institución en este caso porque “*como no se acogieron las aspiraciones en cuanto al aspecto material, resulta innecesario establecer si es desmesurada la estimación, mas (sic) aun cuando los perjuicios morales son arbitrio del juez, de ahí que bajo ese aspecto no pueden considerarse desmesurados*”.

El fundamento de esta figura era evitar las demandas con pretensiones sobreestimadas. Esto fue reconocido por la Corte Constitucional cuando estudió la constitucionalidad del parágrafo citado, así:

“5.3.3. El parágrafo objeto de la demanda se incorpora al artículo 206 del proyecto de ley, en el primer debate en el Senado de la República. En el informe ponencia correspondiente, que aparece en la Gaceta del Congreso 114 de 2012¹¹³, se justifica la inclusión del

¹¹³ **Artículo 206. Juramento estimatorio.** En primer lugar, en el inciso 3° se precisa la redacción sin modificar el sentido de la norma, salvo para una causal genérica de sospecha.

En segundo lugar, teniendo en cuenta las consecuencias negativas que pueden derivarse de la estimación deficiente de las pretensiones prevista en la norma, se optó por ampliar el margen de error requerido para la aplicación de la sanción prevista en el inciso 4°. En este orden de ideas, en lugar de 30%, la diferencia que deberá existir entre las pretensiones y lo otorgado en la demanda deberá ser del 50%.

*parágrafo en la necesidad de regular la hipótesis de que las pretensiones sean desestimadas, valga decir, aquellos casos en los cuales el juramento no es fabuloso en sí mismo, sino que son las pretensiones las que son fabulosas. **La razón de esta norma es, pues, “desestimular la presentación de pretensiones sobreestimadas o temerarias”**”¹¹⁴ (Resaltado fuera del texto).*

Como se puede ver, la finalidad de la norma era evitar las pretensiones altas, sobreestimadas, “fabulosas”. En el presente caso, el Juzgado no estudia la aplicación de esta institución, pese a que los perjuicios materiales solicitados por la parte demandante ascendieron a más de QUINCE MIL SETECIENTOS UN MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL SETENTA Y DOS PESOS (\$15.701.853.072).

El argumento para no estudiar este asunto es (i) que se negaron las pretensiones materiales y (ii) que se condenó a perjuicio morales. En relación con el primer motivo, la sentencia desconoce que justamente el parágrafo cubija los casos en que se niegan las pretensiones por falta de prueba. La norma literalmente indica que “*También habrá lugar a la condena (...) en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios*”. Como se pudo constatar en la primera parte de este memorial, esto justamente ocurre en la sentencia. No se accedió a las pretensiones de condena sobre el daño material porque, en términos del Juzgado, “*está ausente de demostración*”¹¹⁵.

En relación con el segundo motivo, podría pensarse que es razonable. Esto porque justamente no es que se haya denegado la totalidad de la pretensión, sino que se condenó a perjuicios morales. Este argumento, sin embargo, desconoce que justamente el juramento estimatorio no recae sobre daños inmateriales. En ese sentido, el inciso final del artículo 206 del CGP indica que el “*juramento estimatorio no aplicará a la cuantificación de los daños extrapatrimoniales*”.

De otro lado, en el inciso quinto se aclaró que la limitación impuesta al juez en el sentido de no poder reconocer en la sentencia una suma superior a la pretendida en la demanda no aplica para los perjuicios que se causen con posterioridad a su presentación.

La redacción del inciso 6° se simplificó sustancialmente y varió en dos sentidos. Primero, se sustituyó la expresión ¿daños inmateriales¿ por ¿daños extrapatrimoniales¿ en la medida en que esta última es una categoría más comprensiva y ajustada con la tipología de daños que maneja actualmente la jurisprudencia nacional. Segundo, se eliminó la regla según la cual el juez debía calcular los daños bajo los estándares jurisprudenciales vigentes al momento de la presentación de la demanda por considerarse inconveniente.

Finalmente, se agregó un parágrafo que tiene por objeto que la norma también sea aplicada a los casos en los cuales las pretensiones sean desestimadas. En este evento la sanción equivaldrá al cinco (5) por ciento del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas. Es decir, la sanción aplicará también para casos en los que el juramento en sí mismo no es fabuloso sino que son las pretensiones mismas las que son fabulosas. Por ejemplo, en un caso de responsabilidad contractual si el juez decide que nunca hubo contrato. De esta manera, se va más lejos en el objetivo de desestimular la presentación de pretensiones sobrestimadas o temerarias.

¹¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-157 de 2013. M.P.: Mauricio González Cuervo.

¹¹⁵ Folio 18.

La lectura que realiza el Juzgado de la norma, entonces, dejaría en letra muerta el juramento estimatorio. De nada serviría que el legislador diseñara un mecanismo para limitar las demandas temerarias de perjuicios materiales si justamente cuando no existe su demostración, no se aplica el parágrafo. Esto es particularmente relevante, además, si se tiene en cuenta dos asuntos finales. Primero, la ausencia de prueba está basada en una actuación negligente porque, en términos de la sentencia:

- El dictamen pericial es “hipotético” y “no goza de imparcialidad”.
- Se supuso que el señor Ferro devengaría un salario de Viceministro por la vida probable, cuando su salida estaba concertada. Aunque la sentencia no lo señala, esto es además extraño si se tiene en cuenta que es un cargo de libre nombramiento y remoción. Esto implica que no es viable que un Viceministro de Política no cambie de cargo en lo que resta de su vida laboral probable.
- No hay prueba de que el demandante “haya solicitada empleo en institución alguna”¹¹⁶.
- No hay prueba de que los “bienes estaban a nombre de los menores [,] de su venta [o de] que hayan salido de ellos para su manutención debido a la difamación por la publicación.”¹¹⁷.

Segundo, el contexto especial de esta actuación. Las pretensiones eran cercanas a DIECISÉIS MIL MILLONES DE PESOS —QUINCE MIL SETECIENTOS UN MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL SETENTA Y DOS PESOS (\$15.701.853.072)—. Esta cifra no sólo es claramente alta, sino que se produce en un contexto donde genera una presión indebida a la actividad periodística.

Una demanda de estas pone, entonces, al medio de comunicación y a los periodistas a en una presión indebida. Esta estrategia de litigio, sin embargo, no es nueva. Se enmarca en lo que internacionalmente se conoce como un “Pleito Estratégico contra la Participación Pública”, SLAPP por sus siglas en inglés. Este fenómeno ha sido reconocido por el Relator Especial de la ONU sobre la libertad de expresión y el Relator Especial sobre libertad de expresión de la CIDH. En las observaciones preliminares de su visita a México, indicaron lo siguiente:

*“53. Varios periodistas a lo largo del país han enfrentado demandas frívolas que les demandan pagar **montos exorbitantes** por daños causados en relación con lo que han publicado. La falta de regulaciones sobre el uso de demandas frívolas contribuye al **efecto escalofriante entre los periodistas expuestos a este tipo de amenaza**. Hacemos un llamado a las ramas legislativa y judicial para asegurar que esa práctica se puede regular, ya sea mediante leyes que **sanciones demandas estratégicas en contra de la participación pública (SLAPP, por sus siglas en inglés) o la***

¹¹⁶ Folio 18.

¹¹⁷ Folio 18.

adopción de criterios para que jueces puedan excluir estas demandas frívolas después de cuidadosa consideración.¹¹⁸
(Resaltado fuera del texto).

Estas observaciones fueron definitivas. En el Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2018, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión indicó lo siguiente sobre las conclusiones definitivas de la visita a México:

*“17. Los Relatores Especiales consideran positiva la abolición de la difamación penal a nivel federal en 2007. No obstante, la difamación sigue existiendo a nivel estatal en entidades federativas, mientras que otras cinco mantienen otros tipos de delitos contra el honor en sus códigos penales. Los Relatores Especiales instan a las autoridades pertinentes en esas entidades federativas a tomar medidas para derogar tales disposiciones, a fin de adecuar su marco legal al marco nacional y a los estándares internacionales. Asimismo, **se utiliza la difamación civil para presionar a periodistas, a menudo a través de demandas presentadas por funcionarios públicos.** Varios periodistas en el país han enfrentado demandas infundadas que exigían **el pago de cifras exorbitantes por supuestos daños originados por contenidos que han publicado.** La falta de reglamentaciones sobre el uso de demandas infundadas podría disuadir a periodistas de llevar a cabo una rigurosa labor periodística en pro del interés público. Los Relatores Especiales **instan a las ramas legislativa y judicial del gobierno a asegurar que se regule esta práctica, ya sea a través de leyes que sancionen las demandas estratégicas contra la participación pública (strategic lawsuits against public participation, SLAPP) o de la adopción de criterios para que los jueces puedan desestimar estos reclamos sin sustento luego de una atenta consideración.** En este contexto, a los Relatores Especiales les preocupan las reformas propuestas a la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión (artículo 304) y al Código Penal Federal (artículo 172 TER). De adoptarse, estas reformas podrían restringir la libertad de expresión de modos que no resultan compatibles con el derecho internacional de los derechos humanos.”¹¹⁹*

Como se puede observar, una demanda presentada por un exfuncionario público con pretensiones altas no es un asunto menor. Se enmarca dentro de las demandas estratégicas contra la participación pública. En este caso, un mecanismo que tendría el operador judicial es aplicar con cuidado el juramento estimatorio. Esta institución

¹¹⁸ Disponible en: https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/Observaciones_Preliminares_ESP.docx.

¹¹⁹ Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2018/docs/IA2018RELE-es.docx>

está diseñada justamente para desincentivar la presentación de demanda con pretensiones temerarias sobre daños materiales. Esto justamente fue lo que ocurrió en este caso. La aplicación de la sanción, sorprendentemente, no se lleva a cabo porque hubo condena a daños morales. Como se indicó, este argumento es extraño porque justamente este tipo de daños no hace parte del juramento estimatorio.

Como ya fue mencionado, la conclusión a la que se arriba luego de estudiar los argumentos planteados, es que la sentencia recurrida (1) incurrió en grave e indebida valoración del material probatorio e inaplicación de la carga de la prueba; (2) no identificó los problemas jurídicos a resolver; (3) no aplicó el derecho vigente, apartándose en ese sentido del ordenamiento jurídico; (4) carece de motivación para soportar en derecho, la conclusión a la que arriba; (5) impone al medio de comunicación la obligación inconstitucional de controlar previamente el contenido a emitir por periodistas e invitados a los programas de información y opinión — excepción a la responsabilidad directa de las personas jurídicas; y (6) establece precedentes que violan directamente normas constitucionales y normas del derecho internacional de los derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad y a la luz de las cuales deben aplicarse las normas sobre responsabilidad civil extracontractual. Por todas estas razones, la sentencia recurrida debe ser revocada.

Con fundamento en todo lo anteriormente expuesto, me permito presentar la siguiente:

PETICIÓN

1. Que se revoque el fallo de primera instancia proferido el 22 de octubre de 2020 por el Juzgado 22 Civil del Circuito de Bogotá.
2. Que como consecuencia de la anterior declaración se nieguen las pretensiones de los demandantes.
3. Que se apliquen las sanciones previstas en el Parágrafo del artículo 206 del Código General del Proceso en relación con el juramento estimatorio.

Atentamente,


FELIPE DE VIVERO ARCINIEGAS
C.C. 79.347.459 de Bogotá
T.P. 57.993 del C. S. de la J.

Honorables Magistrados

Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá

Dra. Martha Patricia Guzmán Álvarez

E.S.D. Electrónico

REFERENCIA: SUSTENTACIÓN - RECURSO DE APELACIÓN en contra de la sentencia pronunciada el día 14 de enero de 2021, aclarada el 24 de marzo de 2021, dentro del proceso judicial con Radicación: **11001-3103-040-2018-00091-00** de Cricelio Alfonso Grass y Deyci Yohanna Naranjo Infante en contra de Elkin Darío Martín Orjuela, Industrias Cruz Hermanos S.A.S. y La Previsora S.A. Compañía de Seguros.

Rafael Andrés Navarro Crane, identificado con cédula de ciudadanía No. 80.089.131, abogado inscrito y en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional de Abogado No. 160.447 del C.S.J., en mi condición de apoderado judicial de **Elkin Darío Martín Orjuela** e **Industrias Cruz Hermanos S.A.**, por este medio, encontrándome dentro del término señalado por el Despacho, sustento recurso de APELACIÓN en contra de la sentencia de primera instancia pronunciada el día 14 de enero de 2021, aclarada el 24 de marzo de 2021, especialmente en cuanto sus decisorios PRIMERO, TERCERO, CUARTO, QUINTO, SÉPTIMO Y OCTAVO para que se revoquen y si es del caso se adicione en cuanto el llamamiento de garantía, para todo lo cual expongo lo siguiente:

I: CARGOS EN CONTRA DE LA SENTENCIA RECURRIDA:

- 1. FALTA DEL RECONOCIMIENTO Y SIQUIERA ESTUDIO DE LA CULPA EXCLUSIVA O POR LO MENOS CONCURRENCIA DE CULPAS DE QUIEN PRETENDE SER VICTIMA PESE A LO PROBADO DENTRO DEL PROCESO, ASÍ COMO EL COMPROBADO HECHO DE UN TERCERO – VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO AL NO VALORAR PRUEBAS APORTADAS Y OBTENIDAS EN DESARRO DEL MISMO, Y DE MANERA LEGAL:**

- a. El demandante incurrió en varias culpas que el despacho simplemente dejó de lado pese a lo establecido en el proceso:**

Esto porque como lo habrá de encontrar el ad quem de la simple valoración integral del haber probatorio obtenido dentro del presente trámite, el señor Cricelio:

- i. Asumió su propio riesgo al transportarse en un vehículo automotor participando de una actividad peligrosa:**

Así, el señor demandante según su propio decir, que puede establecerse, entre otros, del interrogatorio de parte que rindió, decidió transportarse en

el vehículo tipo motocicleta que conducía el señor Wilson Cortés de manera plenamente voluntaria.

En consecuencia, se expuso voluntariamente al ejercicio de una actividad peligrosa que tenía la virtualidad de causarle daño, tal y como lo es transportarse en una motocicleta. De modo que no es cierto lo expuesto en la sentencia atacada en cuanto a que no existió culpa alguna del demandante, claramente existe como mínimo, en gracia de discusión, una concurrencia de culpas que éste no desvirtuó.

- ii. **Adicionalmente dicho señor incrementó el riesgo, por lo demás excesivamente, al decidir voluntariamente transportarse en la motocicleta de manera irresponsable bajo violación de las normas de tránsito – CON EL CONDUCTOR ALICORADO, PORTANDO CARGA SOBREDIMENSIONADA Y SIN CASCO:**

Esto porque el demandante se subió a la motocicleta según está plenamente demostrado por su propio decir en el interrogatorio de parte con una bicicleta en la que inicialmente se transportaba el día de los hechos, es decir, con carga sobredimensionada.

Todo lo cual, no sólo está proscrito por la normatividad vigente de tránsito y transporte, sino que en efecto material incrementa exageradamente el riesgo, puesto que la sana crítica enseña que un vehículo tan pequeño como una motocicleta con su cupo total de dos personas copado, como mínimo pierde estabilidad si se carga una bicicleta, tal como lo confesó el demandado en el interrogatorio de parte.

Pero no contento con ello, el demandante decidió transportarse en el motociclo sin el elemento de protección que señala la norma de tránsito, esto es, sin su casco, tal y como se demuestra con el propio decir del demandante que, ante la pregunta del investigador de la Fiscalía en Diligencia de Entrevista, sin rubor alguno, señaló que no portaba el casco porque se movilizaban cerca, de una finca a la otra.

Pues bien, aún si fuera cierto que en realidad se transportaban en la moto el par de irresponsables por un trayecto corto, en todo caso se incrementó exageradamente el riesgo en plena violación de la normatividad que rige la materia.

Pero además y como cereza del pastel de violaciones legales e irresponsables de los ocupantes de la motocicleta, y concretamente del pasajero que nos ocupa, se encuentra el hecho que éste decidió transitar en la motocicleta adicionalmente con el conductor alicorado.

Esto es así, porque al preguntársele al demandante en el interrogatorio de parte sobre si el día de los hechos había estado durante el día en compañía del señor Wilson Cortés, quien a la postre conduciría la motocicleta, éste señaló sin titubear que sí, y al analizarse el informe forense que fuera aportado por un testigo dentro del trámite, el señor Wilson Cortés como conductor de la motocicleta transitaba alicorado, dando la prueba pericial 61 mgs. de alcohol sobre 100, todo lo cual está proscrito por la normatividad de tránsito y transporte, demostrándose así no sólo una simple culpa leve y menos aún levísima, sino cuanto menos, por no decir dolo directo, una verdadera culpa grave que en todo caso en materia civil se equipara al dolo.

HALLAZGOS:

... encuentra(n) dentro de un programa de realización del(los) análisis"

ID EMP	Ensayo	Hallazgo
3.1	Identificación de etanol en fluidos biológicos	Se detectó etanol
3.1	Concentración de etanol	61 mg/100ml

INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS:
 En la muestra analizada se obtuvieron parámetros cromatográficos equivalentes a los obtenidos con etanol (Material de Referencia).

CONCLUSIONES:
 En la muestra de sangre se detectó etanol en una concentración de sesenta y un mg de etanol/100 mL de sangre total (61 mg/100 mL).

Y es que tomando las propias palabras del a quo en la sentencia atacada "entre 50 y 85mgs. % hay disminución de los reflejos y alteración de la percepción", lo cual debería unirse según lo demanda la sana crítica al hecho que tratándose de la conducción de una motocicleta dichos efectos son mucho más graves, pues su conducción depende mucho más precisamente de los reflejos y la percepción dado que se maneja en virtud del equilibrio e inercia, a lo que además debe sumarse que se transportaban dos personas, una bicicleta y sin casco.

Para no alargar el punto, el Despacho habrá de preguntarse ¿Se incurre en culpa (en nuestro criterio en dolo o culpa grave) al transportarse en una motocicleta con carga sobredimensionada, sin casco y con el conductor alicorado? **¿Será que dichas situaciones irregulares no incrementan el riesgo excesivamente de una actividad peligrosa como conducir y mucho más si se trata de una motocicleta?**

Y es que resulta inaudito que a estas alturas en que se han realizado innumerables campañas para evitar el tránsito de conductores en estado de embriaguez y habiéndose incrementado las penas por ello, todavía existan irresponsables que transiten sin importarles los efectos de sus actos, debiendo asumir plenamente los efectos de los mismos.

En este punto, además, cobra relevancia lo manifestado por mi cliente, quien fuera el conductor del vehículo automotor camión turbo (Elkin Darío Martín), el cual por lo demás sí transitaba en cumplimiento de las normas de tránsito (no existe prueba que demuestre lo contrario) y que fuera corroborado por quien lo acompañaba como ayudante el día de los hechos, el señor Fredy Vidal Hernández, respecto de que se encontraron con la motocicleta que pareciera que se les venía para su carril y que por ello se frenó, todo lo cual conllevó al deslizamiento del vehículo dado que estaba lloviendo y que terminó con el accidente de tránsito.

Pues poniéndose en situación, el par de irresponsables que transitaban en la motocicleta en las condiciones antedichas, la sana crítica señala que muy seguramente iban haciendo algún tipo de zig zag, acercándose a la línea de división de la carretera, con una bicicleta atravesada a lo ancho, lo cual obligó al frenado del conductor de camión que en su sano juicio decidió frenar y así prevenir un posible accidente, lo que conllevó al deslizamiento del vehículo.

Véase que en este punto podría pensarse que el pasajero de la motocicleta demandante, muy seguramente también debía andar alcohólico, de lo cual si bien no hay prueba directa, hay que señalar que partiendo de los indicios como categoría probatoria indirecta en los que tanto se apoya el a quo, señalan que el demandante compartió toda la tarde el día de los hechos con el conductor que sí lo estaba, según está plenamente probado y, siendo que se esperaría, según la sana crítica, que una persona en su sano juicio no se subiría a una motocicleta con la persona que sabía había estado consumiendo licor, cargando una bicicleta y sin casco.

Entonces este análisis es mucho más sólido y plausible que las simples hipótesis iniciales de los agentes de tránsito que **NO** conocían, entre otras, todas las vicisitudes del accidente al momento de realizar su informe.

b. La violación del debido proceso por no valoración de pruebas aportadas legalmente al expediente y sin argumentación suficiente:

Es así como el Despacho ante el aporte de documentos que realizare el señor Fredy Vidal Hernández en su calidad de testigo, amparado en lo señalado en la última parte del Artículo 221 # 6to del C.G.P., simplemente señaló que los mismos no

fueron aportados en la oportunidad debida a voces del Inciso 1º del Artículo 173 del C.G.P., pero no explicó por qué si la Ley señala que el testigo “*podrá aportar y reconocer documentos relacionados con su declaración*” se entiende entonces que no fueron aportados adecuadamente al expediente.

Dicha decisión del a quo resulta en una clara violación al derecho al debido proceso de mis representados, quienes tienen derecho a ser juzgados, en este caso civilmente, en virtud de las pruebas que fueron aportadas legalmente al expediente, soslayándose de tajo la forma propia del juicio civil que obliga a valorar las pruebas aportadas al trámite y de contera evitando indirectamente el ejercicio de su derecho de defensa de sus intereses y contradicción de lo planteado en el presente proceso.

Es que el señor Vidal se encontraba rindiendo testimonio del accidente que él presenció como ayudante del conductor de uno de los vehículos envueltos en el mismo, y lo que aportó fueron pruebas documentales plenamente relacionadas con el accidente como el estado de alicoramamiento del conductor de la motocicleta y la entrevista que rindió el demandante en la investigación penal que estudia el accidente y donde se narra por el propio demandante lo ocurrido. Esto en virtud de una prueba testimonial de oficio decretada por el mismo Despacho y encontrándose en la etapa probatoria del trámite, luego no se entiende a qué hace referencia el a quo a que a estas alturas del proceso no podía realizarse precisamente lo que la ley expresamente prevé y en la etapa adecuada para ello.

Ahora bien, como quiera que el a quo en la sentencia atacada, a manera de simple comentario, y como si fuera poco, señala que no luce auténtico el documento aportado por el señor Vidal en cuanto el alicoramamiento del señor Wilson Cortes, de manera claramente grave y sin desarrollo de su aseveración, es de señalar por nuestra parte que los documentos fueron tomados por mis clientes del expediente civil que cursa en el Juzgado Segundo Civil del Circuito del Socorro Santander, Radicación 2018-036, folios 152 y 153 del Cuaderno de Llamamiento en Garantía. En el cual obra gran parte de la investigación penal **que el a quo, si bien solicitó, no requirió nuevamente que fuera aportada al proceso.**

En todo caso, si es que de verdad le causara duda su autenticidad, podría haber oficiado al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses para que se corroborara tal y como le es posible en su calidad de director del proceso y entendiéndolo, como salta a la vista, la importancia de dicha prueba, todo lo cual se solicitó que se realizara por nuestra parte en nuestros alegatos de conclusión si se viera necesario.

Por último, es de recalcar que el documento no ha sido tachado de falso y que la contraparte bien pudo haber controvertido su autenticidad si lo hubiere estimado necesario y procedente.

c. Falta del reconocimiento de un hecho determinante de un tercero:

De lo anteriormente descrito también se desprende que el actuar del señor Wilson Cortés, quien fuera el conductor de la motocicleta, también fue determinante para la ocurrencia del accidente al decidir transitar en su motocicleta con un pasajero sin casco, con carga sobredimensionada y en estado de embriaguez.

Al respecto la jurisprudencia ha señalado en un caso similar:

*“En consecuencia, el hecho que el motociclista haya resuelto conducir bajo los efectos del alcohol constituye la única causa eficiente, idónea y decisiva en la producción del accidente que terminó con su vida(...)”.*¹

2. LA SENTENCIA ATACADA ERRONEAMENTE CONFUNDE LA PRESUNCIÓN DE CULPA DERIVADA DE LAS ACTIVIDADES PELIGROSAS Y LA PRESUNCIÓN DE RESPONSABILIDAD – AUSENCIA DE ANÁLISIS DE CAUSALIDAD – INEXISTENCIA DE CAUSALIDAD EFICIENTE Y ADECUADA EN EL PRESENTE CASO:

a. La indebida presunción de responsabilidad y de una culpa exclusiva de nuestros representados:

Tal y como se advierte de la lectura en general de la sentencia atacada, de la misma se parte de una especie de presunción de responsabilidad en contra de mis representados por tratarse del conductor del vehículo y de la Compañía para la cual éste conducía, al entender que se estaba desarrollando una actividad peligrosa.

Pues bien, en nuestro ordenamiento jurídico la responsabilidad debe establecerse en virtud de un juicio y no puede presumirse, dicha presunción está proscrita constitucionalmente al estar instituida la presunción de inocencia. Lo que en realidad existe es una presunción de culpa, que releva a la “víctima” de la necesidad de probarla, pero que no la exime de la carga de demostración del daño, claro, cierto y directo, así como del nexo de causalidad entre esa culpa que se presume y el daño que se reclama; a la par que quien ejerce la actividad peligrosa puede eximirse de responsabilidad cuando se rompe el nexo causal en virtud de culpa de la “víctima”, por el hecho de un tercero, fuerza mayor, caso fortuito, etc.

¹ Tribunal Administrativo del Cauca
Popayán, doce (12) de junio de dos mil catorce (2014)
SENTENCIA- TA-DES 002-ORD. 049-2014
Magistrado Ponente: NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ.
Expediente 19001333100820130005201
Demandante ANA XIME HERNANDEZ
Demandado MUNICIPIO DE CALOTO- CAUCA
Medio de Control REPARACION DIRECTA – SEGUNDA INSTANCIA

En el presente caso el a quo simplemente se limitó a señalar que no se pudo desvirtuar la responsabilidad de nuestros poderdantes y procede a realizar una bien controvertible condena con base en indicios respecto de las causas del accidente, sin análisis de causalidad respecto de los daños causados y sin establecer la verdadera existencia de esos daños tal y como pasa a explicarse a continuación.

Tan es así, que se enfiló el a quo a buscar la condena de nuestros representados, que omitió que el demandante reclamante se expuso a la actividad peligrosa agravándola como ya se explicó y, que un tercero, nada más y nada menos, que el conductor de la motocicleta también estaba en ejercicio de una actividad peligrosa como conducir y, por tanto, existe también una presunción de culpa que es claramente oponible al demandante.

Véase que el demandante no se trata simplemente de un transeúnte que no participaba de la actividad peligrosa, sino que éste se expuso a la misma al movilizarse en la motocicleta, debiendo asumir los efectos de su asunción de riesgo y, peor aún, se insiste, en violación de las normas de tránsito que ya se expusieron.

Brilla entonces por su ausencia cualquier tipo de análisis respecto de ello realizado por el a quo, como si el demandante fuera un impávido que nada tuvo que ver en el asunto y al que se lesionó como si la actividad peligrosa le fuera totalmente extraña y como si no hubiera participado un tercero.

Pues bien, no se desvirtuó a través de ningún material probatorio la culpa del demandante al asumir el riesgo de participar de una actividad peligrosa y tampoco la del conductor de la motocicleta, de modo que cabe preguntarse **¿por qué terminó condenándose a los demandados como si no existieran otras presunciones de culpas inmiscuidas en el asunto?**

b. No se realizó un verdadero análisis de causalidad – inexistencia de causalidad:

Siguiendo lo expuesto, brilla por su ausencia un verdadero análisis de causalidad encaminado a determinar si la culpa que se presume o la que se hubiera podido establecer con el material probatorio fue la causante del daño reclamado.

En desarrollo de ello, nuestra jurisprudencia anteriormente gravitó más inclinada hacia la causalidad eficiente y, ahora, se ha decantado por la causalidad adecuada. La primera entendida como en la que se determina más en el mundo físico en cuanto cuál fue la causa determinante del accidente y, la segunda, apoyándose en las leyes de la experiencia.

Pues bien, en el presente caso, tanto en uno y otro caso, los hechos demostrados dentro del expediente señalan que no existe causalidad en relación con la culpa que se presumió de nuestros representados, pues al realizar el análisis que se echa de

menos, se encuentra al rompe que simplemente el demandante no debería estar transitando en la vía. Es decir, ni siquiera debía estar participando de la actividad peligrosa de transportarse en un automotor y exponerse ante conductores de otros vehículos. Siendo como, si no debía siquiera transitar, no existe causalidad eficiente, pues en el mundo físico, por sustracción de materia, simplemente el accidente no hubiera ocurrido y, en el caso de la causalidad adecuada, las leyes de la experiencia demuestran que si no se transita no se está expuesto a un accidente de tránsito y que quien transita en incumplimiento de las normas de tránsito, con un conductor alcoholizado, con carga sobredimensionada y sin casco, en una motocicleta, es la causa segura de un accidente.

Se insiste, es que el demandado tal y como venimos exponiendo no debía transitar en la vía como pasajero de una motocicleta con un conductor alcoholizado, sin casco y cargando una bicicleta, así de simple, a diferencia de mi representado que conducía el camión con el lleno de requisitos legales hasta que se encontró con la fatídica moto que le ha venido amargando la vida.

Luego, tanto la causalidad eficiente, como la causalidad adecuada, demuestran que en este caso la causa del accidente no fue ninguna actitud del conductor del camión quien reaccionó ante los amagues de los irresponsables de la moto con una bicicleta cargada a lo ancho, sino el simple hecho del tránsito de la motocicleta sin el lleno de las mínimas medidas de seguridad y en contravención de un sin número de normas de tránsito, encaminadas, tal y como están instituidas, para buscar reducir el riesgo de accidentabilidad; razón por la cual quienes a sabiendas las infringen, deberán asumir los efectos de sus actos y de la asunción de los riesgos que han decidido incrementar dolosamente.

Entonces, antes de entrar a analizar los intrínquilis del accidente, ha de realizarse una la pregunta primaria que se pasó por alto, respecto de si los involucrados debían estar transitando o no y, partiendo de ello, sí realizar el análisis correspondiente.

3. INEXISTENCIA DE DAÑO INDEMNIZABLE – LA INDEBIDA PRESUNCIÓN DEL DAÑO Y DE LOS PERJUICIOS:

a. El a quo presumió la existencia de incapacidad, daño derivado de la incapacidad y sin argumentación de ningún tipo, así como perjuicios:

Se lee de la sentencia atacada que en la misma se condena al pago de indemnización a cargo de mis poderdantes en relación con periodos de tiempo transcurridos entre incapacidades otorgadas al demandante por algunos periodos de tiempo en relación con el lucro cesante consolidado, así:

“(…)se concederá parcialmente, esto es, no desde el 4 de marzo de 2016 en que ocurrió el accidente, hasta el mes de febrero de 2018 que se radicó la demanda; sino desde el incidente,

hasta el 17 de julio de 2017, que fue la fecha en que según la documental que obra en el expediente culminó el último período de 35 días de incapacidad médico legal otorgado a la víctima, incapacidad que se advierte en el informe del Instituto de Medicina Legal del 12 de junio de 2017.”

Esto es claramente violatorio del derecho de daños que rige en nuestro ordenamiento jurídico que obliga a que el daño indemnizable deba ser demostrado por el demandante y tiene que ser cierto, actual y directo.

Es que al parecer el a quo, que no lo explicó, entiende que porque existen incapacidades otorgadas al demandante en distintos periodos de tiempo, debe presumirse que en los periodos de tiempo entre éstas también se tuvo incapacidad del demandante.

Esto está claramente proscrito en virtud de la necesidad de la prueba del daño, su certeza y actualidad, siendo ello mucho más claro si se revisa las razones por las cuales se otorgaron dichas incapacidades: todas relacionadas con cicatrices o malformaciones en la cara y cefaleas ocasionales, otorgadas todas precisamente por algunos periodos de tiempo, no siendo permanentes. Luego no se explica por qué habría de presumirse que en los periodos que no se tuvo incapacidad el demandante no pudo trabajar.

Con toda consideración y respeto, pero para ilustrar el punto en relación con el oficio del demandante, según éste y sus amigos lo indican, que llamó de testigos, trabajaba como amansador de ganado, no como modelo u otro tipo de oficio que le obligare a usar su cara, etc. como para que remotamente se pudieran ligar las incapacidades parciales con los periodos de tiempo en que no las tuvo.

Es que ¿acaso no pueden existir dolencias temporales? Pero peor aún, se insiste ¿qué tienen que ver las incapacidades parciales por periodos de tiempo con la imposibilidad de trabajar en los periodos intermedios?

Y es que esta argumentación tiene mayor fuerza si se observa que a renglón seguido el mismo a quo señaló que no se reconoce el supuesto daño emergente o lucro futuro precisamente porque no está acreditada algún tipo de incapacidad permanente y que ésta no le permita trabajar. Véase que no se trata sólo de la incapacidad, sino que ésta sea laboral.

Ahora bien ¿será que el demandante demostró siquiera la existencia de contratos laborales o de prestación de servicios para los periodos entre incapacidades y hacia el futuro? Es que si el señor Cricelio es independiente, debería haber demostrado la existencia de contratos con la virtualidad de continuidad a fin de que se le reconociera el daño, como cierto, directo y actual, cosa que se presupuso simplemente porque se señaló lo que supuestamente el señor ganaba al momento del accidente, pero ello no demuestra que esto tuviere vocación de continuidad, al

no contar con un contrato indefinido o parecido que se hubiera podido impedir en su ejecución por la supuesta incapacidad del señor.

Adicionalmente llama la atención que según el interrogatorio de parte realizado al demandante éste ni siquiera conoce a su supuesto contador. Lo que lleva a concluir que la prueba en que se fundan los supuestos ingresos del demandado fue preparada para el presente caso sin miras a la verdadera situación económica y de ingresos del demandado que no reconoce al “su contador”. Resulta por lo demás vergonzoso que algo así ocurra en un proceso judicial.

b. Respecto del daño moral también indebidamente presumió la prueba y la existencia misma del daño y sus perjuicios:

En lo que tiene que ver con la condena a favor de los demandantes respecto del daño moral, simplemente se partió nuevamente de presunciones, pues **no existe prueba de la dolencia psicológica de los demandantes y el daño en Colombia no se presume.**

En el caso de la demandante se presumió que porque tenía una relación de pareja con el demandante sufrió daño moral, lo cual per se, sin prueba de ningún tipo en cuanto la congoja, dolor, etc. Y en especial en cuanto su grado de afectación, pero sin embargo se hace mención a que, tanto en el caso de la pareja del demandante como del demandante mismo, se tuvo en consideración las afectaciones por las incapacidades, las cuales como se vio en punto anterior se presumieron en relación con los periodos de tiempo entre las mismas y, por tanto, deberán entonces en todo caso, en gracia de discusión, disminuirse proporcionalmente si es que no llegaren a prosperar los cargos anteriormente expuestos a lo largo de este escrito.

4. LA INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA EN RELACIÓN CON EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA:

Tal y como se expuso en nuestra solicitud de adición de la sentencia de primera instancia que fue negada, y que nos obligó a interponer recurso de apelación adicional, el inferior no decidió respecto de la necesidad de que la aseguradora debiera responder directamente a nuestros representados en caso que éstos debieran pagar algún tipo de condena a favor de los demandantes, todo lo cual es la razón de ser del llamamiento en garantía.

Así, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64 del Código General del Proceso y en virtud del llamamiento en garantía realizado por mis poderdantes a la aseguradora la Previsora S.A. Compañía de Seguros, el cual obra en el expediente de la referencia, sea esta última la llamada a responder en caso en el que mis poderdantes, Elkin Darío Martín Orjuela e Industrias Cruz Hermanos S.A. tengan que realizar algún tipo de pago a favor de la parte actora o llegue a realizárseles algún tipo de cobro derivado de lo resuelto en la sentencia dentro del presente trámite.

Fundamento mi petición en el hecho de que, en el presente asunto, tanto Elkin Darío Martín Orjuela como Industrias Cruz Hermanos S.A. llamaron en garantía a la Aseguradora para que, en caso de resultar éstos últimos condenados al pago de suma alguna de dinero, en este mismo proceso se resolviera que, sería la Compañía de Seguros la llamada a cancelar o reembolsar suma alguna de dinero que debieran pagar mis poderdantes, el cual constituye el fin mismo del llamamiento en garantía, el cual no es otro que:

“Quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva, o quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación”¹.

Así, en virtud del llamamiento en garantía realizado por mis poderdantes y como en el resuelve de la sentencia del 14 de enero de 2021 no se indicó que la aseguradora la Previsora S.A. Compañía de Seguros es la encargada del pago de las sumas de dinero que deban realizar mis poderdantes, **solicito adicionar la parte resolutive de la sentencia del 14 de enero de 2021, notificada el 15 del mismo mes y año en el sentido de que se declare que la Previsora S.A. Compañía de Seguros está llamada a responder en caso que se generen perjuicios que mis poderdantes llegaren a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que éstos debieren hacer como resultado de la sentencia dictada dentro del presente proceso.**

II. SOLICITUDES

Con base en lo expuesto solicitamos se revoque la sentencia atacada y en especial sus decisorios PRIMERO, TERCERO, CUARTO, QUINTO, SÉPTIMO Y OCTAVO, se reconozcan las excepciones probadas, se adicione la sentencia de ser el caso en cuanto lo solicitado en el llamamiento en garantía y se condene en costas a los demandantes.

Con toda consideración;



RAFAEL ANDRES NAVARRO CRANE

T.P. 160.447 CSJ

Se anexan las pruebas referidas que se encuentran aportadas en el expediente para que sean de fácil consulta.

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL.

E. S. D.

REF: RADICADO 11001310304020180009101
PROCESO VERBAL DE MAYOR CUANTIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL
EXTRACONTRACTUAL
DEMANDANTE: DEICY YOHANA NARANJO INFANTE Y CRICELIO ALFONSO GRASS Y
OTROS.

DEMANDADOS: ELKIN DARIO MARTIN ORJUELA, INDUSTRIAS CRUZ HERMANOS S.A.,
Y LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS.

MAGISTRADA: MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ

ASUNTO: SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN

JOSÉ ANTONIO CÁCERES NIÑO, mayor de edad, domiciliado y residente en la ciudad de Bogotá D.C., identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 17.119.194 de Bogotá D.C., Abogado en ejercicio y portador de la Tarjeta Profesional No. 25.121 del C.S. de la J., obrando como apoderado Judicial de **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**, estando dentro de la oportunidad procesal respetuosamente manifiesto a su despacho que procedo a sustentar el RECURSO DE APELACIÓN de acuerdo a lo ordenado por su Despacho mediante auto de fecha 8 de junio de 2021 contra la sentencia de fecha 14 de enero de 2021 notificada el 15 de enero de 2021, dictada por el Juzgado Cuarenta Civil del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia para que se revoque, modifiquen o se supriman los numerales primero, tercero, cuarto, quinto y sexto de la parte resolutive por errores de hecho y de derecho en la interpretación de las pruebas aportadas legalmente al proceso, y en su lugar se declare prosperas las excepciones propuestas por LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS lo cual hago en los siguientes términos:

Primero en la parte resolutive en el numeral primero dice *“Desestimar las excepciones formuladas por Elkin Darío Martin Orjuela e Industrias Cruz Hermanos S.A. que se rotularon como “multiplicidad de causas en la producción del accidente” y “conurrencia de culpas”; así como las de “culpa compartida”, “inexistencia de responsabilidad civil”, “inexistencia de solidaridad”, “condiciones generales y particulares de la póliza de automóviles No. 3029085” e “inexistencia de cobertura de la póliza No. 3029085” propuesta por La Previsora S.A. Compañía de Seguros”.*

Sí, en este numeral se declara la desestimación de las condiciones generales y particulares de la póliza de automóviles No. 3029085. En las consideraciones de la sentencia sí la tiene en cuenta para el fallo párrafo primero de la hoja número cuatro. Luego existe un error en la interpretación.

La excepción de aplicar las condiciones generales y particulares de la póliza debe prosperar.

Por lo cual este numeral debe ser modificado.

Segundo: En cuanto a la desestimación de la excepción propuesta por LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS de *"inexistencia de solidaridad"*. La responsabilidad de LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS sí es que existe es derivada de un contrato de seguros de derecho privado, y debe estarse a lo pactado en él. Aquí no hay norma que autorice predicar la solidaridad por lo tanto es un error de derecho aplicar la solidaridad. La solidaridad nace de la ley o de un acuerdo de voluntades, aquí no hay ley ni acuerdo de voluntades que lo autorice y en consecuencia debe ser modificado dicho numeral.

Tercero: En cuanto a la desestimación de *"inexistencia de cobertura de la póliza No. 3029085"* en las condiciones generales en el párrafo sexto de la hoja tres se tuvo en cuenta que Industrias Cruz Hermanos S.A. era el propietario del vehículo lo cual no es cierto, pues en el informe policial de accidente de tránsito No. C00011329 del 4 de marzo de 2016 está muy claro que el propietario del vehículo de placas SOO 503 es propiedad del señor Ernesto Cruz Herrera con Cédula de Ciudadanía no. 2.876.201; así también fue reconocido por la representante legal en el interrogatorio rendido ante Juzgado Cuarenta Civil del Circuito de Bogotá. Luego está, debidamente probado que el día del accidente de acuerdo con los documentos presentados ante la autoridad competente el vehículo era propiedad del señor Ernesto Cruz Herrera y no es propietario Industrias Cruz Hermanos S.A. Luego existe un fragante error de interpretación y en consecuencia la excepción debe prosperar.

Cuarto: En cuanto al numeral tercero que dice *"DECLARAR, en consecuencia, solidaria, civil y extracontractualmente responsables a ELKIN DARIO MARTÍN ORJUELA, INDUSTRIAS CRUZ HERMANOS S.A. y a LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, por los daños ocasionados en el accidente ocurrido el 4 de marzo de 2016"*. Como ya lo manifesté en el presente caso no se puede declarar solidaridad entre LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, ELKIN DARIO MARTÍN ORJUELA e INDUSTRIAS CRUZ HERMANOS S.A. por cuanto no existe ninguna norma que permita dicha declaración y hacerlo es un error de derecho, pues la responsabilidad de LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS sí es que existe, se deriva de un contrato celebrado de acuerdo con la ley entre la misma y el señor Ernesto Cruz Herrera quien como único beneficiario de la póliza tal como está estipulado en la misma no está demandado en el presente caso, al no estar demandado el Señor Cruz Herrera, LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS no tiene ninguna obligación indemnizatoria y en consecuencia declarar la solidaridad, civil y extracontractualmente es anti jurídico. Jamás existe solidaridad entre asegurador y asegurado lo que jurídicamente existe, es una obligación del asegurador de respaldar al asegurado en el pago de los perjuicios causados a consecuencia de un accidente, pero en el presente caso el asegurado el señor Ernesto Cruz Herrera no fue demandado y en consecuencia no existe jurídicamente ni técnicamente ninguna razón para vincular a La Previsora S.A. Compañía de Seguros. Por lo tanto, la excepción de inexistencia de solidaridad debe prosperar.

Quinto: En relación con el punto cuarto *"RECONOCER la suma de \$35.979.738,65 y \$19.500.000 por lucro cesante consolidado y daños morales respectivamente, a favor de CRISELIO ALFONSO GRASS y a cargo de parte demandada como se estableció en la parte motiva del fallo."*

Ahora bien, sí en el numeral segundo se declaró *"DECLARAR PROBADAS las defensas formuladas por Elkin Darío Martín Orjuela e Industrias Cruz Hermanos S.A. de "falta de determinación y*

prueba idónea de los perjuicios reclamados, ausencia del requisito procesal de la demanda en forma”, “falta de demostración del perjuicio cierto” y “sobrestimación de los perjuicios pretendidos”.

El reconocer dichos perjuicios no tiene asidero jurídico, por cuanto ya hay una valoración legal previa a dichas pretensiones declarándolas como excepciones probadas de los demandados en su numeral segundo.

Además, como está debidamente reconocido dentro del proceso no hay certeza porque no hay prueba de la incapacidad total y mucho menos definitiva del señor Criselio Alfonso Grass. Porque todo lo que hay en el proceso son tres incapacidades que suman aproximadamente ciento cinco días (105 días).

Tampoco hay certeza de lo que realmente el Señor Grass devenía.

A pesar de estar declaradas probadas las defensas formuladas por la parte demanda en contra de las mismas se declaró una incapacidad desde el día 4 de marzo del 2016 hasta el 7 de diciembre de 2020 con una indemnización de \$35.979.738,65 es decir, en contra de lo mismo declarado por el Juzgado Cuarenta Civil del Circuito de Bogotá en el sentido en que no estaba debidamente probada la incapacidad ni tampoco debidamente valorada.

En consecuencia, este numeral debe ser anulado.

Sexto: En relación con el numeral quinto *“RECONOCER por concepto de daños morales a favor de DEYCI YOHANNA NARANJO INFANTE la suma de \$15.800.000.”* en la parte resolutive de la sentencia se hace referencia a que los perjuicios morales no fueron demostrados sin embargo son valorados en la anterior suma sin haber determinado realmente los perjuicios sufridos por el Señor Criselio Grass.

Aún más, como en el expediente no están demostrados ni reconocidos realmente los perjuicios, respetuosamente manifiesto que no se pueden valorar dichos perjuicios y por consiguiente se debe suspender dicho numeral.

Séptimo: Al numeral sexto *“DECLARAR que LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS deberá responder conforme al límite asegurado por los conceptos descritos en el ordinal cuarto y quinto, aplicando el deducible del 10% pactado...”* como se ha manifestado no existe cobertura de la póliza de automóviles no. 3029085 y en consecuencia este numeral debe ser suprimido.

Octavo: En cuanto al numeral séptimo *“CONDENAR en costas al extremo demandado en proporción del 50%. Tásense estas últimas y fíjense como agencias en derecho la suma de \$2,200.000.”* este numeral debe ser suprimido en razón a que LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS no es solidaria ni civilmente responsable.

CONSIDERACIONES GENERALES

La póliza de automóviles no. 3029085 con vigencia del 7/10/2015 al 22/7/2016 siendo tomador Industrias Cruz Hermanos S.A. Asegurado Ernesto Cruz Herrera y único beneficiario de forma expresa quedo inscrito el señor Ernesto Cruz Herrera; teniendo en cuenta las definiciones

jurídicas del contrato de seguro que ya se han presentado en distintas etapas del proceso, la sociedad Industrias Cruz Hermanos S.A no está asegurado en la póliza.

Si bien es cierto que inicialmente por parte de LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS se cruzó correspondencia con el doctor Edgar Zapata Barrios fue porque en la solicitud se hacía referencia a la póliza de automóviles no. 3029085, documento que estaba en el informe de accidente de tránsito y en el cual figura el señor Ernesto Cruz Herrera como asegurado; al presentar la demanda y no haber sido vinculado al proceso el señor Ernesto Cruz Herrera tampoco nace para LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS ninguna obligación de pagar una indemnización por cuanto su obligación derivada del contrato de seguro era respaldar al asegurado Ernesto Cruz Herrera de acuerdo con lo pactado en la póliza.

Con base en los anteriores reparos o fundamentos de hecho y de derecho y por no compartir el criterio del Juzgado Cuarenta Civil del Circuito de Bogotá de conocimiento en los puntos expuestos, con el presente dejo sustentado el recurso de apelación.

De la Señora Magistrada.

Atentamente,



JOSE ANTONIO CACERES NIÑO

C.C. No. 17.119.194 de Bogotá

T.P. No. 25.121 del C.S. de la J.

Dirección: Carrera 10 No. 53-61 ofc 301

Correo Notificaciones: caceresnjo@hotmail.com

Cel: 313 252 5960



HERRERA RAMOS
ASESORIAS Y LITIGIOS

Honorable Magistrada
Martha Patricia Guzmán Álvarez
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C.
E. S. D.

REF: **SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN**
Exp. 2018 – 00091 - 01
Crisselio Alfonso Grass y Deyci Johana Naranjo
c./ Elkin Darío Martínez Orjuela, Industrias Cruz y La
Previsora S.A.

ALEXANDER RAMOS MESA, mayor de edad e identificado con la cédula de ciudadanía 80.756.259, abogado titulado y en ejercicio portador de la Tarjeta Profesional 198.349 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en nombre y representación de **los demandantes**, Crisselio Alfonso Grass y Deyci Johana Naranjo, me permito **SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN** formulado en contra de la sentencia proferida por el a-quo, el pasado 14 de enero de 2021, notificada por estado de 15 de los mismos mes y año, conforme a los puntos expuestos en dicho escrito, así:

1. INCONFORMIDAD FRENTE A LA TASACIÓN DEL DAÑO A LA SALUD (DAÑO DE VIDA EN RELACIÓN)

Se pretende en la demanda, la reparación del Daño de Vida en Relación, o lo que es lo mismo, que se indemnice **EL DAÑO A LA SALUD**, que sufrió el demandante **Crisselio Alfonso Grass**, a raíz del accidente de tránsito expuesto en la demanda.

En el punto 5.2 de la sentencia, el a quo afirma que **no se acreditó una secuela funcional que corroborara que:**

1. El actor quedó imposibilitado de seguir ejerciendo su oficio de amansador de ganado”
2. Tampoco fue posible establecer la disminución o deterioro de la CALIDAD DE VIDA DE LA VÍCTIMA en la PÉRDIDA O DIFICULTAD de establecer contacto o relacionarse con las personas o cosas EN ORDEN DE SIFRUTAR UNA EXISTENCIA CORRIENTE.
3. Privación padecida por el afectado para **DESPLEGAR LAS MÁS ELEMENTALES CONDUCTAS QUE EN FORMA COTIDIANA O HABITUAL MARCAN SU REALIDAD.**



Contacto: (+57) 3123748633 / 3168241052
Correo: arames1983@gmail.com / juanpherreram@gmail.com
Calle 127C N° 46A-83
Bogotá, Colombia.



Para entender la equivocación en que incurrió el Juzgado de conocimiento frente a este punto, debemos resolver el siguiente problema jurídico: ¿cuál es la naturaleza ACTUAL del concepto de indemnización que pretende llenar el daño de vida en relación?

Para esto, debemos mirar la **EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL** del concepto, daño de vida en relación, que lo ha llevado a determinar en la actualidad como **UN DAÑO A LA SALUD** sufrida por la víctima.

1. En principio, el Consejo de Estado lo denominó como **PERJUICIO FISIOLÓGICO**, y lo denominó así al definirlo como como “la pérdida de la facultad de hacer cosas y de vivir en igualdad de condiciones que sus semejantes”, es decir, “pérdida o deterioro de la capacidad lúdica o placentera que puede brindar **la integridad corporal**”. (sentencia de 6 de mayo de 1993 Sección Tercera Consejo de Estado, CP Uribe Acosta expediente 7428).
2. Posteriormente, se denominó **DAÑO DE VIDA EN RELACIÓN**, (sentencia de 19 de julio de 2000 expediente 11.842 del Consejo de Estado sección Tercera), al indicar que el daño es “**omnicomprensivo** de una serie de situaciones que no necesariamente implican un contenido de placer, de agrado o lúdico, y que sin embargo alteran las condiciones existenciales de quien lo padece”. Por lo cual también se denominaba **ALTERACIÓN DE LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA**.
3. **ACTUALMENTE dicho perjuicio se recoge en la reparación al DAÑO A LA SALUD**, el cual es mucho más amplio, a pesar de referirse al mismo tipo de daño, con otro tipo de denominación, indicando el consejo de estado para este concepto que abarca algo mucho más amplio y subsume aquel (daño de vida en relación), toda vez que **ESTE ÚLTIMO “ESTÁ ENCAMINADO A LA REPARACIÓN DE CUALQUIER LESIÓN O AFECTACIÓN A LA INTEGRIDAD PSICOFÍSICA”** en la que se entiende que “*abarca el estado de bienestar integral de la persona, y por tanto comprenderá las actividades normales y rutinarias del ser humano, ordinarias, laborales, profesionales, recreativas, DIDÁCTICAS, SEXUALES, DE RELACIÓN SOCIAL, deportivas, ESTÉTICAS entre otras*” (sentencia de 14 de septiembre de 2011 sección tercera, Consejo de Estado, CP. Enrique Gil Botero expediente 05001232500019940002001 (19.301), afirmando que

Aterrizando en el caso, tenemos que según dictamen de medicina legal de fecha 12 de junio de 2017, en la que se consignó: “**DEFORMIDAD FÍSICA QUE AFECTA EL CUERPO DE CARÁCTER PERMANENTE, PERTURBACIÓN FUNCIONAL DE ORGANOS SENSIBILIDAD A NIVEL FACIAL DE CARÁCTER PERMANENTE**”.

Lo anterior significa que contrario a lo manifestado por el a-quo, **SI SE PROBÓ EL DAÑO A LA SALUD, PUES UNA DEFORMIDAD FÍSICA DE CARÁCTER PERMANENTE que PERTURBA EL ORGANOS DE SENSIBILIDAD A NIVEL FACIAL DE CARÁCTER PERMANENTE** es una EVIDENTE AFECTACIÓN A LA INTEGRIDAD PERSONAL DE LA PERSONA.





Señor Magistrado, por favor **POR UN MOMENTO PÓNGASE EN LOS ZAPATOS DE LA VÍCTIMA**, e imagine usted, **QUE DE POR VIDA VA A SENTIR EN SU LABIO INFERIOR, COMO SI TUVIERA ANESTESIA**, ¿ALGUNA VEZ SEÑOR MAGISTRADO A SENTIDO EL EFECTO DE LA ANESTESIA EN SUS LABIOS CUANDO HAN HECHO UNA INTERVENCIÓN ODONTOLÓGICA?, pues bien, esa sensación que uno tiene por un par de horas, **DON CRISELIO LA VA A SUFRIR EL RESTO DE SU VIDA**, y el q-quo, simplemente dice que **NO HAY DAÑO A LA SALUD**. Según el a-quo, perder la sensibilidad labial de **POR VIDA ES ALGO DE LO MÁS NORMAL Y RUTINARIO QUE NO AFECTA EN NADA LA RELACIÓN CON SU ENTORNO. NI POR INDICIOS SE PUEDE APRECIAR TAMAÑA AFECTACIÓN**,

Señora Magistrada, por favor imagínese **lo difícil que se hace con esa limitación tan simple al parecer, algo tan cotidiano de la VIDA MARITAL COMO UN BESO**. El resto de su vida, no podrá sentir ningún gozo al besar a su esposa, por la falta de sensibilidad facial, que adicionalmente **COMPROMETE SU ESTADO ESTÉTICO**.

De lo anterior se colige que en efecto, se debe reparar el daño en la salud sufrido por el actor, por la vía de la reparación de su homólogo vida en relación, dado que este, REPITO **“ESTÁ ENCAMINADO A LA REPARACIÓN DE CUALQUIER LESIÓN O AFECTACIÓN A LA INTEGRIDAD PSICOFÍSICA”** en la que se entiende que **“abarca el estado de bienestar integral de la persona, y por tanto comprenderá las actividades normales y rutinarias del ser humano, ordinarias, laborales, profesionales, recreativas, DIDÁCTICAS, SEXUALES, DE RELACIÓN SOCIAL, deportivas, ESTÉTICAS”** TAL y como lo ha sentado la jurisprudencia.

Ahora bien, dado que no hay un porcentaje de invalidez decretado, su señoría debe acudir al arbitrio juris, a fin de determinar la cuantía de la indemnización, teniendo en cuenta **EL CARÁCTER PERMANENTE DEL DAÑO A LA INTEGRIDAD FÍSICA**. Es decir, teniendo en cuenta que se trata de un hombre joven, actualmente cuenta con 39 años de edad, de donde se desprende que los daños **PERMANENTES LOS TENDRÁ QUE SUFRIR SEGÚN LAS TABLAS DE EXPECTATIVA DE VIDA**, por cerca de **42 AÑOS, DURANTE 42 AÑOS TENDRÁ QUE ACOSTUMBRARSE AVIVIR CON UNA DEFORMIDAD FÍSICA DE CARÁCTER PERMANENTE** que **PERTURBA EL ORGANO DE SENSIBILIDAD A NIVEL FACIAL DE CARÁCTER PERMANENTE**.

Teniendo en cuenta el elemento **TEMPORAL**, y el carácter de la lesión, permanente, y que afecta estéticamente, lo cual, evidente es que afecta el autoestima de la persona, es decir que hay una afectación física y psicológica de carácter permanente.

A lo anterior, se suma que a falta de prueba pericial, **SE RINDIERON SENDOS TESTIMONIOS**, en los que se verificaron las afectaciones **LABORALES** sufridas por el señor criselio. Acreditadas por una persona que aún hoy sigue vinculada con la Ganadería el Obispo, y quien afirmó que Criselio **NO**





PUEDE EJERCER SU TRABAJO, hoy en día no lo ejerce, pese a que crió ganado campeón, hoy no lo tienen en cuenta para ejercer el amansamiento de ganado fino, no por capricho, sino porque efectivamente no lo puede ejercer. Es decir, se probó que en dicha época **TRABAJABA DE SIENTO CON UNA GANADERÍA IMPORTANTE DEL PAÍS, QUE EXHIBE GANADO FINO EN DISTINTAS FERIAS GANADERAS, Y HOY, NO TRABAJA PARA ESA GANADERÍA**, por lo cual es evidente que el accidente **truncó su proyecto de vida personal**. **EN el testimonio de Edgardo Chacón, se extrae claramente la siguiente narración. HORTELIO CRIÓ LA CAMPEONA NACIONAL 021, CON 4 AÑOS DE EDAD, ES DECIR, 4 AÑOS DE TRABAJO DESDE QUE RECIBIÓ EL PARTO, LA ESCOGIÓ, LA CRIÓ, LA ENTRENÓ Y LA SACÓ A PISTA, Y ESTO LE DIÓ NOMBRE A LA GANADERÍA EL OBISPO**. Afirma que actualmente Criselio no labora en la ganadería el obispo porque no tiene el soporte suficiente para recibir y adiestrar un animal, tiene limitaciones físicas. Si Criselio, un criador de una campeona nacional tuviera las condiciones físicas para laborar en ese oficio, dudo mucho que el propietario de una ganadería se de el lujo de desecharlo por simple capricho, **CRISELIO PASÓ DE CRIAR CAMPEONES NACIONALES DE GANADO**, a quedar desempleado en su casa.

Por todo lo anterior, **DEBE ACCEDERSE A LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO DE VIDA EN RELACIÓN, HOY DENOMINADO DAÑO A LA SALUD**, dentro de los parámetros de lo pretendido en la demanda.

2. INCONFORMIDAD FRENTE A LA TASACIÓN DEL DAÑO MORAL

No estamos de acuerdo con la tasación del perjuicio moral. Si bien no hay calificación de invalidéz que permita establecer el porcentaje de afectación para determinar el perjuicio moral, también es cierto que el perjuicio moral no obedece a una tarifa probatoria que indique que la falta de la calificación es óbice para desestimar la gravedad de las lesiones y la afectación de las mismas en la aflicción sentida por mis mandantes.

Se narró que su desplazamiento es limitado, que de pasar de **CRIAR CAMPEONES NACIONALES**, de tener un estilo de vida en el cual perfeccionó un oficio a tal punto de poder detectar un animal que pudo ganar premios y elevar la categoría de la ganadería donde pudo desarrollar exitosamente su labor, de tener un ingreso superior al de un labriego ordinario, a viajar y presentar animales en exposiciones a nivel nacional, a quedar relegado a ser un desempleado más, que se rebusca el día a día, haciendo cualquier labor, a trabajar por un jornal, cuando tenía un ingreso y una vida tranquila a raíz de un conductor irresponsable que en un día lluvioso no respetó los límites de velocidad e invadió el carril contrario?

Con aproximadamente 40 salarios mínimos el a-quo pretende indemnizar **LA PÉRDIDA DE TODO UN PROYECTO DE VIDA**, sin contar que ahora, nadie en oiba lo contrata para hacer lo que mejor





sabía ser, para pasar ahora a rebuscarse jornales, a veces por lástima porque como lo narró el señor Edgardo Chacón, una persona limitada en sus movimiento NO LE RINDE, ¿QUIÉN LO VA A CONTRATAR ASÍ?. Pasar de ser el proveedor del hogar, a relegarse a esperar la colaboración de su compalera de vida, con la cual ni siquiera puede disfrutar cómodamente de un beso amoroso, por las secuelas permanentes sufridas. **ESA**, es la situación real de Criselio después del accidente. **SE TRUNCÓ TODO UN PROYECTO DE VIDA**, y eso es lo que se debe tener en cuenta al momento de la tasación, teniendo en cuenta que es un hombre de 39 años, es decir, que debe soportar esta situación, mínimo durante 40 años de su vida y trabajar hasta morir, porque difícilmente va a lograr 1300 semanas de cotización, trabajando por jornales variables en el campo.

3. LUCRO CESANTE FUTURO

El Juzgado desestimó el lucro cesante futuro, teniendo en cuenta que no hubo calificación de invalidez que declarara cierto la incapacidad de Criselio de seguir ejerciendo como amansador de ganado, como si en nuestro sistema legal. Sin embargo, la libertad probatoria permite colegir de los testimonios la merma en la capacidad laboral, máxime cuando uno de los testigos es técnico en el área y **TRABAJA actualmente para la Ganadería el obispo**, quien en su experiencia indicó que ese trabajo específico ya no podía ser ejercido por Criselio. Se sustentarán las omisiones en la apreciación de las pruebas en su conjunto que dieron lugar a la desestimación de las condenas pedidas parcialmente.

Acá tiene especial importancia el **testimonio** del señor **EDGAR DO ANTONIO CHACÓN RUEDA, TÉCNICO AGROPECUARIO** adscrito a la ganadería el obispo quien narra que en efecto, el señor Criselio lo conoció por su labor en la finca hace 6 años. Es decir, que al momento del accidente Criselio llevaba trabajando cerca de 6 años con la ganadería el obispo. Acreditando la experiencia de Criselio en el oficio, y su regularidad con esa ganadería. También reiteró que el **UNICO INGRESO QUE PERCIBÍA CRISELIO ERA POR SU TRABAJO EN LA GANADERÍA EL OBISPO**, indicando con solvencia los detalles de las funciones de Criselio las cuales eran recibir los animales en el parto, ocn un peso aproximado de 50 kilos (por lo cual hay que tener muy buena fuerza), criarlos, convertirse prácticamente en la mamá del animal, jalarlos, caminarlos, cepillarlos, **NUTRIRLOS**, de hecho, su experiencia lo llevaba a que al ojo pudiera identificar los animales que podrían ser llevados a exposición para dedicarles tiempo adicional y entrenarlos, y narró como fue que **CRISELIO CRIÓ DESDE EL PARTO HASTA LA EXHIBICIÓN EN PISTA EL EJEMPLAR 021 SIENDO CAMPEONA NACIONAL**. Como se ve, era un amansador de ganado que en su hoja de vida cuenta con una **CAMPEONA NACIONAL CERTIFICADA POR ASOCEBÚ**.

Narró, Y LE CONSTA QUE CRISELIO NO SOLO NO VOLVIÓ AL OBISPO por su limitación física al tener un pobre desplazamiento y fuerza mermada, sino además afirma de manera natural que ¿quién lo va a contratar en esas condiciones para laborar en el campo?, si no sabe desarrollar otro oficio que





HERRERA RAMOS
ASESORIAS Y LITIGIOS

el de las labores de criar ganado, en definitiva se truncó su proyecto permanente de vida, y le impedir para tener una pensión de vejez con la cual pasar tranquilamente su tercera edad, por lo cual, es necesario que sea indemnizado pro este rubro y así, por lo menos en parte, mermar el perjuicio económico, ya que moralmente, no volverá a hacer algo para lo que era bueno, su estilo de vida, la crianza de animales para exposición.

Cordialmente.



ALEXANDER RAMOS MESA

C.C. No. 80.756.259 de Bogotá D.C.
T.P. No. 198.349 del C. S: de la J.



Contacto: (+57) 3123748633 / 3168241052
Correo: arames1983@gmail.com / juanpherreram@gmail.com

Calle 127C N° 46A-83
Bogotá, Colombia.