

Verbal
Demandante: Cooperativa de Impresores y Papeleros de Bogotá
Demandados: Jose E. Montes P.
Exp. 031-2018-00564-01

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

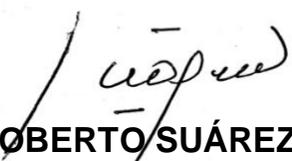
secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C., doce de noviembre de dos mil veintiuno

No obstante que, según el informe secretarial del pasado 3 de noviembre, “venció en silencio el término para que la parte apelante allegara en esta instancia la sustentación de la alzada”, lo cierto es que el recurrente desarrolló, de manera precisa y suficiente, los motivos de inconformidad con la sentencia de primer grado en el documento “11SustentaRecurso276-280pdf.pdf” de la carpeta C01CuadernoPrincipal.

En consecuencia, córrase traslado de ese memorial en la forma y por el término previstos en el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

Notifíquese,



LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

Magistrado

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL DE DECISIÓN

Bogotá, D.C., doce (12) de noviembre de dos mil veintiuno
(2021)

Radicación n.º **11001310303320130080601**

Se **admite**, en el efecto **suspensivo**, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 25 de octubre de 2021 por el Juzgado Cincuenta y Uno Civil del Circuito de esta ciudad.

Téngase en cuenta que el presente trámite se rige por el Decreto Legislativo 806 de 2020, por lo que, ejecutoriada la presente providencia, comenzará a correr el término de cinco (5) días, previsto en el artículo 14 de dicha normativa.

Por Secretaría contabilícese el término señalado en el numeral anterior y oportunamente ingrésense las diligencias al Despacho para lo pertinente.

NOTIFÍQUESE,

LIANA AIDA LIZARAZO V.
Magistrada

Firmado Por:

**Liana Aida Lizarazo Vaca
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 008 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

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

Código de verificación: **51e40d27d56d95bae8d0ba220c93f724239f6c2f2572d70051455217dc5139a6**

Documento generado en 12/11/2021 04:05:41 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL BOGOTÁ
SALA SÉPTIMA CIVIL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente
OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA

Bogotá D. C., doce de noviembre de dos mil veintiuno
(aprobado en sala virtual ordinaria de 6 de octubre del mismo año)

11001 3103 033 2017 00339 01

Se decide el recurso de apelación que formuló el demandante contra la sentencia que el 22 de julio de 2021 profirió el Juzgado 33 Civil del Circuito de Bogotá, en el proceso verbal (de resolución de promesa de compraventa) promovido por Carlos Rincón contra Javier Francisco Toro Cuitiva y Ruth Alexandra Espitia García.

ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA SUBSANADA. En su condición de promitente vendedor de los inmuebles con matrícula No. 50N-20352044 (apartamento) y 50N-20351846 (garaje), ubicados en la carrera 93 N° 148-86, Conjunto Residencial Bosques de Tierra Alta, P.H., de Bogotá, pidió el libelista que se declare resuelto el contrato de promesa de compraventa de 11 de febrero de 2015, por incumplimiento de los promitentes compradores y que, en consecuencia se condene a estos: (i) a restituir los inmuebles “junto con sus frutos civiles, a partir de la fecha en que recibieron los mismos”; (ii) al pago de \$24’000.000 “equivalente a cánones de arrendamiento por el tiempo que han utilizado los inmuebles desde el 11 de febrero de 2015” (\$900.000, cada canon) y \$15’000.000 por “cláusula penal”.

Relató el señor Carlos Rincón que de manera accidental, las partes del contrato preliminar acordaron como precio de la enajenación prometida la suma de \$115’000.000, de los cuales \$25’000.000 se pagaron en efectivo y \$90’000.000 se honrarían “con un crédito hipotecario que gestionarían ante el Fondo Nacional del Ahorro”, de cuya suerte “los promitentes compradores nunca notificaron al promitente vendedor”; que “de manera temeraria (los opositores) demandaron ante el Juzgado 61 Civil Municipal de esta ciudad al señor Carlos Rincón (...) para que les pagara la cláusula penal inserta en el referido contrato por valor de \$15’000.000”, en donde fueron desestimadas las pretensiones; que los demandados están en

posesión de los inmuebles desde el 11 de febrero de 2015 y que “al haberse declarado judicialmente el incumplimiento” por parte de otra autoridad judicial “estos quedaron obligados de pleno derecho al pago de la cláusula penal”.

2. LA CONTESTACIÓN. Los demandados excepcionaron “falta de legitimación en la causa por pasiva”; “contrato no cumplido”; “ausencia de mora de los demandados por falta de requerimiento o reconvencción del actor aunado a que el demandante incumple sus obligaciones art. 1609 del C.C.”; “improcedencia en el reconocimiento y pago de perjuicios por estar pactada cláusula penal”; “improcedencia en el reconocimiento y pago de cláusula penal al actor por ser el contratante incumplido”; “justificación en el actuar de los demandados por la previa omisión del actor frente a sus prestaciones u obligaciones, así como por no cumplir el actor con las exigencias perentorias del Fondo Nacional del Ahorro”; “improcedencia de la acción resolutoria cuando como en el presente caso, se ha hecho entrega de forma voluntaria y efectiva de la posesión de la cosa, mejor aún, ha transcurrido un tiempo prudencial ejerciéndose y efectuándose actos de señor y dueño”; “efectos de una resolución, conlleva necesariamente al respeto de los derechos económicos y el reintegro de la suma entregada a título de precio y demás al extremo pasivo”; y “reconocimiento desde ahora, del ejercicio del derecho de retención de los predios en favor de los demandados, por ser poseedores y hasta tanto se le reembolse lo que entregaron como pago”.

Sostuvieron, entre otras cosas, que “palmario se hace que el demandante ha incumplido y aun incumple sus obligaciones, especialmente la de tener el bien inmueble libre de embargos”, pues el predio “está embargado y siempre lo ha estado, por causa de una obligación alimentaria que el demandante ostenta dentro del proceso 2016 00589” (anotación N° 6) y que el señor Carlos Rincón no constituyó en mora a los demandados.

3. EL FALLO APELADO. El juez *a quo* declaró probadas las excepciones de “falta de legitimación en la causa por activa y contrato no cumplido”.

Sostuvo el sentenciador de primera instancia que la parte demandante no fue un contratante cumplido, pues el inmueble prometido en venta seguía soportando una medida de embargo, lo cual condujo a que

no se obtuviera del FNA el crédito hipotecario con el que los promitentes compradores pagarían el saldo de la negociación, \$90'000.000.

4. LA APELACIÓN. El inconforme insistió en que la parte incumplida fue la opositora, “porque ellos estaban obligados a hacer un préstamo ante el Fondo Nacional del Ahorro y no lo hicieron”.

5. LA RÉPLICA. Los opositores manifestaron que el fallo de primera instancia "se emitió en derecho, con un análisis y valoración de la prueba en conjunto”.

CONSIDERACIONES

1. Verificada la ausencia de irregularidades que impidan proferir decisión de fondo, anuncia la Sala que REVOCARÁ el fallo apelado, pero no por encontrar de recibo las razones que expuso el apelante, sino por cuanto –y al margen de lo que decidió el juez de primera instancia- aquí había lugar a declarar, de oficio, la nulidad del contrato de promesa de compraventa.

Tal declaración oficiosa se hará con motivo de no satisfacerse el reseñado negocio preliminar, particularmente por algunos de los elementos de su validez, es decir, la falta de indicación de la notaría en la que habría de celebrarse el contrato prometido y por ausencia de pacto de una fecha cierta para la suscripción de la consabida escritura pública.

2. Aquí, la parte actora, única apelante, insiste en que debieron salir airoso su demanda de resolución contractual con motivo del incumplimiento que le atribuye a su contraparte.

Es sabido que el éxito de la demanda de resolución por incumplimiento, según lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia (en sentencia del 18 de diciembre de 2009, ex. 09616), está supeditado, entre otras cosas, a que la parte actora demuestre la existencia de un contrato bilateral, **válidamente celebrado**, presupuesto que aquí no cabe tener por satisfecho, como quiera que en el escrito que recogió la reseñada negociación preliminar, las partes omitieron indicar la notaría (de Bogotá) y la fecha en la que se habría de suscribir el negocio jurídico prometido.

Visto en su integridad el escrito de promesa de contrato sobre el que recae la demanda, nada preciso se encuentra en punto a los dos requisitos echados de menos.

Sin embargo, bueno es traer a colación que, a voces de la cláusula quinta de la promesa de compraventa, “los promitentes compradores y vendedor, condicionan la firma de la escritura a las normas y reglamentos que establezca el Fondo Nacional del Ahorro, esto en virtud de las condiciones especiales que allí rigen para el desembolso del dinero. **En virtud de ello, la escritura quedará sometida a la hora y fecha que dicha institución señale**” (fl. 5, cdno. 1).

Las precitadas omisiones involucran dos irregularidades que, por igual, comprometen fatalmente la validez del negocio jurídico preparatorio (pues conciernen directamente a los requisitos de validez que contempla el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, que subrogó el artículo 1611 del Código Civil).

2.1 La primera es que, en el escrito de promesa contractual en estudio, en últimas, no se especificó, ni por su ciudad ni por su número, el despacho notarial en el que habría de otorgarse la consabida escritura pública de compraventa prometida.

No en vano la jurisprudencia ha precisado (en sentencias del 19 de enero de 1979 y 21 de junio de 2002) que “la regla cuarta del artículo 89 de la Ley 153 de 1887 no se cumple simplemente con determinar en la promesa el contrato prometido, como lo predica el censor, sino que se requiere, además, que esa determinación se haga de ‘tal suerte’ que para perfeccionar el contrato ‘sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales’, es evidente que no se satisface esta regla cuando los contratantes, siendo vecinos de distinto círculo notarial o cuando siéndolo del mismo son varias las notarías del círculo, omiten señalar en cuál se otorgará el instrumento de venta. En tales circunstancias, **si no se expresa en el escrito de promesa de venta de inmuebles la notaría, la promesa es nula por falta del lleno de lo exigido por el artículo 89 numeral 4° de la Ley 153 de 1887**”.

2.2 La segunda deficiencia, es que tampoco en ese escrito se precisó la fecha y hora en la que habría de celebrarse el contrato

prometido: la definición de ese asunto se confió a un tercero (cláusula 5ª de la promesa de compraventa), sin que de la foliatura tampoco emane siquiera alguna alusión a que por los interesados, en consuno o con la intervención de aquel, hubieran firmado “otro sí” o escrito adicional que supliera ese vacío, por manera que aquí no cabe concluir que en el negocio jurídico preliminar se hubiera determinado “de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo **solo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales**” (ver artículo 89 de la Ley 153 de 1887).

La prenotada circunstancia impide establecer, a ciencia cierta, la época en que las partes debían ajustar su consentimiento para celebrar la compraventa de los inmuebles prometidos, o a partir de qué momento podían entenderse liberados de esa obligación, lo cual era indispensable a la luz del numeral 3º del tantas veces citado artículo 1611 del Código Civil, en su versión actual, precepto a partir del cual la Corte Suprema de Justicia (en sentencia del 23 de junio de 2000, exp. C-5295) destacó que, si la celebración de un negocio jurídico se va a supeditar al acaecimiento de una condición, debe ser una de las que el ordenamiento denomina como “determinadas”, es decir, “un acontecimiento futuro que ha de suceder o no, **pero que, si llega a realizarse, por anticipado se sabe cuándo y en qué época ha de suceder**”.

2.3. Visto, entonces, que el contrato de promesa de compraventa sobre el cual recayeron las pretensiones carece de las exigencias mínimas que previó el legislador para que produjera efectos jurídicos, fuerza colegir que no anduvo afortunado el juez de primera instancia al pronunciarse sobre el cumplimiento contractual de las partes en contienda.

Expresado con otras palabras, el fracaso de la demanda por la que aboga la parte actora estaba determinado indefectiblemente con motivo de los vicios de eficacia tratados a lo largo de esta providencia.

Lo que se imponía, entonces, era disponer la anulación de ese vínculo negocial pues, como lo ha destacado la Corte Suprema de Justicia en repetidas oportunidades (entre ellas, en el fallo del 23 de junio de 2000 a que ya se hizo alusión) “**no se puede cumplir o resolver lo que no ha podido producir efectos jamás**”.

3. Sobre la oficiosidad de la decisión que acaba de anunciarse, bueno es recordar que “La previsión legal en comentario consagra una aplicación particular del principio inquisitivo, en tanto autoriza la oficiosidad del juez, atribución cuya justificación se halla en el fundamento mismo de tal especie de nulidad, establecida como se sabe en interés de la moral, el orden público y el respeto debido a las normas de carácter imperativo, postulados cuya protección no puede quedar sometida exclusivamente a la iniciativa particular, como ocurriría si el aniquilamiento de los negocios jurídicos que los contrarían sólo pudiere declararse a ruego suyo. Empero, como desde antaño lo ha venido exponiendo la doctrina de la Corte, ese poder excepcional que al fin de cuentas comporta un control de legalidad en torno a la actividad negocial, está sujeto o limitado por los condicionamientos que la propia norma consagra y que la Corporación ha identificado así: ‘... 1ª. Que la nulidad aparezca de manifiesto en el acto o contrato, es decir, que a la vez que el instrumento pruebe la celebración del acto o contrato, demuestre o ponga de bulto por sí solo los elementos que configuran el vicio determinante de la nulidad absoluta; 2ª. Que el acto o contrato haya sido invocado en el litigio como fuente de derecho u obligaciones para las partes; y 3ª. Que al pleito concurren, en calidad de partes, las personas que intervinieron en la celebración de aquél o sus causahabientes, en guarda del principio general que enseña que la declaración de nulidad de un acto o contrato en su totalidad no puede pronunciarse sino con audiencia de todos los que lo celebraron” (G. J. T. CLXVI, pág. 631, criterio que ha reiterado entre otras, en sentencias del 10 de octubre de 1995, 10 de abril de 1996 y 20 de abril de 1998’ (Cas. Civ. del 11 de marzo de 2004, exp No. 7582; Cas. Civ. del 11 de marzo de 2004, exp. 7582).

4. Así las cosas, el Tribunal se pronunciará en las siguientes consideraciones respecto de las restituciones mutuas de rigor.

4.1. **Restituciones a cargo de la parte actora**

DEVOLUCIÓN DEL PRECIO PAGADO. La Sala encuentra demostrado que los promitentes compradores hicieron entrega al promitente vendedor de la suma de \$25'000.000.

La entrega de dicho capital es un asunto pacífico (así lo informaron las partes en las respectivas oportunidades procesales) y según el escrito

de promesa, fue recibido por el promitente vendedor “a satisfacción” en la fecha de suscripción de ese documento, 11 de febrero de 2015 (fl. 4).

Por ende, se ordenará al demandante que restituya a su contraparte ese monto, el cual, por motivos de equidad, se indexará desde la fecha en que fue desembolsado, hasta que se produzca su pago total, atendiendo la variación porcentual anual del índice de precios al consumidor (IPC) que certifique el DANE, de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$V_p = V_h \frac{I_f}{I_i}; \text{ en donde:}$$

V_p , es el valor presente por establecerse; V_h , es el valor histórico a indexar (febrero de 2015); I_f , es el índice final de precios al consumidor (IPC), que en este caso corresponde al del mes de octubre de 2021, dado que, a la fecha, es el último indicador certificado; e, I_i , es el IPC inicial.

$$V_p = \$ 25'000.000 \frac{110,06}{83,96} = \$ 32.771.557$$

En resumen, se tiene:

Valor Presente	Valor Histórico	Diferencia
\$ 32.771.557	\$ 25'000.000	\$ 7'771.557

COMPENSACIÓN POR PAGO DE IMPUESTOS PREDIALES DE LOS AÑOS 2016, 2017 Y 2018. Según se relató en la contestación de la demanda, y se acreditó con los recibos de pago obrantes en las hojas 107 a 112 del cuaderno principal, la parte demandada sufragó los impuestos prediales de ambos inmuebles (apartamento y parqueadero), para los años 2016, 2017 y 2018, en cuantía total de \$958.000, suma que se indexará previo a efectuar la respectiva compensación.

Año 2016. Pagaron de impuesto predial la suma de \$340.000 el 17 de marzo de 2016.

$$V_p = \$340.000 \frac{110,06}{91,18 \text{ (IPC marzo de 2016)}} = \$ 410.401$$

Año 2017: Pagaron de impuesto predial la suma de \$291.000 el 5 de abril de 2017.

	110,06	
Vp = \$291.000	-----	= \$ 333.932
	95.91 (IPC abril de 2017)	

Año 2018: Pagaron de impuesto predial la suma **\$327.000 6 de abril de 2018**

	110,06	
Vp = \$327.000	-----	= \$ 363.862
	98.91 (IPC abril de 2018)	

Así las cosas, efectuadas las respectivas indexaciones, se reconocerá a favor de los opositores, por concepto de pago de impuesto predial de los años 2016, 2017 y 2018 la cantidad de \$1'108.195¹.

Finalmente, no se hará reconocimiento de mejoras, pues del expediente no emerge que la parte opositora las hubiere implantado.

4.2. **Restituciones a cargo de los demandados.** La Sala dispondrá que Javier Francisco Toro Cuitiva y Ruth Alexandra Espitia García restituyan a su contraparte demandante el apartamento y el garaje que fueron entregados en virtud de la frustrada promesa de compraventa.

FRUTOS. De conformidad con el artículo 964 del Código Civil, el poseedor deberá restituir los frutos que “hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad” el bien a restituir. Nada impide que esos frutos se calculen tomando en consideración lo que hubiera podido percibir

¹

PREDIAL	HISTÓRICO	PRESENTE
2016	\$ 340.000,00	\$ 410.401,00
2017	\$ 291.000,00	\$ 333.932,00
2018	\$ 327.000,00	\$ 363.862,00
	\$ 958.000,00	\$ 1.108.195,00

el inmueble por concepto de arrendamientos y de acuerdo con las pautas legales que rigen la materia.

Desde esta óptica, y en consideración a que dichos beneficios económicos, cual los describió la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de agosto de 2011 (ex.: 6182), son entendidos como “el producido del bien en disputa relacionado con los paralelos gastos ordinarios de producción que son aquellos en que habría incurrido cualquiera persona para obtenerlos”, el Tribunal tomará como punto de partida de los cálculos a que hay lugar, las disposiciones de la Ley 820 de 2003 (Régimen de Arrendamiento de Vivienda Urbana), esto por cuanto el provecho razonable que puede obtenerse de un inmueble con las características del que es objeto de este litigio, podría provenir, bajo una administración medianamente diligente, de su arrendamiento.

El artículo 18 de la referida codificación impone como tope del canon respectivo, “el uno por ciento (1%) del valor comercial del inmueble o de la parte de él que se dé en arriendo” y asimismo establece que “la estimación comercial (...) **no podrá exceder** el equivalente a dos (2) veces el avalúo catastral vigente”, a lo que se suma que el canon 20 *ib.* señala que “Cada doce (12) meses de ejecución del contrato bajo un mismo precio, el arrendador podrá incrementar el canon hasta en una proporción que no sea superior al ciento por ciento (100%) del incremento que haya tenido el índice de precios al consumidor en el año calendario inmediatamente anterior”.

Se calcularán los frutos que se habrían causado desde que los demandados ostentan los bienes objeto de este proceso (11 de febrero de 2015) hasta la época en que se profiere la presente decisión (noviembre de 2021).

No se tomará en consideración para el cálculo de rigor la fecha en que la parte opositora se notificó del auto admisorio de la demanda según lo que dispone el artículo 964 del Código Civil, por cuanto como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia “se haría nugatorio el efecto general y propio de toda declaración de nulidad, y desde luego, de la de fenómenos afines, cual es el de retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo” (CSJ SC 059 1995, del 15 de junio

de 1995, rad. 4398, reiterada en SC5235-2018 de 4 de diciembre de 2018, M.P., Margarita Cabello Blanco).

El Tribunal se apoyará principalmente en los avalúos catastrales del año 2018 (\$12'898.000, garaje y \$88'013.000, apartamento, hojas 111 y 112 del archivo que contiene el cuaderno principal), como ya lo ha hecho Sala en eventos de similares contornos fácticos (*v.gr.*, exp. 2007-00753 01, sentencia del 6 de diciembre de 2017).

Con dicha orientación, se asume, en esta oportunidad, que el canon de arrendamiento para el año 2018 alcanzaba la cifra mensual de \$1'009.110 (1% de los avalúos catastrales a los que recién se hizo alusión).

Por cuanto la cifra así deducida corresponde al valor del canon mensual de arrendamiento correspondiente al año 2018, la Sala obtendrá el valor de la renta para los años 2015, 2016 y 2017, restando al monto del canon calculado para el año 2018 (\$1'009.110), la variación porcentual del IPC de los años anteriores.

Cánones 2018:

$$\$1'009.110 * 12 = 12.109.320$$

Subtotal año 2018: \$12.109.320

Cánones 2017:

$$\$1'009.110 (4,09\%^2) / 100 = \$41.272$$

$$\$1'009.110 - \$41.272 = \$967.838$$

$$\$967.838 * 12 = \$11'614.056$$

Subtotal año 2017: \$11'614.056

Cánones 2016:

$$\$967.838 (5,75\%^3) / 100 = \$55.650$$

$$\$967.838 - \$55.650 = \$912.188$$

$$\$912.188 * 12 = \$10'946.256$$

Subtotal año 2016: \$10'946.256

Cánones 2015:

$$\$912.188 (6,77\%^4) / 100 = \$61.755$$

² Variación del IPC que aplicó para los aumentos de los cánones de arrendamiento del año 2018

³ Variación del IPC que aplicó para los aumentos de los cánones de arrendamiento del año 2017

⁴ Variación del IPC que aplicó para los aumentos de los cánones de arrendamiento del año 2016

$\$912.188 - \$61.755 = \$850.433$
 $\$850.433 * 10.6$ (10 meses y 19 días) = $\$9.014.589$
Subtotal año 2015: $\$9.014.589$

Cánones 2019:

$\$1'009.110$ (3,1%⁵) / 100 = $\$31.282$
 $\$1'009.110 + \$31.282 = \$1.040.392$
 $\$1.040.392 * 12 = \$12'484.708$
Subtotal año 2019: $\$12'484.708$

Cánones 2020:

$\$1.040.392$ (3.8%⁶) / 100 = $\$39.534$
 $\$1.040.392 + \$39.534 = \$1'079.926$
 $\$1'079.926 * 12 = \$12'959.122$
Subtotal año 2020: $\$12'959.122$

Cánones 2021:

$\$1'079.926$ (1,61%⁷) / 100 = $\$17.386$
 $\$1'079.926 + \$17.386 = \$1'097.312$
 $\$1'097.312 * 11$ (los meses que se han causado) = $\$12'070.432$
Subtotal año 2021: $\$12'070.432$

Hechos los cálculos de rigor, los frutos que ha de pagar la parte opositora al demandante, ascienden a **$\$81'198.483,00$** ⁸.

La misma metodología se aplicará, de ser el caso, para los meses subsiguientes al proferimiento de esta providencia, hasta que se restituya el inmueble.

5. El Tribunal no tendrá en cuenta el juramento estimatorio que allegó la actora, en el cual se sugirió un monto total de $\$24'000.000$

⁵ Variación del IPC que aplicó para los aumentos de los cánones de arrendamiento del año 2019

⁶ Variación del IPC que aplicó para los aumentos de los cánones de arrendamiento del año 2020

⁷ Variación del IPC que aplicó para los aumentos de los cánones de arrendamiento del año 2021

⁸

2015	\$ 9.014.589,00
2016	\$ 10.946.256,00
2017	\$ 11.614.056,00
2018	\$ 12.109.320,00
2019	\$ 12.484.708,00
2020	\$ 12.959.122,00
2021	\$ 12'070.432,00
TOTAL	\$ 81'198.483,00

“equivalente a cánones de arrendamiento por el tiempo que han utilizado los inmuebles desde el 11 de febrero de 2015”.

Y es que, brilla por su ausencia la estimación razonada que exige el artículo 206 del C.G.P. Véase que, sin expresar mayor razón, la demandante partió de un canon de arrendamiento de \$900.000, sin aplicar siquiera alguna variante, pese al paso de varios años.

6. Ahora, como quiera que el demandante ha de restituir la suma de \$33'879.752 (\$32'771.557, parte del precio que recibió, así como \$1'108.195 por concepto de impuestos prediales) y los opositores adeudan al actor la suma de \$81'198.483,00, por frutos civiles, se harán las compensaciones de rigor, lo cual arroja un saldo de \$47'318.731 a cargo de los demandados.

Sobre el particular, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (en una oportunidad en la que no casó una sentencia en la que se dispuso, de oficio, la compensación) resaltó que **“la compensación entre los créditos a cargo y a favor de las partes, surgidos con ocasión de lo decidido en la sentencia de segunda instancia, habría de operar como mecanismo extintivo de las obligaciones mutuas, desde el momento en que las deudas cumplieran las anotadas exigencias legales”** (sentencia SC3966-2019 de 25 de septiembre de 2019, M.P. Álvaro Fernando García Restrepo).

Así las cosas, y dado que la deuda a cargo de los demandados es superior a la que pesa sobre su contraparte, aquellos asumirán el pago de \$47'318.731.

RECAPITULACIÓN

En resumidas cuentas, se revocará el fallo apelado. En su lugar, se declarará la nulidad absoluta del contrato de promesa de compraventa materia de este litigio y se dispondrán las restituciones mutuas, según recién se consignó.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia

y por autoridad de la ley, REVOCA el fallo que el 22 de julio de 2021 profirió el Juzgado 33 Civil del Circuito de Bogotá, en el proceso verbal promovido por Carlos Rincón contra Javier Francisco Toro Cuitiva y Ruth Alexandra Espitia García.

En su lugar, se declara la nulidad absoluta del contrato de promesa de compraventa que celebraron el 11 de febrero de 2015 Carlos Rincón (promitente vendedor) contra Javier Francisco Toro Cuitiva y Ruth Alexandra Espitia García (promitente comprador). En consecuencia, se dispone:

Primero. Ordenar a los señores Javier Francisco Toro Cuitiva y Ruth Alexandra Espitia García restituir al demandante los inmuebles con matrícula No. 50N-20352044 (apartamento) y 50N-20351846 (garaje), dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de este proveído. En la misma oportunidad, los demandados restituirán al demandante, como frutos civiles, la suma de **\$47'318.731** (que incluye el canon del mes de noviembre de 2021), que se actualizará hasta la fecha en que se realice su pago, en la forma indicada en la consideración 4.2. El demandante no tendrá que asumir ningún pago, dada la compensación a la que se aludió en la consideración 6ª.

Segundo. Sin costas en ninguna de las instancias, puesto que la nulidad absoluta que aquí se declara fue dispuesta en forma oficiosa por el Tribunal.

Remítase el expediente a la oficina de origen.

Notifíquese y cúmplase

Los Magistrados,

ÓSCAR FERNANDO YAYA PEÑA

MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA

JESÚS EMILIO MÚNERA VILLEGAS

Firmado Por:

Oscar Fernando Yaya Peña
Magistrado
Sala 011 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Manuel Alfonso Zamudio Mora
Magistrado
Sala 005 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Jesus Emilio Munera Villegas
Magistrado
Sala Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación:

**0e47cde5c64589a805d52671a63aa3c6564c9ff3855397d13ee123febd4
b63d8**

Documento generado en 12/11/2021 09:25:11 AM

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

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

Bogotá, D.C., doce de noviembre de dos mil veintiuno.

Radicado: 11001 31 03 035 2010 00018 04

Proceso: Ordinario, Servimos de Medellín Ltda. Vs. Pedro Domecq Colombia S.A. -hoy PDV Vinos y Licores Ltda.

Como en sentencia STL14274-2021 de 20 de octubre de 2021 la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia revocó el fallo que la Sala de Casación Civil había proferido el 5 de agosto de 2021 (en el cual se concedió el amparo reclamado y se impartieron órdenes a este Despacho)¹, téngase en cuenta que el artículo 7° del Decreto 306 de 1992 establece que: *“Cuando el juez que conozca de la impugnación o la Corte Constitucional al decidir una revisión, revoque el fallo de tutela que haya ordenado realizar una conducta, quedarán sin efecto dicha providencia y la actuación que haya realizado la autoridad administrativa en cumplimiento del fallo respectivo”*.

Así las cosas, al quedar sin efecto las decisiones y actuaciones surtidas en virtud de lo otrora ordenado por la Sala de Casación Civil, es claro que la deserción declarada inicialmente conserva plena validez, y por tanto, la Secretaría proceda a devolver el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

El Magistrado,

GERMÁN VALENZUELA VALBUENA

11001 31 03 035 2010 00018 04

Firmado Por:

German Valenzuela Valbuena
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 019 Civil Familia
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: 995485abc45a2914683c868f2fad7097b3a999d8504c906b57ae0a1bba25e11e
Documento generado en 12/11/2021 02:08:08 PM

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

¹ Dentro de la acción de tutela con radicado 11001 02 03 000 2021 02489 02.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

MAGISTRADO PONENTE: JESÚS EMILIO MÚNERA VILLEGAS

Bogotá D.C., doce (12) de noviembre de dos mil veintiuno

RAD. 110013103 036 2019 00076 01

El apoderado judicial de la Sociedad Dyval S.A., en su calidad de ejecutante, solicitó la terminación del proceso, el levantamiento de las medidas cautelares, la devolución de las cauciones judiciales y el archivo del expediente. Lo anterior, al informar que el 26 de octubre de 2021, entre las partes, se llegó a un acuerdo conciliatorio ante el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Medellín.

Al respecto, se accede a las peticiones elevadas por el extremo activo.

LA DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: Se decreta la terminación del proceso ejecutivo adelantado por Dyval S.A. contra Gastroinnova S.A.S.

SEGUNDO: Se ordena el levantamiento de las medidas cautelares y la devolución de las cauciones judiciales obrantes en el expediente. Librense los oficios correspondientes.

TERCERO: Se ordena el desglose del documento que sirvió de base para la ejecución, para ser entregado a la ejecutada.

CUARTO: Sin condena en costas.

QUINTO: En la oportunidad correspondiente, devuélvanse las diligencias al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE

JESÚS EMILIO MÚNERA VILLEGAS

Magistrado

Firmado Por:

Jesus Emilio Munera Villegas
Magistrado
Sala Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **2dd4ef76d2fd01e2acb2ef673804bffe7f5008a25025647c265911cee86d8e5b**
Documento generado en 12/11/2021 03:11:53 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Bogotá, D.C., doce de noviembre de dos mil veintiuno.

Proceso: Ejecutivo singular
Demandante: Hospital Pablo Tobón Uribe
Demandada: Medimas EPS S.A.S.
Radicación: 110013103041201900827 01
[11001310304120190082700](#)
Procedencia: Juzgado 41 Civil del Circuito de Bogotá
Asunto: Apelación auto.
AI-109/21

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra el auto¹ del 13 de enero de 2020, por el cual se decretó una medida cautelar.

Antecedentes

1. El Hospital Pablo Tobón Uribe, por intermedio de apoderado judicial, instauró demanda ejecutiva² contra MEDIMAS E.P.S. S.A.S., en la que se solicitó mandamiento de pago por \$1.199'124.772,00, por concepto de 267 facturas allegadas como títulos valores de venta de servicios de salud..

2. Igualmente, la parte actora solicitó³ “*el embargo y secuestro de los dineros*” que la parte demandada posea en los Bancos de Occidente, Bogotá, Bancolombia, Av Villas, BBVA, Caja Social BCSC, Citibank Colombia, Colpatria, Davivienda, GNB Sudameris, Popular, Itaú y en las diferentes sedes y sucursales del país.

¹ Archivo: 01MedidaCautelar.pdf de la carpeta digital: 02CuadernoCautelares

² Archivo: 02EscritoDemanda.pdf de la carpeta digital: 01CuadernoPrincipal

³ Folios digitales 01 al 14 del Archivo: 01MedidaCautelar.pdf del cuaderno digital: 02CuadernoCautelares

3. Mediante auto⁴ del 13 de enero de 2020, el *a quo* decretó el embargo y retención de los dineros que (i) la ejecutada posea en las cuentas bancarias de las entidades conforme a la solicitud radicada; (ii) a título de compensaciones, gastos de administración, utilidades o cualquier otro concepto debe entregar o girar el ADRES a la demandada; (iii) a título de fiducia o cualquier otro tipo de operación civil o mercantil por concepto de gastos de administración y utilidades deba girar a Medimas el ADRES. Advirtiéndose que los destinatarios deberán *“abstenerse de acatar la medida si se trata de bienes o recursos incorporados en el presupuesto general de la Nación, cuentas del sistema general de participación, regalías y recursos de la seguridad social”*.

En auto de la misma fecha libró orden de pago en contra de MEDIMAS EPS S.A.S., por el importe anteriormente descrito.

4. Notificada la demandada propició los recursos ordinarios contra el proveído que decretó las cautelas, aduciendo que *«Así las cosas, las cuentas definidas como cuentas maestras del SGSSS y que fueron aperturadas por Medimás EPS por delegación del ADRES y, las cuales son identificadas en la certificación de inembargabilidad de acuerdo a la comunicación ya referenciada, deja en claro que esas cuentas maestras poseen la característica de inembargabilidad, en tal sentido existe la imposibilidad que se pueda disponer mediante alguna medida cautelar de los recursos del SGSSS depositados en esas cuentas, máxime que NO son recursos propios de Medimás EPS y si pertenecen al SGSS los cuales tienen una destinación específica.»*⁵

Por lo que pidió: *“Reponer el Auto del 13 de enero de 2020 mediante el cual fue decretada la medida de embargo, en el caso de que estas, estén dirigidas a recursos del SGSSS, (dinero que reposan en el Banco Bogotá) al tratarse de recursos inembargables conforme con el artículo 594 del CGP, ya que en las cuentas bancarias, se encuentran las denominadas cuentas maestras de recaudo y de pagos, que fueron aperturadas por delegación del ADRES.”*

5. La parte demandante describió el traslado⁶ indicando que el principio de inembargabilidad tiene excepciones al considerar que: *«los títulos ejecutivos base de esta ejecución tienen su origen precisamente en la prestación del servicio público de salud en atención de urgencias a los afiliados de la EPS ejecutada, servicios que deben atenderse con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud que el Estado gira a la EPS, fundamentalmente a través de la Unidad de Pago por Capitación, destinados legal y constitucionalmente a la cobertura de los servicios de salud ejecutados.»*

⁴ Folios digitales 15 y 16, Ibidem.

⁵ Archivo: O2Recurso.pdf, Opt. Cit.

⁶ Archivo: O5DescorreTrasladoMedidas.pdf., Ib.

6. En providencia del 26 de julio de 2021 se resolvió el recurso principal manteniendo la decisión atacada y concedió el subsidiario en el efecto devolutivo.

Consideraciones

1. En principio establece el numeral 1º del artículo 594 de la Ley 1564 de 2012 que:

“Además de los bienes inembargables señalados en la Constitución Política o en leyes especiales, no se podrán embargar:

1. Los bienes, las rentas y recursos incorporados en el presupuesto general de la Nación o de las entidades territoriales, las cuentas del sistema general de participación, regalías y recursos de la seguridad social.”

2. El Ministerio de Salud y Protección Social en Circular No. 000024 de 2016, precisó:

“La inembargabilidad de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, encuentra fundamento en la Constitución Política, la normativa legal, la jurisprudencia de las Altas Cortes y las circulares que sobre el particular han sido proferidas por los organismos de vigilancia y control, como es lo propio de la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República, así:

- La Constitución Política en su artículo 63 establece la cláusula general de inembargabilidad y particularmente, en el artículo 48 ibídem dispone: “...No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella....”

- La Ley 100 de 1993, mediante la que se creó el Sistema de Seguridad Social Integral, en su artículo 182, señala que las cotizaciones que recauden las Entidades Promotoras de Salud EPS, pertenecen al Sistema General de Seguridad Social en Salud, disposición que debe entenderse en concordancia con el artículo 48, constitucional, ya citado y cuyos recursos dada su destinación específica, ingresan a cuentas independientes a las propias de la respectiva EPS, denominadas en el Régimen Contributivo, cuentas maestras (artículo 5 del decreto 4023 de 2011).

El mismo carácter de destinación específica y consecuente inembargabilidad, ostentan los recursos de la Unidad de Pago por Capitación – UPC, que igualmente ingresan a las cuentas maestras de las EPS.

- El Decreto Extraordinario 111 de 1996 “Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el estatuto orgánico de/presupuesto”, en su artículo 19, se pronuncia sobre la inembargabilidad de las rentas incorporadas en el Presupuesto General de la Nación y en su decreto reglamentario 1101 de 2007, puntualiza que los recursos del Sistema General de Participaciones, dada su

destinación social constitucional (entre otros para salud), no pueden ser objeto de medida de tal naturaleza, previendo a los funcionarios judiciales de abstenerse de decretar órdenes de embargo sobre los mismos.

- La Ley 715 de 2001, contentiva de normas orgánicas en materia de competencias y recursos, entre otros, para salud, en su artículo 91 estatuye que por su destinación social constitucional, los recursos del Sistema General de Participaciones allí regulados, no pueden ser objeto de embargo, titularización u otra clase de disposición financiera, previsión que fue reiterada por el artículo 21 del Decreto Ley 28 de 2008.

-La Ley 1751 de 2015, estatutaria en materia de salud, en su artículo 25, reitera el carácter de inembargabilidad de los recursos públicos que financian la salud, disponiendo además que estos tienen destinación específica y que no pueden ser dirigidos a fines diferentes de los previstos constitucional y legalmente.”

3. De igual forma el artículo 25 de la ley Estatutaria 1751 de 2015 establece:

“Los recursos públicos que financian la salud son inembargables, tienen destinación específica y no podrán ser dirigidos a fines diferentes a los previstos constitucional y legalmente.”

4. Conforme con los supuestos anteriores en la Sentencia C-1154 de 2008, la Corte Constitucional estudio la constitucionalidad del artículo 21 del Decreto Ley 828 de 2008, a cuyo tenor se prevé la inembargabilidad de los recursos del Sistema General de Participaciones, concluyendo:

“(…) que la inembargabilidad no opera como una regla, sino como un principio y por ende no debe tener carácter absoluto. Observó la Sala: “(…) no pueden perderse de vista otros valores, principios y derechos constitucionales como la dignidad humana, el principio de seguridad jurídica, el derecho a la propiedad, el acceso a la justicia y el derecho al trabajo, entre otros. Es por ello que (la norma cuestionada) acepta la imposición de medidas cautelares, para lo cual advierte que las mismas se harán efectivas sobre ingresos corrientes de libre destinación de las entidades territoriales (…)”.

*“(…) podrán imponerse medidas cautelares sobre los ingresos corrientes de libre destinación de la respectiva entidad territorial, y, si esos recursos no son suficientes para asegurar el pago de las citadas obligaciones, deberá acudir a los recursos de destinación específica (…)”.*⁸

Advirtió el máximo tribunal constitucional que al no tener un carácter absoluto admite excepciones, a saber:

⁷ Ministerio de Salud, Circular 000024 de 2016.

⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-1154/08, M.P. Clara Inés Vargas Hernández

“el Legislador ha adoptado como regla general la inembargabilidad de los recursos públicos consagrados en el Presupuesto General de la Nación. Pero ante la necesidad de armonizar esa cláusula con los demás principios y derechos reconocidos en la Constitución, la jurisprudencia ha fijado algunas reglas de excepción, pues no puede perderse de vista que el postulado de la prevalencia del interés general también comprende el deber de proteger y asegurar la efectividad de los derechos fundamentales de cada persona individualmente considerada.

4.3.1.- La primera excepción tiene que ver con la necesidad de satisfacer créditos u obligaciones de origen laboral con miras a efectivizar el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas.

(...)

4.3.2.- La segunda regla de excepción tiene que ver con el pago de sentencias judiciales para garantizar la seguridad jurídica y el respeto de los derechos reconocidos en dichas providencias. Así fue declarado desde la Sentencia C-354 de 1997, donde la Corte declaró la constitucionalidad condicionada del artículo 19 del Decreto 111 de 1996 (inembargabilidad del Presupuesto General de la Nación), “bajo el entendido de que los créditos a cargo del Estado, bien sean que consten en sentencias o en otros títulos legalmente válidos, deben ser pagados mediante el procedimiento que indica la norma acusada y que transcurridos 18 meses después de que ellos sean exigibles, es posible adelantar ejecución, con embargo de recursos del presupuesto - en primer lugar los destinados al pago de sentencias o conciliaciones, cuando se trate de esta clase de títulos- y sobre los bienes de las entidades u órganos respectivos”

(...)

4.3.3.- Finalmente, la tercera excepción a la cláusula de inembargabilidad del Presupuesto General de la Nación, se origina en los títulos emanados del Estado que reconocen una obligación clara, expresa y exigible.

(...)

4.4.- Las reglas de excepción anteriormente descritas lejos de ser excluyentes son complementarias, pero mantiene plena vigencia la regla general de la inembargabilidad de recursos del Presupuesto General de la Nación. Además, en el caso de la ejecución de sentencias y títulos ejecutivos emanados de la administración, la posibilidad de embargo exige que se haya agotado, sin éxito, el plazo previsto en el Código Contencioso Administrativo para el cumplimiento de las obligaciones del Estado.”

5. En sede constitucional, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil⁹, sobre el tópico memoró:

“5.2.3.- En tercer lugar, que existen «excepciones al principio de inembargabilidad» de los dineros destinados a la prestación del servicio público de salud (son recursos públicos y del Sistema

⁹ STC7397-2018 de 7 de junio de 2018. MP. Margarita Cabello Blanco. Radicación n.º 11001-02-03-000-2018-00908-00

General en Seguridad Social Salud); a manera de ilustración y respecto a ello, pueden consultarse las sentencias de la Corte Constitucional C-546 de 1992; C-13, C-017, C-337 y C-555 de 1993; C-103 de 1994; C-354 y C-402 de 1997; C-793 de 2002; C-566 de 2003; C-1154 de 2008; C-539 de 2010 y C-313 de 2014, entre otras.

Una de dichas excepciones es la concerniente con «la viabilidad de disponer la retención de esos valores cuando el recaudo ejecutivo “(...) tiene como fuente alguna de las actividades a la cual están destinados los recursos del SGP (...)” [Corte Constitucional. Sentencia C-566 de 2003]» (CSJ STC16197-2016, 9 nov. 2016, rad. 2016-03184-00).

Relativamente a ello, esta Corporación tuvo ocasión de expresar, en CSJ AP4267-2015, 29 jul. 2015, rad. 44031, que:

Si bien es cierto en la providencia C-539 de 2010 la Corte Constitucional indicó haber condicionado en la sentencia C-1154 de 2008 la exequibilidad del artículo 21 del Decreto 028 de 2008 sólo al pago de las obligaciones laborales reconocidas mediante sentencia, también en la misma dispuso “estarse a lo resuelto en la sentencia C-1154 de 2008”, de cuyo contenido no se advierte que se hubiesen retirado las excepciones al principio de inembargabilidad señaladas en las sentencias C-732 de 2002 y C-566 de 2003; todo lo contrario, veamos:

Destacó la Corte Constitucional en la sentencia C-1154 de 2008, que la jurisprudencia para entonces había dejado claro que el principio de inembargabilidad no era absoluto, sino debía conciliarse con los demás valores, principios y derechos reconocidos en la Carta Política.

Explicó que “la facultad del Legislador también debe ejercerse dentro de los límites trazados desde la propia Constitución, como el reconocimiento de la dignidad humana, el principio de efectividad de los derechos, el principio de seguridad jurídica, el derecho a la propiedad, el acceso a la justicia, y la necesidad de asegurar la vigencia de un orden justo, entre otros”.

Que si bien la “regla general” adoptada por el legislador era la “inembargabilidad” de los recursos públicos del Presupuesto General de la Nación, recordó que la jurisprudencia fijó algunas excepciones para cumplir con el deber estatal de proteger y asegurar la efectividad de los derechos fundamentales de cada persona individualmente considerada.

La primera de estas excepciones tenía que ver con la necesidad de satisfacer créditos u obligaciones de origen laboral con miras a efectivizar el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas¹⁰; la segunda, hacía relación a la importancia del oportuno pago de sentencias judiciales para garantizar la seguridad jurídica y el respeto de los derechos reconocidos en dichas providencias¹¹; y la tercera

¹⁰ La providencia recordó que esta excepción había sido establecida mediante la Sentencia C-546 de 1992, criterio luego reiterado en las sentencias C-013 de 1993, C-017 de 1993, C-337 de 1993, C-103 de 1994, C-263 de 1994, T-025 de 1995, T-262 de 1997, C-354 de 1997, C-402 de 1997, T-531 de 1999, T-539 de 2002, C-793 de 2002, C-566 de 2003, C-1064 de 2003 y T-1195 de 2004.

¹¹ Recordó que así había sido establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C-354 de 1997, donde declaró la constitucionalidad condicionada del artículo 19 del Decreto 111 de 1996 (inembargabilidad del Presupuesto General de la Nación), “bajo el entendido de que los créditos a cargo del Estado, bien sea que consten en sentencias o en otros títulos legalmente válidos, deben ser pagados mediante el procedimiento que indica la norma acusada y que transcurridos 18 meses después de que ellos sean exigibles, es posible adelantar ejecución, con embargo de recursos del presupuesto -en primer lugar los

excepción se daba en el caso en que existieran títulos emanados del Estado que reconocieran una obligación clara, expresa y exigible^{1,2}.

Siguiendo esta línea argumentativa, consideró “que el principio de inembargabilidad de recursos del SGP tampoco es absoluto, pues debe conciliarse con los demás derechos y principios reconocidos en la Constitución”; premisa a partir de la cual indicó que, “las reglas de excepción al principio de inembargabilidad del presupuesto eran aplicables respecto de los recursos del SGP, siempre y cuando las obligaciones reclamadas tuvieran como fuente alguna de las actividades a las cuales estaban destinados los recursos del SGP (educación, salud, agua potable y saneamiento básico)”.

5.2. De otra parte, ciertamente la sentencia C-1154 de 2008, como lo indicó el apelante, señaló que el Acto Legislativo 4 de 2007 da cuenta de “una mayor preocupación del constituyente por asegurar el destino social y la inversión efectiva de esos recursos”, lo cual supone fortalecer el “principio de inembargabilidad” de los recursos del SGP.

Sin embargo, aquella premisa también propende por la conservación de alguna de sus excepciones, cual es “cuando las obligaciones reclamadas tuvieran como fuente alguna de las actividades a las cuales estaban destinados los recursos del SGP (educación, salud, agua potable y saneamiento básico)”; pues en esta hipótesis con la medida cautelar se garantiza el pago efectivo del servicio para el cual fueron dispuestos los recursos.

Por consiguiente, resulta razonable que los dineros de COOSALUD EPS-S -grados del SGP, puedan ser embargados cuando la medida cautelar pretende garantizar el pago de obligaciones contenidas en títulos ejecutivos emitidos, precisamente, en razón de los servicios de idéntica naturaleza, prestados a los afiliados del sistema de seguridad social vinculados a la EPS-S, máxime que el artículo 21 del Decreto 28 de 2008, hace referencia a la inembargabilidad de los recursos del sistema general de participaciones que aún hacen parte del presupuesto de las entidades públicas, no cuando ya han sido entregados a las EPS. Obsérvese lo señalado en el texto normativo: Artículo 21. Inembargabilidad. Los recursos del Sistema General de Participaciones son inembargables. Para evitar situaciones derivadas de decisiones judiciales que afecten la continuidad, cobertura, y calidad de los servicios financiados con cargo a estos recursos, las medidas cautelares que adopten las autoridades judiciales relacionadas con obligaciones laborales, se harán efectivas sobre ingresos corrientes de libre destinación de la respectiva entidad territorial. Para cumplir con la decisión judicial, la entidad territorial presupuestará el monto del recurso a comprometer y cancelará el respectivo crédito judicial en el transcurso de la vigencia o vigencias fiscales subsiguientes.

Lo contrario es decir, entender que el “principio de inembargabilidad” cobija los recursos de salud ya girados por el Estado a las EPS-S, para los casos de cobro mediante procesos ejecutivos contra estas entidades por servicios de la misma

destinados al pago de sentencias o conciliaciones, cuando se trate de esta clase de títulos- y sobre los bienes de las entidades u órganos respectivos”. Señaló también la providencia que se viene reseñando, que esta postura jurisprudencial también fue reiterada en las sentencias C-402 de 1997, T-531 de 1999, T-539 de 2002, C-793 de 2002 y C-192 de 2005, entre otras.

¹² Indicó que esta excepción había sido establecida jurisprudencialmente en la Sentencia C-103 de 1994, donde la Corte declaró la constitucionalidad condicionada de varias normas del Código de Procedimiento Civil relativas a la ejecución contra entidades de derecho público y la inembargabilidad del Presupuesto General de la Nación. Agregó que esta posición jurisprudencial había sido precisada en la Sentencia C-354 de 1997, en donde se había explicado que la excepción a la inembargabilidad, en caso de existir títulos ejecutivos emanados del Estado, se explicaba “en atención a criterios de igualdad frente a las obligaciones emanadas de un fallo judicial”.

naturaleza- no se observa razonable, porque si el principio de inembargabilidad de los recursos del SGP, como lo tiene reconocido la Corte Constitucional, es asegurar el destino social y la inversión efectiva de los mismos, sería desproporcionado por carencia de idoneidad, que frente al incumplimiento de las empresas promotoras en el pago de sus obligaciones contraídas con los prestadores del servicio de salud, resulten amparadas por el mencionado principio, pues implicaría favorecer la ineficacia y el colapso del sistema de seguridad social del cual hacen parte las IPS (artículo 155 de la Ley 100 de 1993), toda vez que se auspiciaría el no pago de los servicios sanitarios, con lo cual no llegarían los dineros de la salud a donde fueron destinados por el Estado, al menos no oportunamente, en detrimento de las IPS- públicas, mixtas o privadas, cuya viabilidad financiera depende precisamente de que los pagos por los servicios que prestan les sean diligentemente sufragados (destacado original).”

Criterio ratificado recientemente por la Corte Suprema de Justicia en decisión en la cual hizo remembranza de la línea jurisprudencial y concluyó:

«En suma, la inembargabilidad alegada por las impugnantes no es absoluta y, por el contrario, de conformidad con lo previsto por la Corte Constitucional, una de las excepciones permite el embargo de los recursos del Sistema General de Participaciones, siempre y cuando las obligaciones reclamadas tengan origen en alguna de las actividades a las cuales estaban destinados dichos recursos, es decir, educación, **salud, agua potable y saneamiento básico.»¹³**

6. En el *sub lite*, no puede pregonarse de manera genérica y abstracta el principio de inembargabilidad, como quiera que los derechos reclamados por el Hospital demandante precisamente corresponden a servicios relacionados con la prestación de servicios médicos y de salud según se indica en las facturas y las misivas de su remisión, tales como «servicios médicos de hospitalización, medicamentos, hematología, unidad de cardiología, (...) microbiología, pediatría, procedimientos y exámenes especiales, medicamentos, hetatologia, servicio médico cirujano, (...)»¹⁴, por atención de urgencia brindada a diversas personas afiliados de la demandada.

Por otro lado, ha de destacarse la advertencia realizada por la juzgadora de primer grado en cuanto a que quienes han de acatar la medida cautelar deberán abstenerse de consumirla “si se trata de bienes o recursos incorporados en el presupuesto general de la Nación, cuentas del sistema general de participación, regalías y recursos de la seguridad social.”, pues son los destinatarios quienes pueden constatar la naturaleza de los recursos, de hecho el ADRES respondió que por ser inembargables no procedía al registro de la cautela.

¹³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil.. Sentencia STC8439-2021 de 08 de julio de 2021. Radicación n° 68001-22-13-000-2021-00253-01. M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque.

¹⁴ Folios digitales 30 al 869 del archivo: 01PoderAnexos.pdf, del cuaderno digital: 01CuadernoPrincipal.

En ello concuerda el apelante cuando anota que: « (...) si las medidas cautelares aquí decretadas, están dirigidas a recursos que no son del Sistema General de Seguridad Social en Salud, Medimás EPS S.A.S. no se opone a las mismas y desiste del recurso presentado, empero, si estas cautelares fueron decretadas sobre recursos del SGSSS, es decir, sobre las cuentas maestras del Banco Bogotá, Medimás EPS S.A.S, le solicita a la Señora Juez, se le dé el trámite de ley al recurso presentado. »

Es verdad que según la certificación n°. CAS-73757-B3HOQ4 de fecha 23 de diciembre de 2019, suscrita por Marcela Brun Vergara, Directora de Gestión de los Recursos Financieros de Salud de la Administradora de los Recursos del Sistema General de de Seguridad Social en Salud, obrante en el cuaderno digital de cautelares a folios 69 a 70, se relacionaran diversas cuentas de medimas en el Banco de Bogotá como Maestras para el recaudo de “régimen contributivo”, “SGP régimen contributivo”, “Pagos régimen contributivo”, “régimen de movilidad”, “SGP régimen de movilidad”, “único de recaudo movilidad” de las que dijo eran inembargables, pero señalando que: «Los recursos del Sistema General de Participaciones depositados en dichas cuentas maestras dentro de los cuales se encuentran los destinados a financiar el Régimen Subsidiado de Salud, no pueden ser objeto de embargo (...)» evocando concepto de la Procuraduría según el cual “las cotizaciones son recursos públicos que pertenecen al Sistema General de Seguridad Social en Salud, sin que puedan ser destinados a fines diferentes a los previstos constitucional y legalmente,”.

La certificación ratifica que los recursos depositados en dichas cuentas bancarias tienen como destinación específica la financiación de servicios de salud, siendo entonces procedente el embargo excepcional de dichas cuentas como lo ha explicado la jurisprudencia, en la medida que se busca garantizar el pago de servicios médicos y de la salud de los colombianos. En otras palabras, no se está cambiando la destinación de los recursos, y por ello procede la cautela.

7. Por lo anterior se concluye que la medida cautelar de embargo resulta procedente, por lo que se confirmará el auto impugnado y en consecuencia se condenará en costas a la parte demandada recurrente por haberse resuelto desfavorablemente la alzada (Artículo 365 numeral 1° de la Ley 1564 de 2012).

Decisión

Corolario de lo consignado en precedencia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Civil **RESUELVE:**

1. **CONFIRMAR** el auto del 13 de enero de 2020, emitido por el Juzgado 41 Civil del Circuito de Bogotá

2. **CONDENAR** a la demandada y apelante al pago de las costas causadas en esta instancia. Inclúyase en la liquidación concentrada de costas la suma de \$1'000.000,00 por agencias en derecho.

Notifíquese,

RUTH ELENA GALVIS VERGARA
Magistrada

Firmado Por:

Ruth Elena Galvis Vergara
Magistrada
Sala Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **b0cc31074f8cc1a4673ea7073fe92029c7f6aff5dcc422b42b77f33f6034a8e9**

Documento generado en 12/11/2021 10:04:40 AM

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

**República de Colombia
Rama Judicial**



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

Bogotá D.C., doce (12) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

MAGISTRADO PONENTE : **JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO**
RADICACIÓN : **11001-31-03-042-2016-00115-01**
PROCESO : **VERBAL**
DEMANDANTE : **FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE
DESARROLLO**
DEMANDADO : **NORTE INGENIEROS LTDA Y OTROS**
ASUNTO : **IMPUGNACIÓN SENTENCIA**

De conformidad con el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por Fonade y la demandada Norte Ingenieros Ltda., frente a la sentencia proferida el 31 de mayo del año en curso, por el Juzgado Cuarenta y Dos Civil Circuito de Bogotá, en el asunto del epígrafe.

I. ANTECEDENTES

1. La entidad demandante, en el libelo incoativo, solicitó declarar que "(...) FONADE cumplió la totalidad de las obligaciones impuestas a su cargo en el contrato de obra N° 2130332 (...) [.]. Que los miembros del Consorcio Soberanía (**GRUPO GEA 21 S.L. NORTE INGENIEROS LTDA, e INGENIERÍA Y MANTENIMIENTO S.A.S.**) incumplieron las obligaciones impuestas a su cargo en el contrato de obra N° 2130332 (...) [.]. Que se establezca que efectivamente SEGUROS DEL ESTADO S.A. emitió la póliza de seguro de cumplimiento N° 62-45-101000619 para garantizar las obligaciones a cargo de los miembros del Consorcio Soberanía (...) en virtud del contrato de obra [citado]. (...) Que se declare que se cumplen las condiciones necesarias para hacer efectivos los amparos de Cumplimiento y Buen Manejo del Anticipo de la póliza seguro de cumplimiento N° 62-45-101000619, puesto que el beneficiario (...) FONADE cumplió la totalidad de las obligaciones impuestas a su

cargo en el contrato de obra (...) mientras que el asegurado CONSORCIO LA SOBERANÍA (...) no cumplió correctamente con las obligaciones a su cargo.

En consecuencia, solicitó condenar a la aseguradora, "(...) con cargo al amparo de cumplimiento y al amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo de la póliza de cumplimiento particular N° 62-45-101000619 expedida por SEGUROS DEL ESTADO S.A., cuyo beneficiario es (...) FONADE, y los convocados miembros del Consorcio Soberanía (...) al reconocimiento y pago a favor de (...) FONADE por concepto de indemnización de perjuicios (...); i) "(...) la suma de (...) \$330'369.505,00 (...) por concepto de anticipo no amortizado"; ii) "(...) \$131'213.445,00 por concepto de mayor costo en que tuvo que incurrir FONADE para poder finalizar las obras abandonadas por el Consorcio Soberanía teniendo que contratar a la firma CONSTRUCTEC S.A.S."; iii) "\$184'144.226,45 que fue el costo en el que se [incurrió] para realizar el proceso de contratación y liquidación de la oferta pública que derivó en el contrato suscrito por CONSTRUCTEC S.A.S.", montos que, en su totalidad, ascienden a la suma de \$653'660.453,00.

En subsidio de la primera pretensión, señaló que, "(...) en caso de establecerse que SEGUROS DEL ESTADO S.A. no deberá pagar las sumas referidas anteriormente, solicito se condene a los convocados miembros del Consorcio Soberanía (...) al reconocimiento y pago a favor de FONADE (...)", las enunciadas cantidades dinerarias. Igualmente, que, si la condena supera el monto afianzado, el excedente sea cubierto por las enjuiciadas. Además, pidió "[q]ue los montos indicados en la pretensión condenatoria (...) primera subsidiaria se reajusten en el monto máximo permitido por la ley desde la fecha en la que se tuvo conocimiento del siniestro y hasta (...) que el pago se verifique, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 1080 del Código de Comercio. (...) [y se imponga a la pasiva el] pago de los intereses a que legalmente haya lugar sobre la suma de \$653'660.453,00, [y] hasta que se verifique su pago."

*Como sustento fáctico de las aspiraciones elevadas, se puso de presente que FONADE y el Consorcio Soberanía, el 7 de febrero de 2013, suscribieron el contrato de obra N° 21303332, cuyo objeto fue la construcción de un puente sobre La Quebrada Seca, en la carretera de la Soberanía, entre el Km5+100 y el Km 5+160, en el municipio de Pamplona, departamento de Norte de Santander, "(...) dentro del marco del Convenio Interadministrativo 200925, celebrado entre el **FONADE**, (...) **INVIAS**, El Ministerio de Transporte, El Ministerio de Defensa Nacional–Ejército Nacional, de*

acuerdo a las reglas de participación y los estudios previos que rigieron el proceso OPC 177-2012 por un valor estimado de \$2.416'871.320,00, incluido el valor de AIU e IVA sobre la utilidad y demás impuestos y tributos a que hubiere lugar y un plazo de ejecución de seis meses contados a partir de la suscripción del acta de inicio, previo cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y legalización del contrato, hecho que tuvo lugar el 12 de marzo de 2013."

Informó que, mediante acta N° 1 del 2 de septiembre de 2013, las partes acordaron la suspensión de la obra por un plazo de 30 días, esto es, hasta el 1° de octubre de 2013. Además, adicionaron el acuerdo en la suma de \$462'549.094,00, para incluir ítems no previstos, y se prorrogó su plazo de ejecución por un lapso de 81 días o hasta el 31 de diciembre de 2013, lo que primero que ocurriera, con el fin de que se elaboraren las mayores cantidades y los nuevos agregados.

Historió que, el 10 de abril de 2013, al contratista se le hizo saber sobre la preocupación de que han transcurrido 30 días y "(...) *aún no se completa la documentación requerida para la ejecución del contrato* [ni tampoco se] (...) *ha visto el inicio de la construcción de las obras del puente Quebrada Seca* (...)". Adicionalmente, aseveró que, en dicha data, la interventoría avisó a FONADE de la carta remitida al consorcio en la que le informó que no autorizaba el cambio de diseño original del puente, que éste había propuesto, así como "(...) *el retraso del contratista para dar inicio al contrato en referencia* [junto a la no viabilidad de] *la suspensión del contrato porque se puede modificar el proceso de contratación del puente.*"

Relató que, mediante comunicado adiado del 24 de abril de 2013, la interventoría notificó a las demandadas sobre la no aprobación de los diseños alternos, insistiéndoles, de igual manera, en "(...) *las obligaciones relacionadas con el personal requerido para la ejecución del trabajo*, [pues, para], *abril 16 de 2013, no se encuentran laborando en la obra ni el ingeniero residente, ni comisión topográfica, ni trabajadora social, ni profesional en aseguramiento de calidad.*"

Narró que, el 30 del mismo mes y año, manifestó nuevamente a las intimadas su preocupación por no haber comenzado las obras, luego de 40 días de la suscripción del acta de inicio.

Contó que la interventoría enteró a FONADE de la carta dirigida al Consorcio con la que le reiteró el incumplimiento convencional, tras paralizar las obras desde el 6 de junio de 2013, que el 7 de la mentada mensualidad fueron devueltos los soportes del anticipo con múltiples observaciones, por lo que no procedía la suspensión petitionada, y que la *"(...) interventoría recomendará a FONADE la aplicación de las sanciones correspondientes por paralizar las obras durante el período descrito (...)"*, lo que también vino a recabar el 24 de octubre, al omitir satisfacer los distintos requerimientos.

Aseveró que el 13 de noviembre de 2013, la interventoría llamó la atención al contratista para que iniciara las excavaciones y el 21 siguiente le recordó que *"(...) con la falta del equipo y maquinaria requerida para el adecuado desarrollo de la obra contratada está incurriendo en atrasos injustificables, los cuales son imputables solamente al propio contratista, con lo cual se está haciendo acreedor a la imposición de sanciones que contempla el contrato para tales eventos."*

Refirió que el 25 de la misma mensualidad comunicó a los intimados que *"(...) las continuas deficiencias en la disposición del equipo, maquinaria y en el suministro de materiales requeridos para el adecuado desarrollo de la obra contratada, vienen siendo causas de atrasos injustificables, los cuales son imputables solamente al propio contratista, con lo cual se está incurriendo en nuevas causales de solicitud de imposición de (...) sanciones [...] (...) La interventoría manifiesta su preocupación debido a que desde el reinicio de labores hasta la fecha, la obra no presenta un avance significativo, no llegando a alcanzar el 1% en el tiempo de trabajo transcurrido en esta nueva etapa (...)";* situación en la que recabó los días 5 y 11 de diciembre de 2013, al conminar al consorcio para que *"(...) en un plazo máximo de 3 días, contados a partir del recibo de la presente comunicación, dé un nuevo impulso a los trabajos pendientes, iniciando por las excavaciones de los contrapesos, toda vez que como se ha venido sosteniendo por parte de la interventoría y tal como se ha evidenciado por casi dos meses en terreno, no hay justificación para el bajo avance que presentan las obras"*.

Reseñó que la subgerencia de contratación inició el trámite de exigibilidad de la cláusula penal; sin embargo, éste se cerró, *"(...) habida cuenta que la interventoría de manera extemporánea[,] con posterioridad a la*

terminación del contrato de obra previsto para el 31 de diciembre de 2013[,] radicó ante la Gerencia del convenio 200925, el concepto técnico solicitado frente a los argumentos de descargo presentados por el contratista en la audiencia convocada para debatir el presunto incumplimiento.” Aunado a que la interventoría, el 23 de diciembre de 2013, intimó a los encartados por la suspensión unilateral de la obra, especialmente, ante la falta de ejecución de actividades que se podían realizar en el eje A.

Explicó que, mediante radicado 2014-430-000531-2, fechado del 3 de enero de 2014, la interventoría le informó sobre el incumplimiento de las obligaciones contractuales del consorcio, cuyo porcentaje de la obra solo alcanzó el 12.22%, y que el 23 del mismo mes y año se notició a los encartados que el arreglo se había extinguido el 31 de diciembre de 2013, “(...) razón por la que debe cesar de inmediato cualquier actividad que eventualmente pueda estar realizando en el frente de obra y devolver el área de proyecto a la entidad contratante (...)”, y lo instó para que “(...) proceda a la liquidación del contrato (...) con corte al 31 de diciembre de 2013”; haciéndole la salvedad de que el inventario de la obra a realizar no implica el reconocimiento o aval de los trabajos efectuados con posterioridad a dicha calenda.

Expuso que los días 4 y 11 de febrero de 2011, respectivamente, la interventoría le solicitó aplicar la cláusula penal a los enjuiciados, así como el adelantamiento de la reclamación ante la aseguradora, a fin de notificarla de la ocurrencia del siniestro relacionado con la desatención contractual, en aras de lograr la afectación de la póliza N° 62-4510100619 en sus amparos de cumplimiento y buen manejo del anticipo.

2. Vinculada formalmente, la sociedad Norte Ingenieros Ltda. se opuso a las pretensiones de la reclamante, sin formular medio de enervación en concreto, frente el libelo de su contraparte.

2.1. Notificada la empresa Ingeniería y Mantenimiento S.A.S. – IMSACOL S.A.S., se opuso a las súplicas de la actora, para lo cual formuló las excepciones de mérito rotuladas “*Contrato no cumplido*”, “*Nadie puede alegar su propia culpa*”, “*Buena fe de Ingeniería y Mantenimiento S.A.S. IMSACOL S.A.S.*” y la “*genérica*”, cimentadas, esencialmente, en que su cocontratante incumplió el orquestamiento con: **i)** la mora en el pago del anticipo, **ii)** la entrega de

unos estudios técnicos e informes geológicos que no atendían la realidad del proyecto, **iii)** la falta de acondicionamiento del terreno a intervenir, y **iv)** que lo sucedido a lo largo de la ejecución de la obra tuvo como causa inicial un problema de planeación por parte de FONADE, que se agravó debido a la falta de administración y decisión al no contar con un apoyo eficiente por parte de la interventoría.

2.2. Por su parte, Seguros del Estado S. A. contestó el petitorio oponiéndose al libelo introductor, aduciendo como defensas: "*Prescripción de los contratos de seguro*", "*Culpa Exclusiva del asegurado*", "*Inexistencia de perjuicio indemnizable a la luz del contrato de seguro, con sustento en los documentos obrantes en la demanda frente al amparo de cumplimiento*", "*Inexistencia del perjuicio indemnizable a la luz del contrato de seguros contenido en la póliza No 62-45-101000619 en su amparo anticipado*"; "*Cobro de lo no debido*"; "*Límite de la responsabilidad*" y la "*genérica*".

2.3. De otro lado, el Grupo Gea 21 SL Sucursal en Colombia se pronunció de manera extemporánea sobre el libelo genitor, lo que dio lugar a que la directora del proceso, con auto del 13 de agosto de 2019, no tuviera en cuenta las exceptivas presentadas.

3. En su oportunidad, la empresa Norte Ingenieros Ltda. presentó demanda de reconvención, solicitando que "(...) se declare que el demandado en reconvención incumplió el contrato N° 2130332 con fecha el 7 de febrero de 2013 (...) cuyo objeto fue la 'CONSTRUCCIÓN DE UN PUENTE SOBRE LA QUEBRADA SECA EN LA CARRETERA DE LA SOBERANÍA (...)'. Que se declare que la entidad demandada desconoció el principio de planeación o de estructuración del proyecto al que están obligadas las entidades estatales (...) [lo que] provocó que en desarrollo del contrato (...) se presentaran situaciones atribuibles a [la pasiva] que llevaron a que el DEMANDANTE EN RECONVENCIÓN debiera sufrir enormes dificultades en su ejecución y que conllevaron a que su desarrollo se postergara en el tiempo más allá de lo pactado y que el objeto contractual no se cumpliera en su totalidad (...) [.]. Que se declare que el demandado en reconvención incumplió el contrato objeto de la presente demanda, al no pagar en su totalidad las obras ejecutadas por el DEMANDANTE EN RECONVENCIÓN". Como corolario, peticionó que se condene a la reconvenida a pagar la suma de: **i)** \$103'923.572,90, correspondientes a la factura N° 5 de 2014, junto con la actualización del dinero y los intereses de mora en los términos del Código de Comercio; **ii)** \$217'933.629,00, por

concepto de materiales adquiridos que no pudieron utilizarse en la obra contratada; **iii)** \$499'554.017.65 por la administración del contrato, equivalente al 22,841% del valor del contrato, según oferta presentada y modificada por el otro sí N° 1; **iv)** \$109'354.673,10, a título de utilidad dejada de percibir como consecuencia de la imposibilidad de terminar el objeto contractual por hechos imputables a la intimada en reconvención; **v)** \$293'204.512,04, por el "stanby de equipos, personal de la obra y administración oficina durante la parálisis de la obra", debido a la falta de planeación del conminado, lo que provocó que el demandante permaneciera en el sitio de obras asumiendo costos inútiles; **vi)** \$74'736.881,00, por las obras ejecutadas en el 2014 y que no fueron reconocidas, así como los gastos no reembolsados por la terminación abrupta del vínculo obligacional; **vii)** que se condene a pagar a la reconvenida el valor de los daños y perjuicios de todo orden, sufridos por causa de la celebración, ejecución y desarrollo del arreglo constructivo N° 2130332 de fecha 7 de febrero de 2013; **viii)** que se liquide judicialmente el contrato, se incluyan dentro de ésta todas las partidas que deben ser reconocidas en favor de la actora reconviniendo, se actualicen las relacionadas cantidades y se condene en costas a la contraparte.

En sustento de tales reclamaciones, manifestó que "[de] acuerdo con las reglas de participación de la Oferta Cerrada N° OPC-177-2012, numeral 4.10.9 'Obligaciones previas a la suscripción del acta de inicio' los documentos contractuales exigidos para tal efecto debían ser radicados en la INTERVENTORÍA cinco días después de que el DEMANDADO EN RECONVENCIÓN los requiriera. Estos documentos fueron radicados por el DEMANDANTE EN RECONVENCIÓN ante la INTERVENTORÍA el 5 de marzo de 2013 (...) a pesar de ello, tan solo fueron aprobados por esta el 18 de abril de 2013 mediante la comunicación APP- ARM-0246-13, es decir, 44 días después de radicados (...) circunstancia que incidiría en la cronología de [la] ejecución del contrato."

Afirmó que, mientras la interventoría se tomaba el tiempo para la revisión de dichos documentos y en forma concomitante a la presentación del informe sobre los problemas de diseño detectados respecto de la mala ubicación de los contrapesos, se procedió a la instalación de las vallas, traslado de equipos, personal a la obra y a la excavación para llegar al nivel de la conformación.

Contó que, analizados los estudios de suelos y demás documentos previos del contrato, mediante comunicación CCS-OPC 177 2012-17 del 26 marzo 2013, manifestó formalmente su preocupación sobre el desarrollo del proyecto y propuso una alternativa para construir el puente sin tener que derribar montañas aledañas, interrumpir el flujo vehicular ni afectar el medio ambiente, con el mismo costo y plazo pactados, planteamiento denegado sin ningún tipo de argumento técnico, el 9 de abril de 2013, es decir, 14 días después de su formulación.

Apuntó que, a pesar de que para el 9 de abril de 2013 -data en la que se desestimó el ofrecimiento del consorcio y la interventoría había pedido a FONADE la imposición de multas y sanciones por la tardanza en el inicio de los trabajos-, solicitó la aprobación de los documentos contractuales entregados, dado que sin estas definiciones no podía comenzarse con la ejecución de la obra.

Descolló que el 18 y 28 de abril de 2013 la interventoría requirió la aplicación de la cláusula penal de apremio, así como la terminación anticipada del ajuste constructivo, al haber un retraso de cuatro semanas, sin considerar que la lentitud era atribuible a la "(...) *falta de gestión del DEMANDADO EN RECONVENCIÓN y LA INTERVENTORÍA (...)*", y que en dicho interregno se avanzaba en el estudio de soluciones de los perfiles del terreno que se encontraban en los accesos al puente que no permitían la construcción de los contrapesos, por lo que se solicitó una prórroga de dos meses y una reunión para resolver múltiples complicaciones del proyecto, la cual se llevó a cabo el 7 de mayo de 2013, lográndose el archivo del proceso sancionatorio, ante la carencia de razones objetivas para ello.

Resaltó que FONADE incumplió el pacto constituido al no dar curso oportuno al trámite del anticipo, estipulación también deshonrada, por cuanto los recursos no fueron cubiertos en su totalidad, y, aunque tal inconformidad se le informó a la entidad reconvenida, ésta nunca dio solución de fondo al asunto.

Relató que el 20 de junio de 2013 le fue informada a la pasiva el riesgo de los trabajadores por los constantes desprendimientos de roca de

los taludes cercanos a la zona de los "caissons" y de conformación de los contrapesos del puente, comunicación que no fue respondida.

Afirmó que el mal diseño del proyecto llevó a cambiar los niveles inicialmente establecidos en los planos, obligando a excavaciones más profundas, situación que se agravó ante el hallazgo de una estructura del suelo diferente a la establecida en los planos y estudios entregados por la intimada, lo que redundó en el proceso constructivo, tanto en la determinación de equipos para adelantar la obra, el personal calificado para la misma, así como en los atrasos acumulativos del programa de actividades, que, a la postre, le generaron perjuicios económicos.

Indicó que el 25 de julio de 2013 avisó que la construcción de los contrapesos debía efectuarse en la segunda semana de agosto, lo que no fue posible, porque no estaba resuelto el tema de cómo llevarlo a cabo sin quitarle transitabilidad a la vía.

Manifestó que el 9 de agosto de 2013 enteró a la interventoría de que se vio obligado a retirar el personal y la maquinaria de la obra el 8 de agosto de 2013, como consecuencia de no haber obtenido definiciones sobre la construcción de los contrapesos, las diferencias entre los estudios de suelos y lo encontrado en terreno, la no aprobación de los análisis de precios unitarios, la falta de frentes de trabajo, los problemas de orden público, la seguridad de la zona y la no contestación del demandado de los oficios entregados los últimos cinco meses; amén de que dicha espera le produjo sobrecostos administrativos de personal y equipos en *stand-by*, contratación de servicios de parqueo, bodegaje de equipos, materiales, por lo que solicitó la terminación inmediata del contrato; acaecimiento que, más adelante, motivó la suspensión del contrato por treinta días, habiéndose dejado la claridad de que no se reiniciarían los trabajos hasta tanto no se garantizara la transitabilidad de la vía y se definiera lo atinente a la cimentación.

Aseveró que la interventoría incumplió el compromiso adquirido respecto de la entrega del corte de talud del eje B, el cual estaba previsto para el 1º de noviembre de 2013, lo que fue atendido hasta el día 9 de la reseñada mensualidad.

Contó que el 24 de diciembre de 2013 presentaron ante la interventoría la documentación necesaria para prorrogar el contrato por cinco meses más, no obstante, el 30 siguiente se le citó para la suscripción de la modificación contractual, encontrando que la ampliación del plazo la habían justificado en el bajo rendimiento del consorcio, haciéndolo responsable del atraso, por lo que deprecó el cambio de dicho texto, lo cual nunca se efectuó y a pesar de haberse reiniciado las obras el 6 de enero de 2014, el 23 del mismo mes y año se le dijo que el acuerdo había sido terminado y, por ello, debía liquidarse.

4. Enterada la entidad estatal del pliego en reconvención, se pronunció resistiendo el *petitum*, para lo cual propuso como excepciones las que denominó "*Cumplimiento de las obligaciones por parte del demandado en reconvención*"; "*Excepción de contrato no cumplido*"; y la "*genérica*".

II. LA SENTENCIA APELADA

1. Agotada la ritualidad correspondiente a este tipo de asuntos, la juzgadora de primera instancia, para negar las súplicas de la demanda principal y de reconvención, tuvo por demostrado el primer elemento axiológico que estructura la responsabilidad contractual petitionada, esto es, la existencia del convenio, cuyo objeto consistió en la construcción del puente sobre La Quebrada Seca, en la carretera de La Soberanía.

Luego, al verificar el requisito del cumplimiento obligacional de los enfrentados, atisbó que, de las documentales adjuntadas al plenario, "(...) es claro que existen tres patrones de comportamiento de las entidades que merecen ser puestas de relieve: 1° la insistencia del consorcio para obtener el pago del anticipo, el que solo se dio tres meses y medio después del inicio del plazo y para lograr un cambio en el diseño de la obra, pues el terreno era inestable. Los estudios de suelos entregados (...) no correspondían con la realidad lo cual se concretó el 2 de septiembre de 2013 (...). 2° La omisión de la interventoría a atender los pedimentos y necesidades del consorcio, porque sus comunicaciones se dirigen a hacer cumplir la obra de inmediato so pena de sancionar al consorcio, justificando sus negativas en posiciones meramente jurídicas y no técnicas, pues, como se acaba de señalar, aunque el consorcio pidió el cambio de los diseños por inestabilidad del terreno el 26 de marzo de 2013, ese reclamo tan solo se consolidó hasta el 2 de septiembre de ese año, cuando se verificó por cuenta de la contratante la situación

real del lugar de la obra. 3° El silencio material de FONADE, frente a los reiterados requerimientos que le efectuó la interventoría y el consorcio, conductas todas que, más allá de ser independientes y autónomas, se advierten conectadas con la ejecución en conjunto del contrato que se revisa. Entonces si unimos la última conclusión con lo dicho por FONADE (...) debe colegirse: 1° Que FONADE debía supervisar el contrato y no encargar de toda la labor a la interventoría, siendo esta una obligación inherente del pacto a cargo de la contratante. 2° Que FONADE debía monitorear el cumplimiento del plan de acción (...) dado por el contratista e incluido en el contrato. Y 3° que esas obligaciones no se cumplieron oportunamente. Y es que si se mira bien, el único requerimiento efectuado por FONADE a la interventoría se emitió hasta el 30 de agosto de 2013, (...) del cual se puede colegir que FONADE era consciente de las demoras impuestas por la interventoría al consorcio, pues hizo alusión a las distintas quejas que directamente había hecho el consorcio a FONADE (...). Por lo anterior, si FONADE conocía del retraso en los procesos administrativos que adelantaba el consorcio y sobre los que al parecer la interventoría tenía su cuota de responsabilidad, según la narración que se hizo en la referida advertencia, ¿por qué no haber adoptado todas las medidas en tiempo para que el consorcio adelantara toda su labor? Se pregunta el despacho. (...) No encuentra justificado esta Juez la razón por la cual FONADE, como supervisor y contratante principal, no impartiera las respectivas directrices que hubieran permitido sanear los problemas comentados tanto por el consorcio como por la interventoría (...) se advierte que su intromisión en la ejecución de este negocio fue mínima y poco oportuna, razón suficiente para no tenerla como contratante cumplida, y para no tener por cumplido el segundo de los requisitos axiológicos de la acción contractual, por lo que se denegarán las pretensiones de la demanda principal.”

En relación con la acción de reconvención señaló que “(...) la primera y principal obligación adquirida fue la de construir el puente para lo que se le contrató y que sin mayores elucubraciones se tiene que, de todas las pruebas recaudadas (...) el consorcio no cumplió sus labores, pues únicamente ejecutó el 12.22% de las labores que debía completar conforme al contrato (...) razón suficiente para denegar la acción de responsabilidad civil contractual (...)”; y, por la forma como dirimió el litigio, se eximió de resolver los medios de enervación planteados, así como de condenar en costas a las partes enfrentadas.

III. LA APELACIÓN

1. En desacuerdo con el fallo de primera instancia, la apoderada de la entidad demandante interpuso recurso de apelación en forma verbal,

inmediatamente después de pronunciada la decisión, arguyendo que "(...) en el contrato de obra (...) el inicio de la ejecución de las obras no se supeditó al giro de ese anticipo (...)[.] Asimismo, los requisitos para la suscripción del acta de inicio correspondían a la legalización de contrato [lo que exigía] el registro presupuestal y la aprobación de las garantías que ocurrió y por eso se suscribió el acta. Asimismo, (...) el consorcio oferente probó capacidad financiera para poder iniciar las labores, luego, el inicio de la ejecución de la obra no estaba supeditada al recibo del anticipo y [para e]l giro del anticipo (...) no se establec[ió] un término[,] (...) se desembolsó ese anticipo durante la relación contractual (...). En cuanto al cambio de terreno (...) la solicitud que se hizo en marzo de 2013 (...) que corresponde a un diseño alternativo por un tema de transitabilidad de la vía, en ese momento no se dijo nada acerca de los diseños o de los perfiles estratigráficos del estudio de suelos entregados en el proceso de selección; [lo que fue notificado] (...) mediante comunicación del 26 de junio de 2013, es decir, tres meses después de iniciado el contrato de obra. Respecto de tal argumento (...) téngase en cuenta las obligaciones del contratista de obra (...) y es que en la visita de obra que se llevó a cabo (...) no se hicieron observaciones (...) no se observan solicitudes de aclaraciones en el proceso contractual respecto de los diseños entregados (...) ni siquiera se dejó una observación en el proceso de selección (...) [y] si en criterio del contratista los estudios y diseños adolecían de defecto alguno aquél tenía la obligación de advertirlo antes de la suscripción del acta de inicio. (...) Sin embargo, el consorcio Soberanía solo solicitó la verificación de los perfiles estratigráficos de los estudios de suelo, mediante escrito recibido por la interventoría el 26 de junio de 2013, tres meses después del inicio de ejecución del contrato. (...) Se evidencian sendas pruebas documentales en las que se [ote]an los distintos requerimientos y solicitudes a ese contratista, además de respuestas a sus solicitudes; tan así que, en determinado momento, suspendió el contrato y además se suscribió acta de modificación, atendiendo las observaciones que ese contratista había hecho, en relación con los estudios de suelos, (...) [habiéndose] superado esas circunstancias. En cuanto al silencio de FONADE (...) [con la testimonial de la gerente del proyecto se tiene que] periódicamente se hicieron comités en relación con los proyectos, en los que, en todo momento, se indicó por parte de la interventoría, el incumplimiento que en este momento está debatido. Así las cosas, se evidencia que [la actora] sí cumplió, que el cumplimiento del contratista no dependía del giro del anticipo (...) y que, en cambio, a través de la interventoría quien legalmente es quien vigila y controla la ejecución del contrato de obra por su conocimiento especializado (...) ésta advirtió del incumplimiento del consorcio Soberanía y mi mandante, por su parte, en los comités de obra, a través de la supervisión se encontraba enterado de

las diferentes actuaciones que adelantaba la interventoría requiriendo de su contratista el cumplimiento de los términos contractuales.”

Igualmente, el mandatario judicial de Norte Ingenieros Ltda. en relación con la negativa a las pretensiones elevadas en reconvencción, mostró su descontento, aduciendo que “(...) *el consorcio dio cumplimiento a sus obligaciones desde el inicio del contrato. (...). No obstante, (...) FONADE no se encontraba cumplido (...)* Y esto, ¿por qué es? Porque, en cuanto a la entrega del terreno, [la demandante principal] se había comprometido con todos los oferentes a realizar el corte de los taludes antes de la suscripción del contrato y esto era muy sencillo, porque (...) el corte de los taludes era lo que le iba a permitir al contratista dar el flujo vehicular permanente, la transitabilidad de la vía, que era una obligación propia del convenio entre FONADE, el Ejército Nacional y los demás entes administrativo que formaban parte del convenio, es decir que, dentro de la ejecución contractual, era necesario garantizar la transitabilidad de la vía, hecho que solo se podía hacer con el corte de los taludes, que estaba a cargo de FONADE, por lo que, en primer lugar, el contrato (...) comienza a tener una serie de situaciones atribuibles exclusivamente a FONADE y a la interventoría (...). En cuanto a la entrega de los documentos (...) quedó evidenciado dentro del proceso que (...) ante la falta de aprobación o ante la aprobación tardía de los documentos, el consorcio, de ninguna forma, podía empezar a ejecutar el contrato por una sencilla razón, el cronograma de obra debe ser aprobado por la interventoría (...) [pues] esta aprobación le permite al contratista iniciar con la ejecución contractual, porque el contratista establece un plan a partir del cual va a llegar al final del contrato con la obra ejecutada y la interventoría se adecúa al plan y aprueba al plan, (...) el contratista tenía la obligación de continuar con ese cronograma (...) y lo mismo sucede con el plan de inversión y flujo del anticipo, evidentemente (...) dentro de las reglas de participación se estableció que el contratista tenía que tener un músculo financiero suficiente para soportar las cargas iniciales del contrato, pero eso no significa que FONADE podía eximirse del pago del anticipo, [el cual], en este tipo de contratos, tiene una gran influencia, [porque] esos son los recursos que se utilizan para iniciar el contrato. Entonces, evidentemente, desde el inicio de la ejecución contractual se puede evidenciar que FONADE y la interventoría fueron quienes incumplieron el contrato y posteriormente imposibilitaron la ejecución de las obras. (...). Teniendo en cuenta que el corte de los taludes, la entrega de los documentos, la inconsistencia de los estudios y diseños (...) son culpa exclusiva de la [demandante] y la interventoría es evidente que esa es la razón por la cual el consorcio generó pérdidas daños y perjuicios que (...) deben ser indemnizados y que quedaron probados dentro del proceso. (...), Mi recurso de apelación va en

contra del no reconocimiento de los perjuicios en cabeza del consorcio, por cuanto éste cumplió el contrato desde el inicio y las causas por las cuales, al finalizar la ejecución contractual, no se pudo terminar el puente, no son atribuibles al consorcio. El consorcio no incumplió porque no quisiera cumplir, el consorcio incumplió porque era imposible cumplir, por las causas y los hechos de incumplimiento (...) de FONADE y de la interventoría (...)".

2. Dentro del término previsto en el inciso del numeral 3 del artículo 322 del C.G.P., la gestora del *petitum* principal expuso por escrito sus reparos, ahondando en que el Consorcio Soberanía conocía de las condiciones contractuales, y que, si a juicio de éste, los estudios y diseños adolecían de defecto alguno, era su obligación advertirlo antes de la suscripción del acta de inicio. Frente a la aparente demora del pago del desembolso del anticipo, señaló que no se pactó plazo o término para su descargo, ni el inicio de las obras se sujetó al giro del mismo. Señaló que, según las reglas de participación del proceso de selección de la oferta pública OPC 177-2012, el consorcio tenía que acreditar una solvencia financiera suficiente que le permitía comenzar las labores de campo, sin depender del desembolso del anticipo.

Frente al cambio del diseño del puente, precisó que la desestimación de la alternativa presentada no puede pretextar el incumplimiento contractual por parte del Consorcio. Además, dicha propuesta tampoco se soportó en un informe técnico que revelara error en los diseños del proyecto y el estudio de suelos; tan solo se enunció que podría verse afectada la transitabilidad vial con la ejecución de la obra, y, con todo, por la mentada situación fue suspendida la ejecución del contrato, dando lugar a que el plazo de ejecución se extendiera por 81 días.

En relación con la supuesta omisión de la interventoría en atender los pedimientos de la parte encartada, apuntó que aquélla sí hizo seguimiento a las actividades del contratista y verificó la ejecución de la obra; por lo que "*(...) no se vislumbra el supuesto fáctico que encontró probado* [a] *Juez de primer grado para aseverar que la interventoría no atendió los requerimientos del contratista de obra, aun cuando fue aquel quien no atendió los requerimientos realizados por [el interventor] Corredores Viales 2009*".

Del mismo modo, llamó la atención en que FONADE vigiló y controló las labores adelantadas por el extremo conminado a través de la interventoría, quien fue designada para tal encargo por su conocimiento especializado, lo cual se materializó con las *"reuniones y comités, en los que la contratante realizaba seguimiento a la ejecución del contrato"*; fruto de lo anterior es que se requirió, en sendas oportunidades, a la contratista, y, más adelante, fue suspendido el contrato y prorrogado el plazo de su ejecución.

Por otro lado, reparó en que el incumplimiento endilgado a los intimados va más allá de la no entrega del objeto contractual en el término estipulado, ya que el Consorcio Soberanía no dispuso del personal ni de la maquinaria requerida para la obra. Así, es claro que, ante el incumplimiento del pacto constructivo, al no ejecutar la prestación a su cargo en los términos orquestados, hay lugar a la indemnización de perjuicios, la cual debe ser cubierta por la aseguradora conminada, en virtud de la expedición de la póliza 62-45-1010000619, con el amparo de buen manejo del anticipo.

3. A su turno, Norte Ingenieros Ltda., única demandante en reconvencción, increpó que en la visita al sitio de la obra efectuada el 4 de diciembre de 2012, en la que se tuvo una apreciación visual general del terreno, no podían observarse las inconsistencias geológicas o geotécnicas que generaron el incumplimiento de ENTERRITORIO y que afectaron la ejecución del contrato. Además, éste se había comprometido a realizar los cortes de las montañas antes del inicio del contrato, lo cual fue comunicado a los oferentes verbalmente en la señalada calenda, lo que implicaba que ésta tenía a su cargo dicho ítem y era su responsabilidad entregar el terreno de forma óptima y oportuna para llevar a cabo la construcción del puente, situación que no ocurrió y dio paso a un cúmulo de circunstancias atribuibles exclusivamente a FONADE, que fueron las causantes de la imposibilidad de culminar la obra en el tiempo convenido, trayendo consigo los perjuicios que aparecen probados y reclamados en el libelo en reconvencción.

Manifestó que el retraso achacado al extremo demandado fue producido por el incumplimiento en la entrega oportuna e idónea del sitio de la obra, por la demora de la interventoría en la aprobación de los documentos necesarios para comenzar con la ejecución -la que se obtuvo luego de 44 días de haberlos radicado- y que la alternativa de diseño

presentada por el Consorcio fue negada por la interventoría sin ninguna explicación técnica ni financiera que justificara mantener el bosquejo inicial.

Destacó encontrar demostrado en el expediente que el terreno y la localización de las montañas hacían imposible la ejecución del contrato, hasta tanto no fuesen cortadas de tal forma que permitiera el flujo vehicular, razón por la cual era necesario el adelantamiento de dichas actividades.

Refutó que, cumplido el tiempo de suspensión del contrato, es decir, para el 02 de octubre de 2013, no se habían solucionado las irregularidades avistadas en el terreno y, como no se incluyeron los despieces de hierro que eran necesarios para realizar la cimentación, ni tampoco se había logrado el corte de los taludes, era imposible volver al sitio de trabajo, dado el riesgo que correrían los trabajadores y el equipo del Consorcio Soberanía en la zona de trabajo.

Agregó que las labores ejecutadas entre noviembre de 2013 y enero de 2014 jamás fueron reconocidas por FONADE, lo que origina un enriquecimiento sin causa; aunado a que éste se abstuvo de pagar a tiempo y de forma completa el anticipo y que el dinero recibido fue invertido totalmente en la obra, razón por la cual no existe fundamento alguno para solicitar el saldo pendiente de amortizar y menos cuando está probado que la inversión, ejecución y todos los gastos en que incurrió el consorcio superan sustancialmente el valor recibido por concepto de anticipo.

Finalmente, enfatizó en la procedencia de las pretensiones elevadas en reconvención, dado que FONADE ocasionó el retraso de la obras al inobservar sus obligaciones de vigilancia, al aprobar y aportar los estudios y diseños elaborados por el consorcio DIS -SIE, que contenían inconsistencias en el perfil estratigráfico y desembolsar inoportunamente el anticipo, conductas que generaron a la demandante en reconvención los menoscabos deprecados que aparecen demostrados en el proceso con el dictamen pericial arrimado.

4. En la oportunidad de que trata el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, tanto FONADE, hoy ENTERRITORIO, como Norte Ingenieros Ltda. sustentaron los reparos formulados contra la decisión de primera instancia, bajo las mismas argumentaciones expuestas en forma

escrita ante la *a quo*, en el término de que trata el numeral 3 del artículo 322 del C. G. del P.

IV. CONSIDERACIONES

1. Encontrándose reunidos los presupuestos procesales necesarios para adoptar la decisión de fondo correspondiente a esta instancia, y verificada la inexistencia de alguna irregularidad capaz de invalidar lo rituado, debe precisarse que esta Sala se circunscribirá a analizar, exclusivamente, los motivos de censura demarcados por los opugnantes, acatando los lineamientos del inciso 1º de los cánones 320 y 328 del Código General del Proceso.

2. Clarificado lo anterior, viene bien memorar que la juzgadora de primer grado desestimó las demandas incoadas, tras no encontrar acreditada la condición de contratante cumplidor de FONADE y de Norte Ingenieros Ltda., demandante principal y en reconvencción, respectivamente. Respecto de la primera, con estribo en el pago del anticipo tres meses y medio después de la firma del acta de inicio de la obra, la falta de correspondencia de los estudios de suelos con la realidad del terreno, la omisión de la interventoría para atender las necesidades del consorcio y el silencio material de la pretensora principal, frente a los reiterados requerimientos efectuados por la interventoría y el consorcio, consideró no hallarse probado el monitoreo y la supervisión oportuna de la ejecución del contrato, ni haberse impartido las respectivas directrices para subsanar los inconvenientes suscitados con el consorcio encausado. Y para denegar las reclamaciones impetradas por la reconviniente, sostuvo que el primordial compromiso asumido por las sociedades encartadas fue la construcción del puente, obligación que evidentemente no se cumplió, puesto que únicamente ejecutaron el 12.22% de las labores que debía completar, conforme al acuerdo de obra celebrado.

3. Esta decisión fue criticada por la entidad estatal, basilarmente porque: **i)** el Consorcio Soberanía conocía las condiciones contractuales y si, en su sentir, los estudios y diseños adolecían de algún defecto, era su obligación advertirlo antes de la suscripción del acta de inicio; **ii)** el pago del anticipo no se sometió a plazo alguno, ni el comienzo de las obras se sujetó al giro del mismo; **iii)** la desestimación de la alternativa presentada por el

consorcio no se soportó en un informe técnico que revelara error en los estudios de suelos y diseños del proyecto; **iv)** los requerimientos del contratista fueron atendidos por la interventoría, quien vigiló las actividades de aquéllas y verificó la ejecución de la obra; **v)** FONADE vigiló y controló las labores adelantadas por la demandada a través de la interventoría, quien fue designada para tal encargo por su conocimiento especializado; y **vi)** la desatención contractual endilgada a los intimados va más allá de la no entrega del objeto de la convención en el plazo estipulado, ya que el Consorcio Soberanía no dispuso del personal ni de la maquinaria necesaria para el buen suceso de la obra, de lo que emerge la viabilidad de la indemnización solicitada en la demanda principal.

4. Por su parte, la reconviniente, Norte Ingenieros Ltda. rebatió que el retraso de las obras fue producido por: **a)** el incumplimiento en la entrega oportuna e idónea del sitio de la obra, **b)** la demora de la interventoría en la aprobación de los documentos necesarios para comenzar con la construcción y **c)** el desembolso inoportuno e incompleto del anticipo; trayendo consigo los menoscabos que aparecen probados en el proceso. También confutó que las labores ejecutadas entre noviembre de 2013 y enero de 2014 jamás fueron reconocidas por FONADE, omisión que origina un enriquecimiento sin causa y que las reclamaciones elevadas en reconvención tienen cabida, por cuanto ésta desatendió sus obligaciones de vigilancia del contrato; también porque aprobó y aportó unos estudios y diseños del proyecto defectuosos en el perfil estratigráfico, lo cual incidió en los tiempos de la ejecución de la obra.

5. Sobre ese proscenio confutatorio, debe memorarse que los pliegos incoativos, principal y de mutua petición, conciernen a una acción de responsabilidad de tipo contractual, temática sobre la cual la Corte Suprema de Justicia, sostuvo que se “(...) *constituyen [como] requisitos para la prosperidad de la pretensión indemnizatoria de origen contractual, la **demonstración de la existencia de un contrato bilateral válido celebrado entre quienes concurren al proceso en calidad de parte; actuación de la actora conforme a lo estipulado o haberse allanado a satisfacer las prestaciones a su cargo; incumplimiento del deudor demandado de las obligaciones derivadas de ese vínculo, o su tardía o defectuosa ejecución; daño irrogado***”

al derecho del acreedor, y que el mismo sea consecuencia directa de alguna de aquellas conductas del obligado.”¹(Negrillas de la Sala).

6. Dentro del marco jurisprudencial antes descrito, y siendo un tema pacífico lo relativo a la existencia de la relación obligacional entre los aquí enfrentados, corresponde analizar, liminarmente, si en el *sub examine* los promotores honraron los compromisos contractuales adquiridos -punto medular de las impugnaciones formuladas- y si los incumplimientos convencionales denunciados en la demanda principal y de reconvención es consecuencia directa del actuar de los inculpados.

6.1. De cara a la examinación de la conducta de FONADE y la viabilidad de sus aspiraciones demandatorias, comporta tener en cuenta los siguientes hechos, que aparecen demostrados con los medios de convicción que a continuación se relacionan:

6.1.1. A tono con lo pactado en el contrato N° 2130332, el Consorcio Soberanía se obligó a *"CONSTRUIR UN PUENTE SOBRE LA QUEBRADA SECA EN LA CARRETERA DE LA SOBERANÍA"*, comprometiéndose a tal labor *"(...) de conformidad con las reglas de participación que rigieron el proceso de selección OPC 177-2012 (...)"*, lo cual comprende *"(...) todas las actividades requeridas para el cumplimiento del objeto (...)"*. El precio de la obra aceptado por el contratante fue de \$2.416.871.320,00, incluido el valor del AIU e IVA sobre la utilidad y demás tributos causados. El plazo de ejecución establecido fue de seis (6) meses, contados a partir de la suscripción del acta de inicio. La forma de pago dispuesta para el presente acuerdo fue el *"sistema de precios unitarios fijos sin fórmula de reajuste así: 1) FONADE entregará a EL CONTRATISTA, a título de anticipo, el VEINTE POR CIENTO (20%) del valor inicial del contrato. 2) Pagos parciales mensuales según avance de obra hasta el noventa por ciento (90%) del valor de cada acta de recibo parcial de conformidad con las actas de corte mensual e informe de obra (...). Descontando en todo caso el porcentaje de anticipo por amortizar. 3) El saldo correspondiente al diez por ciento (10%) del valor total, se pagará una vez se haya liquidado el contrato y previa suscripción del acta de recibo final de las obras a satisfacción y la entrega de documentos señalados en la etapa de entrega de obras (...)* Para el desembolso del anticipo, se requiere previamente el cumplimiento de la totalidad de los requisitos de pago y adicionalmente los siguientes: **a.** Suscripción del acta de inicio de obra. **b.** Aprobación de **FONADE** a la

¹ CSJ SC 7220 de 2015, reiterada en sentencia SC 2142 de 2019.

garantía entregada por **EL CONTRATISTA**. **c.** La acreditación por parte de **EL CONTRATISTA** al interventor de que todo el personal necesario para el inicio de la ejecución del contrato se encuentra afiliado a los sistemas de seguridad social (...) **d.** Aprobación por parte de la interventoría del plan de manejo de inversión (...) **e.** (...) constitución (...) de la fiducia o del patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de los recursos que reciba a título de anticipo". Como Obligaciones de FONADE se estatuyeron: "1. Entregar a **EL CONTRATISTA** el anticipo estipulado y pagarle el valor del contrato en la forma y bajo las condiciones previstas. 2. Formular las sugerencias por escrito sobre los asuntos que estime convenientes en el desarrollo del contrato, sin perjuicio de la autonomía propia del contratista." ²

6.1.2. Entre las reglas de participación OPC 177 de 2012 el contratista tenía a su cargo el mantener como personal mínimo en la ejecución del contrato a un director residente de obra, un especialista estructural, un ingeniero auxiliar, un profesional en aseguramiento de calidad, un trabajador(a) social, un topógrafo y un maestro de obra.³ Se comprometió a suministrar todos los equipos, maquinarias herramientas, materiales e insumos en las fechas indicadas en la programación,⁴ así como a "revisar los estudios y diseños y presentar las observaciones a los mismos, en caso de no hacerlo se entenderá la aceptación total de los mismos."⁵ Por su parte, FONADE se comprometió a "[e]ntregar a **EL CONTRATISTA** el anticipo estipulado y pagarle el valor del contrato en la forma y bajo las condiciones previstas [y] (...) [f]ormular las sugerencias por escrito sobre los asuntos que estime convenientes en el desarrollo del contrato, sin perjuicio de la autonomía propia del contratista."⁶

6.1.3. De otro lado, en el informe rendido por el representante legal de FONADE, bajo la gravedad de juramento, se explicó que esa entidad, entre otras tareas, tenía "(...) las funciones de Supervisor sobre los contratos a su cargo (...) [e]fectuar control general sobre la debida ejecución de los contratos. (...) Revisar los conceptos dados por el interventor sobre las consultas y reclamaciones realizadas por el contratista (...)".⁷

6.1.4. Igualmente, está demostrado que el acta de inicio de la obra fue suscrita por las partes el 12 de marzo de 2013⁸ y que el día 22 del

² Derivado contractual1 PDF 02_09_2013 Contrato 2130332.

³ Derivado pre_contractual PDF 23_11_2012 Proceso de selección OPC 177 2012.

⁴ Ídem. Pag. PDF 57.

⁵ *Ibidem*. Pag. Pag 60

⁶ *Cit.* Pag. 69.

⁷ Derivado 0069 expediente ppal. Pag.27.

⁸ Derivado 05Cuaderno05pruebas allegadas. Contractual 1. PDF 02_03_2013 Acta de inicio contrato.

mismo mes y año el contratista informó al interventor que, tras empezar las actividades preliminares, observó que "(...) la ubicación de los contrapesos se encuentran contra la pata del talud de las montañas después de realizado los cortes por el cuerpo de ingenieros del Ejército Nacional. Esto genera un grado de incertidumbre respecto de la ejecución del proyecto, toda vez que para el paso de los vehículos que utilizan normalmente el corredor vial se tendrían dos opciones así: bien cerrar la carretera durante la construcción del puente, es decir aproximadamente 5 meses o bien realizar el corte del faltante de la montaña para permitir el paso alterno con el consecuente daño ambiental irreparable (...) [.] De acuerdo al proceso constructivo planteado para este tipo de estructuras, las paredes y la losa inferior de los contrapesos se deben construir después de tener la viga cabezal, por lo que se hace necesario realizar la excavación de los cajones como actividad preliminar para la construcción de las dovelas que conforman el puente. Adicionalmente, al momento de esta en el proceso constructivo el paso de vehículos sobre los contrapesos puede causar vibraciones importantes que afectarían el proceso constructivo de las dovelas en volados sucesivos, más teniendo en cuenta la alta pendiente del diseño. (...) Por lo anterior, queremos manifestar nuestra profunda preocupación, toda vez que se debería realizar una suspensión del contrato mientras se realizan o bien las actividades de corte de la montaña o mientras se estudia una alternativa, al cual nos permitimos presentar (...) cuya construcción se puede desarrollar sin la necesidad de realizar grandes movimientos de tierra y sin interrumpir el flujo vehicular, bajo los mismos componentes de costos y de plazo del contrato sin afectar en mayor proporción el medio ambiente al ya intervenido";⁹ solicitud que, mediante misiva adiada del 2 de abril siguiente, fue denegada porque "(...) la interventoría como Fonade están de acuerdo en no aprobar [el nuevo] diseño (...)",¹⁰ negativa que reiteró el 18 de abril, recordándole, adicionalmente, "(...) al contratista, las obligaciones relacionadas con el personal requerido para la ejecución del trabajo. Al momento (abril 16 de 2013) no se encuentran laborando en la obra ni el ingeniero residente, ni comisión de topografía, ni trabajadora social, ni profesional de aseguramiento de calidad."¹¹

6.1.5. Luego del abundante cruce de comunicaciones entre el consorcio y la interventoría, referentes a la documentación necesaria para el pago del anticipo, lo atinente a la constitución de la fiducia para materializar el mentado desembolso, los múltiples requerimientos elevados para que la

⁹ Derivado 0003 Folios 588a967, pags. 454 a 457 del cuaderno principal.

¹⁰ Derivado 0002Folio283a587, pag. 142, *ídem*.

¹¹ Derivado 0001Folio1a282, pags. 82 y 83, *ib.*

parte demandada iniciara la ejecución de la obra y advertencia sobre las sanciones pecuniarias por su inactividad, el día 20 de junio de 2013 ésta informó a la interventoría que “[u]na vez realizado el recorrido con el Ingeniero RAMIRO ROSERO residente de interventoría y el ingeniero JAIRO CASAS del Consorcio Soberanía, el día 18 de junio de 2013, manifestamos nuestra preocupación por los deslizamientos que se viene presentando en ambos apoyos, desprendimientos de rocas de los taludes de los cortes cercanos a la zona de trabajos de los caisson y más adelante donde se conformarán los contrapesos del puente que podrían generar accidentes para el personal que labora actualmente en la construcción de los caisson. Por lo anterior se requiere la estabilización inmediata de estos taludes y la implementación de las obras de protección necesarias para seguridad del personal, los materiales, los equipos en la obra, de la misma manera para garantizar el paso de los vehículos y a futuro por seguridad de los usuarios de la vía.”¹²

6.1.6. El día 24 de junio siguiente, el consorcio contratista pidió la verificación real de los perfiles estratigráficos y paso provisional, puesto que “(...) las especificaciones de los pliegos, la descripción del ítem y los estudios de suelos suministrados por FONADE no concuerdan con los hallazgos en la ejecución de la obra”, por lo que presentaron nuevamente dos alternativas para la solución del paso provisional mientras se construye los contrapesos del puente.¹³

6.1.7. El 25 de julio de 2013, el extremo conminado emitió comunicado a FONADE comentándole, entre otras cosas, que “(...) de acuerdo a nuestro programa de actividades, en la segunda semana de agosto debemos estar comenzando la construcción de estos contrapesos; [empero,] vemos con gran preocupación que a la fecha no esté resuelto el tema”;¹⁴ inquietud que el 1º y 2 de agosto de la citada anualidad, insistió ante la falta de respuesta de la entidad contratante y su delegada.¹⁵

6.1.8. Los aquí contendores, en acta firmada el 2 de septiembre de 2013 dejaron constancia de la suspensión del contrato por treinta días, debido a “(...) que durante la ejecución y de acuerdo a las obligaciones adquiridas se deberá garantizar la transitabilidad de la vía, se requiere realizar un corte de los taludes, que permita el paso vehicular alterno, toda vez que sobre la vía deberán

¹² Derivado 0003 Folio588a967, pag. 9, expediente principal.

¹³ Derivado 0004 Folio968a1167, pag. 10 a 12, expediente principal.

¹⁴ Pag. 83, cit.

¹⁵ Pags. 84 a 93, ídem

acondicionarse y construirse contrapesos necesarios para la ejecución del puente sobre la Quebrada Seca, por lo que no es posible realizar ningún tipo de trabajo en la zona.” Del mismo modo, se consignó que “(...) en el eje A se deben adelantar las actividades constructivas de la viga cabezal (costado Pamplona) la cual estaría expuesta a la caída de rocas, debido al corte que se realizará en el talud de la vía, situación que genera que una vez se inicie la excavación de esos taludes, la zona será de alto riesgo para los trabajadores, el equipo, y las mismas actividades constructivas. Por lo anterior no es posible adelantar estas actividades hasta tanto no se termine el corte del talud.” También se expresó que “(...) en el eje B no se pueden continuar las actividades debido a que actualmente se está revisando por parte de la firma consultora (...) quien adelantó los estudios y diseño del proyecto (...) la revisión de la cimentación de los caisson del eje B, con el fin de obtener una definición geotécnica de su parte, hecho que impide adelantar los trabajos de este costado”; situación que patentizó la “imposibilidad de adelantar trabajos en este sector hasta tanto no se garantice la transitabilidad de la vía y no se defina la cimentación del puente en el eje B”.¹⁶

6.1.9. Después de varios requerimientos elevados por la interventoría para que se reiniciaran las obras, durante los meses de noviembre y diciembre, y las respectivas contestaciones del consorcio frente a los memorados llamados de atención, precisando que no era posible retornar a las labores en campo, dado que el corte de taludes no había terminado, y con posterioridad a que aquélla sugiriera a la contratante iniciar el trámite sancionatorio al contratista, así como el cobro de la penalidad establecida en el contrato de obra, aquélla, mediante misiva calendada 3 de enero de 2014, informó a FONADE que “(...) el Consorcio Soberanía no cumplió con todas las obligaciones del Contrato. A la fecha ha ejecutado en obra física un 12.22% (...)”, y que “(...) habiendo sido invitado por la entidad contratante para firmar la prórroga del contrato, el cual tenía un vencimiento inicial a 31 de diciembre de 2013, el contratista se rehusó, con lo cual el período legal del mismo venció el día 31 de diciembre de 2013”, razón por la que recomienda la liquidación de la convención en ciernes.¹⁷

6.2. Partiendo del escenario comprobatorio *ut supra* relacionado, este Corporativo es del criterio de que las pretensiones indemnizatorias impetradas por FONADE, hoy ENTERRITORIO, en forma principal, están

¹⁶ Derivado 07Cuaderno07 Pruebas allegadas. Doc PDF0091 Enterritorio. Consorcio Soberanía. Contractual 1. PDF 02_09_2013 Acta N°.1 de suspensión.

¹⁷ Derivado 0001 Folios1a282, págs. 110 a 113, cuaderno principal.

confinadas al absoluto fracaso, si en mente se tiene que el comportamiento de la aludida entidad no se avista acorde con los compromisos adquiridos en el reseñado acuerdo; descarrilamiento obligacional que la convierte en contratante incumplida, como lo sostuvo la funcionaria de primer grado, acaecimiento que cobra mayor relevancia al apreciarse que su actuar omisivo alcanzó a repercutir en la inobservancia de los tiempos inicialmente establecidos para la construcción del puente Quebrada Seca.

6.2.1. Nótese que, para esta Colegiatura, no asoma incertidumbre alguna frente al no cumplimiento del objeto del contrato por parte de las empresas accionadas, así como la inadvertencia de los tiempos programados para el adelantamiento del encargo constructivo, al punto que, a 31 de diciembre de 2013, solo lograron un avance del 12.22%. También está demostrado que el 22 de marzo se presentó un diseño alternativo por la ubicación de los contrapesos que llegaría a afectar la transitabilidad vehicular, aspecto que, apreciado bajo una sana lógica de las cosas, permite entrever que tal inquietud era posible advertirla con anterioridad a la suscripción del acta de inicio,¹⁸ omisión que, según las disposiciones de la referida reglamentación OPC 177 de 2012, daba para que el contratante diera por aceptados dichos diseños.

No obstante, llama la atención que FONADE, ante los hechos que impulsaron al contratista a formular un diseño alternativo, esto es, la ubicación de los contrapesos y su injerencia en la transitabilidad vehicular en el terreno donde se ubicaba el desarrollo del proyecto, haya adoptado un comportamiento poco receptivo; problemática que más adelante se agudizó con los desprendimientos de rocas de los taludes de los cortes cercanos a la zona de trabajo de los "caisson" reportados el 20 de junio de 2013, provocando que se le peticionara la estabilización inmediata de los taludes y la implementación de las obras de protección necesarias para garantizar el paso automotor en el sitio intervenido, la seguridad del personal, los materiales y los equipos en la obra.

¹⁸ Según el numeral 2.4.3.2. de la reglas de participación, el objetivo principal de la vista preliminar al terreno es "(...) permitir a los interesados **evaluar las condiciones actuales de las zonas a reparar**, localización de fuentes de materiales, localización de escombreras, evaluación de proveedores, **así como condiciones especiales que de alguna manera puedan afectar la obra a contratar**, obteniéndose toda la información necesaria y suficiente para elaborar, por parte de los interesados la mejor oferta técnica y económica (...)". Negritas fuera del texto.

6.2.2. Ahora, aparece corroborado que el 24 de junio del mencionado año, cuando se le puso de presente que las especificaciones relacionadas en los estudios de suelos no concordaban con los hallazgos en la ejecución de la obra y el consecuente inconveniente del tránsito vehicular, mientras se efectuaba la construcción de los contrapesos -aspecto del cual fue insistente el consorcio el 25 de julio, 1º y el 2 de agosto de 2013- la actora principal se mostró silente, lo que finalmente desembocó en que en el mes de septiembre se suspendiera el contrato por el tema de la transitabilidad, esto es, tres meses después del aviso formal a la interventoría y la entidad estatal.

6.2.3. Ergo, a pesar de que no pasa inadvertido que, a la luz de las reglas de participación OPC 177 de 2012, era tarea del contratista oferente revisar los estudios y diseños, así como presentar las observaciones del caso, so pena de entenderse la aceptación integral de los mismos, no puede dejarse de lado que las irregularidades del suelo denunciadas, ciertamente no podían ser halladas a simple vista, aspecto que, para este caso en concreto, pretextaba su enteramiento a la interventoría, al margen de las pautas temporales inicialmente establecidas, lo que, infortunadamente, al no atenderse con prontitud, lograría afectar el cronograma propuesto por el Consorcio.

6.2.4. Puestas así las cosas, el escenario suasorio descrito en precedencia basta para colegir que la actuación desprevenida y poco acuciosa desplegada por FONADE, hoy ENTERRITORIO, en el marco del contrato de obra materia de esta disputa judicial, condujo a que se apartara de su responsabilidad de supervisión y de monitoreo del convenio de marras, función de su entero resorte, que le imponía "*efectuar control general sobre la debida ejecución de los contratos [y] revisar los conceptos dados por el interventor sobre las consultas y reclamaciones realizadas por el contratista*", como lo admitió su representante legal, pero permaneció impasible ante las alertas dadas por la interventoría, y asumió una actitud pasiva respecto de las distintas circunstancias que sobrevinieron en la realización de las obra delegada al Consorcio La Soberanía, y pese a haber sido enterado en junio de 2013 de las anomalías en los estudios de suelos y reiteradas en el mes de julio y principios de agosto, su acuciosidad se echa de menos, dando lugar a que,

solo hasta a principios de septiembre, la ejecución fuera suspendida por las razones informadas meses atrás; proceder que sin ninguna dubitación se devela como un aspecto impeditivo del cumplimiento del objeto material del orquestamiento suscrito con el consorcio querellado, lo que, de suyo, vaticina la esterilidad de sus aspiraciones demandatorias, en la medida en no se encontró acreditada su calidad de contratante cumplidor.

7. En lo atañadero a los reparos elevados por Norte Ingenieros Ltda., encaminados a insistir en la viabilidad de las súplicas incoadas en reconvencción, es necesario efectuar las siguientes reflexiones:

7.1. Como en líneas anteriores se dejó acotado, la conducta omisiva de ENTERRITORIO -en torno a la supervisión de la ejecución del acuerdo materia de este litigio y la falta de gerenciamiento oportuno frente a las inconsistencias advertidas en los estudios de suelos- llegó a repercutir en la no materialización de la construcción en los plazos inicialmente establecidos. Sin embargo, en las diligencias no se halla acreditado sólidamente que tal incumplimiento también haya sido generado por la gestión de la reconvenida, en relación con la aprobación de documentos, el pago del anticipo meses después de la suscripción del acta de inicio de la obra, ni que los reseñados aspectos hubieren impedido, en forma exclusiva, la edificación del puente contratado.

Para soportar lo dicho, dígase de una vez que, de la lectura integral de las reglas de participación OPC 177 de 2012 y la convención N° 2130332 no se avizora que la ejecución de la obra estuviere sujeta a la aprobación del "*programa de ejecución de obra, diagrama de Gant, programa detallado del recurso humano, flujo de inversión del contrato, plan de inversión del anticipo, programa de suministros de insumos y de equipos, plan de aseguramiento de calidad de la obra, análisis de precios unitarios y presentación del AIU*",¹⁹ y menos que el desembolso del anticipo se erija como una exigencia previa para el inicio e implementación de las actividades constructivas, por cuanto tales condicionamientos no fueron pactados ni dispuestos por los acordantes en ninguna de las etapas de la negociación. De ahí que reluzca desacertado fundamentar la desidia del contratante en circunstancias que no tienen el

¹⁹ Dichos pliegos, en su gran mayoría, aparecen aceptados en la misiva del 9 de abril de 2013. Véase el derivado 0003Folio588a967, Pdf, pag. 430 del cuaderno principal.

alcance para detener los trabajos a los que se comprometió el contratista con la rúbrica al orquestamiento báculo de este litigio.

Sobre estas materias, huelga acotar que, en primer lugar, atendiendo las estipulaciones de la citada licitación, el consorcio probó su capacidad financiera para afrontar las eventuales contingencias económicas suscitadas en el desarrollo de la obra encomendada, por lo que el giro de recursos no podía ser una talanquera para el desarrollo del proyecto, y, en segundo término, sin demeritar la importancia de la documentación aludida por la activante en reconvención,²⁰ a decir verdad, ésta le interesa más al contratante que al contratista, pues dichos pliegos -que debían ser aprobados por FONADE-, según las reglas de la experiencia, son instrumentos de control y de vigilancia idóneos para la supervisión y evaluación del progreso de la obra, situación que, en realidad, poca incidencia tiene sobre el levantamiento de la edificación, y, por ende, su consecución no puede depender de su aprobación.

7.2. Otro de los cuestionamientos efectuados por Norte Ingenieros Ltda. consistió en que la contratante faltó a su deber de entregar, en óptimas condiciones, el terreno sobre el cual se iba a fabricar el puente, lo cual estriba en las aseveraciones efectuadas por el representante legal de aquélla en el interrogatorio de parte, quien aseveró que FONADE, el día que se llevó a cabo la visita de campo por los oferentes interesados, se comprometió a tener listas las adecuaciones del sitio de la construcción para el día que fuera adjudicada la licitación, manifestaciones que se avistan desprovistas de elemento suasorio que las respalde, no resultando, por ende, atendible, ya que, a voces de la Sala de Casación Civil, “(...) *no puede tomarse como prueba lo que las partes declaran en su favor, todo a partir del deber que gravita sobre aquéllas de asumir la carga de probar, para así evitar que el proceso se convierta en un espacio de encuentro para simples versiones y no, como debe ser, el escenario para despejar la incertidumbre con los elementos reestructivos del pasado que sean legalmente admisibles, máxime si estos se encuentran en posibilidad de ser acopiados*”;²¹ criterio que de vieja data ha sido decantado por el Alto Tribunal al señalar que “(...) *una decisión no puede fundarse*

²⁰ Estos documentos hacen referencia a: **i)** el programa de ejecución de los trabajos; **ii)** el programa detallado del recurso humano; **iii)** el flujo de inversión del contrato y manejo del anticipo; **iv)** el programa de suministros de insumos; **v)** el programa de suministro de equipos; **vi)** el plan de aseguramiento de la Calidad de la Obra y; **vii)** la presentación del A.I.U.

²¹ Sentencia de 27 de junio de 2007, exp. 73319-3103-002-2001-00152-01.

*exclusivamente en lo que una de las partes afirma a tono con sus aspiraciones. Sería desmedido que alguien pretendiese que lo que afirma en un proceso se tenga por verdad, así y todo sea muy acrisolada la solvencia moral que se tenga. De ahí que la Corte Suprema de Justicia haya dicho en un importante número de veces... que "es principio general de derecho probatorio y de profundo contenido lógico, que la parte no puede crearse a su favor su propia prueba. Quien afirma un hecho en un proceso tiene la carga procesal de demostrarlo con alguno de los medios que enumera el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil, [art. 165 C.G.P.] con cualesquiera formas que sirvan para formar el convencimiento del Juez. Esa carga... que se expresa con el aforismo *onus probandi incumbit actori* no existiría, si al demandante le bastara afirmar el supuesto de hecho de las normas y con eso no más quedar convencido el Juez".²²*

7.3. De todo lo dilucidado en este capítulo, refulge patente que la única inobservancia convencional que se encontró demostrada en cabeza de FONADE fue su precaria supervisión y falta de adopción de medidas oportunas frente a las distintas situaciones que emergieron en el decurso contractual. No obstante, tal ocurrencia deviene insuficiente para abrigar con éxito el resarcimiento de perjuicios deprecado en la demanda de reconvención, comoquiera que al interior del legajo se encuentra corroborado que Norte Ingenieros Ltda no ostenta la calidad de acordante cumplidor de las obligaciones pactadas y su actuación repercutió en el no cumplimiento del objetivo contractual que estaba a su cargo.

7.3.1. Al respecto, importa hacer notar que al tenor de lo previsto en las reglas de participación OPC 177 de 2012, el contratista tenía el deber de mantener en el lugar de la obra un especialista estructural, un ingeniero auxiliar, un profesional en aseguramiento de calidad, un trabajador(a) social, un topógrafo y un maestro de obra; empero, según la comunicación emitida por la interventoría de fecha el 18 de abril de 2013, para el 16 del mismo mes y año, no se encontraba laborando el ingeniero residente, la comisión topográfica, la trabajadora social ni el profesional de aseguramiento, desatención que, desde ya, pone en tela de juicio su calidad de contratante cumplidor.

7.3.2. Por ese sendero de incumplimiento, también militan en el expediente las comunicaciones emitidas por el gerente del Consorcio la

²² CSJ. Cas. Civil. Sentencia 12 de febrero de 1980. G.J. CCXXV, pág. 405.

Soberanía, los días 30 de mayo y 4 de junio de 2013,²³ quien, según sus propios dichos, el atraso en el desembolso del anticipo los llevó a suspender los trabajos constructivos, pretermitiendo que por el mentado motivo no era dable disponer el cese de las actividades, dado que éstas no se encontraban sujetas a la entrega de recursos, como en párrafos antecedentes se dejó explicado.

7.3.3. Del mismo modo, obran en el proceso las misivas adiadas del 21 de noviembre y 9 de diciembre de 2013,²⁴ en las que se requirió al Consorcio para que impulsara las excavaciones de los contrapesos y pusiera a disposición de la obra el equipo necesario para adelantar los trabajos constructivos; debiéndose puntualizar que para dichas calendas ya se había superado el tema de los cortes de los taludes, situación que había causado la suspensión del contrato en el mes de septiembre y que duró hasta el 9 de noviembre, data en la que se dio entrega del eje B, que se encontraba pendiente de acondicionar.

7.3.4. Con base en las facticidades delantadamente enunciadas - las cuales aparecen acreditadas al interior del plenario- analizándolas de manera individual y conjunta bajo la égida de la sana crítica, se concluye que la actuación desarrollada por la demandante en reconvención no se muestra acorde con los lineamientos contractuales pactados, inobservancia que impide tener por satisfecho el presupuesto jurisprudencial del acordante cumplido para el acogimiento de la responsabilidad civil contractual por ella peticionada; amén de que el memorado requisito también pone en evidencia que el incumplimiento alegado no fue consecuencia directa de su contraparte, realidad que descarta la probanza del nexo causal entre la inobservancia contractual y el daño alegado.

7.3.5. Por lo demás, comporta relieves lo infundado que resulta el alegato de la parte reconviniente, basado en que ésta no se encuentra en mora, debido al preliminar desacato convencional de la entidad reconvinida, pues, si se miran detenidamente las cosas y si se tiene en cuenta la cronología de los hechos que se avistaron comprobados en esta *lite*, quien deshonró inauguralmente la convención fue el Consorcio La Soberanía con el

²³ Derivado 0003Folios588 a 967, pags. 465 a 467, expediente principal.

²⁴ Derivado Tomo II. Tomos de Carpeta Pag. 424.

atraso de las obras y la falta de personal en la misma, situación que fue advertida, inclusive, desde el 18 de marzo de 2013;²⁵ debiéndose aunar de que, a pesar de que no fue pactada fecha para la entrega del anticipo, ésta no estaba supeditada únicamente a la rúbrica del acta de inicio, sino además a las condiciones descritas en la cláusula tercera, ítem, "forma de pago" del contrato N° 2130332.

7.3.6. Finalmente, en lo que respecta al reparo consistente en el enriquecimiento injustificado por las obras realizadas en los años 2013 y 2014, que, aparentemente, no fueron pagadas a la sociedad Norte Ingenieros Ltda., basta con anotar que verificado el libelo en reconvención, dicho aspecto no forma parte del bloque pretensivo inicialmente propuesto, situación que imposibilita abordarlo en esta instancia por aplicación del artículo 281 del C. G. del P. *A contrario sensu*, lo que se avizora es que todas y cada una de las cantidades dinerarias reclamadas fueron aducidas en el marco resarcitorio de la responsabilidad contractual alegada, para que fueran reconocidas como consecuencia del incumplimiento, cuya declaratoria judicial se deprecó, circunstancia que, a todas luces, impide su estudio independiente y al margen de la improsperidad del *petitum*, que se vio truncado por no hacer presencia uno de los postulados axiológicos para su viabilidad.

8. Ubicada de ese modo la situación litigiosa, rutila palmaria la desatención, por cuenta de la actora principal y la demandante en reconvención, del deber probatorio impuesto por el artículo 167 del C.G.P., comoquiera que no comprobaron el cumplimiento de las obligaciones contractuales a su cargo, resultando, así, imperioso confirmar la sentencia apelada, sin que haya lugar a imponer condena en costas de esta instancia por la forma como se dirimieron las alzadas instauradas, de conformidad con lo establecido el canon 365, *ibidem*.

V. DECISION

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

²⁵ Derivado 0005 Folio 1168 a1471, Pag. 69 del PDF, expediente principal.

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida el 31 de mayo del año en curso, por el Juzgado Cuarenta y Dos Civil Circuito de Bogotá, en el asunto de la referencia.

SEGUNDO. SIN CONDENA EN COSTAS en esta instancia.

TERCERO. En oportunidad, por Secretaría, ofíciase al Despacho Judicial de origen informándole sobre la presente decisión, y remítasele copia magnética de esta providencia, para que haga parte del respectivo expediente.

NOTIFÍQUESE,



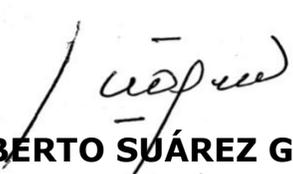
JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO

Magistrado
(042 2016 00115 01)



GERMAN VALENZUELA VALBUENA

Magistrado
(042 2016 00115 01)



LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

Magistrado
(042 2016 00115 01)

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.



SALA CIVIL

MARTHA ISABEL GARCIA SERRANO

Magistrada ponente

Bogotá, D. C., doce (12) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Radicado: **11001 2203 000 2021 02289 00**

Demandante: SOCIEDAD INVERSIONES SERVICIOS EN TECNOLOGIA
SA - ISENT S.A.

Demandado: ORGANISMO NACIONAL DE ACREDITACION DE COLOMBIA
-ONAC

El informe que antecede da cuenta que el abogado de Inversiones Servicios en Tecnología S.A. -ISENT-, mediante escrito "*solicito el retiro de la demanda de la referencia*".

Comoquiera que, el pasado **19 de octubre**, la suscrita Magistrada declaró la falta de competencia para decidir ese asunto; y, ordenó la remisión del expediente a la H. Sala de Casación Civil, igual suerte debe correr esta misiva.

Por lo anterior, se,

RESUELVE:

PRIMERO: REMITIR la solicitud elevada por el representante judicial de la sociedad actora a Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, para lo de su competencia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Martha Isabel Garcia Serrano', followed by a horizontal line.

MARTHA ISABEL GARCIA SERRANO

Magistrada

Firmado Por:

Martha Isabel Garcia Serrano
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 009 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación:

50f35340481a9801acb6f63bdfd0d38b63bdab78d371502a2ccee340fc2e63

1

Documento generado en 12/11/2021 02:21:05 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Magistrada Sustanciadora

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

Bogotá D.C., doce (12) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

**PROCESO DE INFRACCIÓN MARCARIA DE LA SOCIEDAD CROSCS
INC., CONTRA LA SOCIEDAD EVACOL S.A.S. RAD. 01 2016 30917 04**

Asunto: Proveer sobre la posibilidad de decretar la prejudicialidad contencioso-administrativa.

ANTECEDENTES Y CONSIDERACIONES

1. En la sentencia que es objeto de apelación el Asesor asignado a la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante la sentencia que es objeto de apelación, declaró que el uso que la sociedad demandada, EVACOL S.A.S hace de una marca tridimensional para fabricar y comercializar sus productos de referencia “Zueco 084”, “Zueco 078” y “Zueco 078- 07”, infringe el derecho de propiedad industrial que posee la sociedad demandante, CROCS INC., sobre la marca Tridimensional con Registro 534245, para identificar productos de la clase 25 de la Clasificación Internacional de Niza.

2. Apelada la mencionada sentencia, y una vez recibida la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, al estudiar el asunto la suscrita Magistrada advirtió que uno de los reparos esta dirigido *“a las apreciaciones sobre el hecho que el derecho de Crocs ha sido controvertido.”*, en síntesis, por que para el funcionario de primera instancia la demanda sobre el acto administrativo que concedió la marca tridimensional no bastaba para descartar la infracción, en razón a que la Resolución se encuentra cobijada por el principio de legalidad, reparo éste

que se encuentra en consonancia con una excepción que en su defensa expuso la sociedad demandada.

Al efecto, bajo el rótulo de “LIMITACIONES AL PRESUNTO DERECHO QUE SOPORTA LA ACCIÓN” –“*El presunto derecho fue controvertido*”, se puso en conocimiento de este proceso que el acto administrativo que concede el derecho de propiedad industrial a Crocs está demandado en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y que el registro de marca fue objeto de una acción de cancelación por vulgarización.

Este Despacho al elaborar el cuestionario para el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, le interrogó de manera concreta de si *¿Cabe la prejudicialidad dentro de los procesos por infracción de derechos de propiedad industrial cuando la autoridad que debe resolver finalmente sobre la legalidad de la concesión de la marca aún no se ha pronunciado?* A lo que tal autoridad, entre otros, respondió que: *“averiguar si la marca tridimensional es o no distintiva es cuestionar el registro marcario en si mismo, lo que no corresponde a una acción por infracción de derecho marcario sino al de la acción de nulidad del registro marcario, que es una acción diferente.”*

Y, agregó que su jurisprudencia ha considerado que *“es posible que un procedimiento administrativo de acción por infracción se suspenda si previamente se ha iniciado una acción de nulidad contra el correspondiente registro marcario, en el supuesto de que el desenlace de la acción de nulidad tenga relevancia sobre la existencia de la infracción marcaria. En efecto, si el registro de la marca fuera anulado, desaparecería el título que sustentaba la acción por infracción”*.

3. Asimismo, en primera instancia, antes de que se profiriera el fallo, la apoderada de la sociedad demandante pidió a la Delegatura, que con fundamento en el artículo 161 del C.G. P., se decretara la prejudicialidad, bajo el argumento de que la sociedad demandada instauró ante el Consejo de Estado acción de nulidad especial contra la Superintendencia de Industria y Comercio con el objeto de que se declare la nulidad de la Resolución 12383 de 17 marzo de 2016, por medio de la cual se revocó la Resolución 48640 de 31 julio de 2015, y concedió el registro

de la marca tridimensional a la sociedad Crocs, para distinguir productos comprendidos en la clase 25 de la Clasificación Internacional de Niza, petición que fue resuelta de manera adversa, en auto de 31 de enero de 2019, bajo el argumento de que el proceso es de “*primera instancia*”.

4. Ahora bien, comoquiera que a través de la precitada Resolución, la Superintendencia de Industria y Comercio, en ejercicio de funciones administrativas, concedió a la demandante la marca tridimensional identificada con certificado de registro marcario 534245, que se declaró infringida por la sociedad demandada en la sentencia apelada, y que la legalidad del mencionado acto administrativo fue demandada ante el Consejo de Estado, considera este Despacho que la decisión que emita la jurisdicción de lo contencioso administrativo incide de manera directa en el resultado del presente asunto.

Otra cosa sería si no estuviera cuestionada la legalidad del acto administrativo, evento en el cual resultaría imperioso a esta jurisdicción resolver de fondo, pero como lo cierto es que no es así, es pertinente esperar que se decida la validez o no del acto administrativo, a pesar de que hasta ahora goza de presunción de legalidad; empero tal argumento no bastaría, a juicio de este Despacho, para resolver el reparo que en ese sentido dirigió la parte demandada contra la sentencia quien, además, lo promovió como excepción en su defensa.

5. Para esos efectos, es necesario retomar la petición que otrora hiciera la apoderada de la parte demandante, de la que insiste ahora la parte demandada quien, en el ítem 4.1.5.1, contenido del escrito de sustentación del recurso de apelación, expresa que se debió suspender el proceso (folios 73-19); por lo tanto, al encontrar el Despacho que les asiste razón, a ello se accederá.

5.1. En esa tarea, se encuentra que la existencia del proceso contencioso administrativo está probada, puesto que reposa a folio 202 del cuaderno No. 17, la que se puede verificar al consultar de manera virtual el radicado 11001032400020170014500, donde se observa que se trata “*DE MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD INSTAURADO CONTRA LA SIGUIENTE RESOLUCIÓN EXPEDIDA POR LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y*

COMERCIO: LA 12383 DE 17 DE MARZO DE 2016, POR MEDIO DE LA CUAL SE REVOCÓ LA RESOLUCIÓN 48640 DE 31 DE JULIO DE 2015, Y EN SU LUGAR CONCEDIÓ EL REGISTRO DE UNA MARCA TRIDIMENSIONAL”; actuación que, a la fecha de esta providencia, según el registro de actuaciones que figura en el aplicativo SAMAI del Consejo de Estado, el expediente se encuentra al Despacho del Consejero a quien le correspondió por reparto, para decidir excepciones, desde el 9 de junio de 2021.

Del mismo modo, este proceso se encuentra en estado de dictar sentencia de segunda instancia, puesto que ya se recibió la interpretación prejudicial que hiciera el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, el apelante sustentó el recurso y del mismo se surtió el traslado a la parte no apelante, satisfaciéndose de esta manera los requisitos del artículo 162 del Código General del Proceso.

5.2 En esas condiciones, se impone dar aplicación a los artículos 161, 162 y 163 del Código General del Proceso, en cuanto al decreto de la suspensión del proceso concierne, en razón a la prejudicialidad contencioso-administrativa y hasta por el término de dos (2) años.

Finalmente, como dentro de este asunto el Consejo de Estado pidió copias de toda la actuación, para complementarlas se ordena que por Secretaría se le remita copia de la interpretación prejudicial que efectuó el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, así como la de este proveído.

En consecuencia, se

RESUELVE:

PRIMERO. DECRETAR LA SUSPENSIÓN DEL PROCESO por prejudicialidad contencioso-administrativa, de acuerdo con lo establecido en el numeral 1º del artículo 161 y siguientes del C. G. del P., y conforme a las consideraciones expuestas en este proveído.

SEGUNDO. Cumplido el término de dos (2) años por el que se decreta la suspensión de este asunto, o ejecutoriada la sentencia que se

profiera en el Consejo de Estado, por Secretaría ingrésese el expediente al Despacho para resolver lo pertinente.

TERCERO. Por secretaría, envíese al Consejo de Estado, para el proceso de nulidad a que se hizo mención, las copias referidas en la parte motiva de este auto.

Notifíquese y cúmplase,

Firmado Por:

Maria Patricia Cruz Miranda

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Dirección Ejecutiva De Administración Judicial

División De Sistemas De Ingeniería

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación:

9d8eeee7d7c1b49583e76cf5b76b09d329dbee8cd8dc21c805ed77a6ab3799f5

Documento generado en 12/11/2021 12:17:25 PM

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

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN CIVIL

Magistrado Sustanciador: Iván Darío Zuluaga Cardona

Bogotá D.C., doce (12) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Proceso	Verbal
Demandante	Industrias Greco Romana S. A. S.
Demandada	SYC Multiproyectos S. A. S.
Radicado	11 001 31 99 001 2020 19848 02
Instancia	Segunda – <i>apelación de sentencia</i> -
Decisión	Solicita interpretación prejudicial Decreta suspensión del proceso

En razón a que en este asunto deben **aplicarse** normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, agotado como se encuentra el trámite previo a dictar sentencia de segunda y última instancia, es imperioso solicitar interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y disponer la consecuente suspensión de la actuación.

I. ANTECEDENTES

1. Industrias Greco Romana S. A. S. presentó demanda contra SYC Multiproyectos S. A. S., a fin de que se declare que esta última infringió: *i)* sus derechos de propiedad industrial, sin autorización fabrica, introduce en el comercio y utiliza productos cuyos diseños industriales son de titularidad de la primera; y *ii)* el lema comercial “*Gimnasios al Aire Libre*”, utiliza esta expresión para identificar equipos de gimnasio y relacionados en el mercado colombiano.

En consecuencia, solicitó que se ordene a la demandada: *i*) abstenerse de adelantar cualquier actividad tendiente a la fabricación, importación, ofrecimiento, introducción en el comercio o utilización comercial de productos que reproduzcan los diseños industriales de la demandante; y *ii*) suspender de forma definitiva la oferta o prestación de servicios relacionados con equipos de gimnasio, utilizando de manera referencial el lema comercial “*Gimnasios al Aire Libre*”.

Pidió también ordenar a la convocada suspender el uso actual de los diseños industriales de la actora y dicho lema comercial, cualquier etiqueta, material de empaque, material publicitario, informativo o promocional, verbal, impreso, magnético o electrónico, incluyendo y sin limitarse a comerciales publicitarios en radio y televisión, cartas, volantes, circulares, correos electrónicos, archivos de sistemas o comunicaciones de cualquier índole para identificar y promocionar equipos de gimnasio.

De igual modo, disponer la destrucción de cualquier etiqueta, material de empaque, publicitario, informativo o promocional, verbal, impreso, magnético o electrónico incluyendo facturas, cartas, volantes, circulares, correos electrónicos, archivos de sistemas o comunicaciones de cualquier índole en los que se haya incluido el “*signo Gimnasios al Aire Libre*”, para identificar equipos de gimnasia, y productos relacionados.

Se solicitó también condenar a la demandada a pagar: *i*) \$435.912.175, por beneficios obtenidos; y *ii*) el valor correspondiente a la actualización sobre todas las sumas que resulte condenada (Cfr. subsanación demanda).

2. Para sustentar sus pretensiones la demandante expuso que es titular en Colombia de 17 diseños industriales debidamente registrados ante la Superintendencia de Industria y Comercio, los cuales relacionó en el hecho primero de la demanda (Cfr. hecho primero, fls. 460 y s.s.), además

del lema comercial “*Gimnasios al Aire Libre*” (Cfr. hecho tercero, fls. 464y s.s.).

Denuncia que a principios del 2019, evidenció la instalación de gimnasios al aire libre con equipos que reproducían sin su autorización diseños industriales, en los municipios de Rio Negro, El Retiro, Bello, Itagüí y Medellín del Departamento de Antioquia, y planeta Rica del departamento de Córdoba. Se identificaron con la marca mixta TM GYM, registrada a nombre de SYC Multiproyectos S. A. S. y sin autorización se acompañaron de la expresión: “*Gimnasios al Aire Libre*”.

Es factible causar riesgo de confusión o de asociación en el consumidor de buena fe, dando lugar a entender que los equipos de la demandada hacen parte del portafolio de los ofrecidos por la actora, se aprovecha injustamente el derecho conferido por el registro, diluye su fuerza distintiva y disminuye su valor comercial.

3. Dentro del término de traslado de la demanda la pasiva guardó silencio (Cfr. auto del 26 de octubre de 2020, fls. 671), formuló nulidad por indebida notificación que fue negada (Cr audiencia del 18 de marzo de 2021, fls. 687), y confirmada en segunda instancia por esta Corporación.

4. En sentencia proferida en audiencia del 4 de mayo de 2021, el abogado del Grupo de Trabajo de Competencia Desleal y Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, acogió parcialmente las pretensiones de la parte actora.

Negó las súplicas respecto de diseños industriales, y declaró que la demandada infringió derechos de propiedad industrial sobre el lema comercial “*Gimnasios al Aire Libre*”, registrado en las clases 6.28.37.40 de la Clasificación Internacional de Niza, versión 11 que cuenta con certificado de registro No. 597728.

En consecuencia, se ordenó a la convocada suspender: *i)* de forma definitiva la oferta o prestación de servicios relacionados con equipos de gimnasio, utilizando dicho lema comercial; y *ii)* el uso de este en cualquier etiqueta, material de empaque, material publicitario, informativo o promocional, verbal, impreso, magnético o electrónico, incluyendo y sin limitarse a comerciales publicitarios en radio y televisión, cartas, volantes, circulares, correos electrónicos, archivos de sistemas o comunicaciones de cualquier índole para identificar y promocionar equipos de gimnasio.

De igual modo, se dispuso que la demandada destruyera cualquier etiqueta, material de empaque, publicitario, informativo o promocional, verbal, impreso, magnético o electrónico incluyendo facturas, cartas, volantes, circulares, correos electrónicos, archivos de sistemas o comunicaciones de cualquier índole en los que se haya incluido el mencionado lema comercial para identificar equipos de gimnasia, y productos relacionados.

Finalmente, decretó que se publicara la parte resolutive de la sentencia, en un diario de amplia circulación nacional en el lugar que se encuentra ubicado el establecimiento de la demanda, por una sola vez, en los términos del literal g) del artículo 241 de la decisión 486 de la Comunidad Andina.

II. CONSIDERACIONES

1. El artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal Andino de Justicia, establece:

Los jueces nacionales que conozcan de un proceso **en el que deba aplicarse** o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal,

el juez deberá decidir el proceso.

En todos los procesos en los que la sentencia no fuere susceptible de recursos en derecho interno, el juez suspenderá el procedimiento y solicitará directamente de oficio o a petición de parte la interpretación del Tribunal.

A su turno, el artículo 123 de los Estatutos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, dispone sobre la ***Consulta obligatoria***:

De oficio, o a petición de parte, el Juez Nacional que conozca de un proceso en el cual la sentencia fuera de única o última instancia, que no fuere susceptible de recursos en derecho interno, **en el que deba aplicarse** o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, deberá suspender el procedimiento y solicitar directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal.

2. Los presupuestos que determinan la obligatoriedad de la interpretación prejudicial por parte del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina están reunidos en el *sub lite* por las siguientes razones: **(i)** la presente actuación se encuentra en estado de dictar sentencia de segunda y última instancia, no es susceptible de recursos ordinarios adicionales en el derecho interno y; **(ii)** la composición del asunto implica la aplicación de normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, puntualmente la Decisión 486 del 2000.

En consecuencia, resulta necesario solicitar interpretación prejudicial obligatoria, efecto para el cual en cumplimiento de los condicionamientos y requisitos de la formulación de la consulta establecidos en el artículo 125 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, se precisa lo siguiente:

a) Nombre e instancia del Juez o Tribunal nacional consultante.

La autoridad nacional consultante es el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Decisión Civil; Corporación Jurisdiccional de la República de Colombia que conoce del asunto en segunda y última instancia.

b) Relación de las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina cuya interpretación se requiere.

- Los artículos 113, 129, 130, 131, 154, 155 lit. a) y c), 157, 175 inc. 2), de la Decisión 486 del 2000. Igualmente se solicita que de oficio se interpreten las demás normas que el Tribunal estime pertinentes para la resolución de la controversia.

c) Preguntas al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

1. ¿En qué eventos se puede entender que un producto incorpora o reproduce un diseño industrial como conducta infractora?
2. ¿En qué consiste una diferencia secundaria respecto de un diseño protegido?
3. ¿Cuáles son los criterios para establecer una infracción de derechos de propiedad industrial respecto de un diseño?
4. ¿Cuáles son los criterios para establecer una infracción de derechos de propiedad industrial respecto de un lema comercial?
5. ¿En qué casos puede entenderse que un lema comercial tiene una denominación genérica?

d) Identificación de la causa que origina la solicitud.

Se trata del procedimiento verbal con pretensiones declarativas y de condena, promovido por Industrias Greco Romana S. A. S., contra SYC Multiproyectos S. A. S.

La actuación se distingue con el radicado único nacional No. 11 001 31 99 001 2020 19848 02.

e) Informe sucinto de los hechos que el solicitante considere relevantes para la interpretación.

Este informe estará constituido por la síntesis fáctica efectuada en el acápite “I. ANTECEDENTES” del presente proveído. Así mismo, para mayor claridad del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina por secretaría envíese link del expediente.

f) Lugar y dirección en que el juez o tribunal recibirá la respuesta a su consulta.

La respuesta a la consulta podrá ser enviada al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Decisión Civil, ubicada en Avenida Calle 24 N° 53-28, Oficina 305C de la Ciudad de Bogotá D.C., Colombia; teléfono (57 1) 423 33 90 extensiones 8349, 8350, 8351 y 8352, email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

3. De conformidad con lo anterior y en aplicación del artículo 124 de los Estatutos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, corresponde decretar, como en efecto se hará, la suspensión del presente proceso hasta tanto se reciba la interpretación prejudicial solicitada.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. SOLICITAR al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina interpretación prejudicial obligatoria en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. SUSPENDER el trámite del presente procedimiento hasta tanto se reciba la interpretación prejudicial solicitada.

TERCERO. ORDENAR a la Secretaría de la Sala Civil de esta Corporación que elabore y remita el oficio respectivo por vía física y electrónica a la sede del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, al cual incorporará copia íntegra y auténtica del presente proveído y enlace del expediente.

NOTIFÍQUESE

Firma electrónica

IVÁN DARÍO ZULUAGA CARDONA

Magistrado

Firmado Por:

Ivan Dario Zuluaga Cardona

**Magistrado
Sala 010 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

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

Código de verificación:

9d4599918e076695f7c39eb619f27be4a4e12998a52dc8f502f6479a808b1361

Documento generado en 11/11/2021 10:47:48 PM

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

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



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

Bogotá, D.C., doce (12) de noviembre de dos mil veintiuno
(2021)

Ref. **PROCESO VERBAL** de **JORGE LUIS ORTIZ
SALDARRIAGA** contra **AUTOGERMANA S.A.S.**

Radicación n.º **11001319900120210480201**

Magistrada Sustanciadora **LIANA AIDA LIZARAZO V.**

Mediante auto proferido el 22 de octubre de 2021, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 31 de agosto de 2021 por la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, bajo el régimen previsto en el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

En aplicación de esta preceptiva, en la providencia mencionada se determinó que, una vez ejecutoriado el auto, correría el término de cinco días que establece la norma citada para que el extremo apelante sustentara el recurso de apelación.

Vencida la oportunidad referida el 5 de noviembre de 2021, el extremo demandante no cumplió con su carga dentro del término

legal. Esta circunstancia tiene como consecuencia que se declare desierta la impugnación propuesta, conforme lo previsto en el inciso 3 del artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020¹.

A ese respecto, debe tenerse en cuenta que, en relación con el recurso de apelación, en vigencia del Código General del Proceso, la Corte Suprema de Justicia, en diversas decisiones, ha señalado que la presentación de los reparos precisos que se hace ante el *a quo* por el recurrente no corresponde a la sustentación del recurso, la cual debe efectuarse ante el juez que conoce de la segunda instancia.

En ese sentido, la corporación mencionada sostuvo que el apelante “[n]o sólo debe aducir de manera breve sus reparos concretos respecto de esa decisión, sino acudir ante el superior para sustentar allí ese remedio, apoyado, justamente, en esos cuestionamientos puntuales”². De la misma manera, en un pronunciamiento reciente se ha dicho que:

Aceptar entonces que los reparos concretos aducidos ante el a quo al formularse la alzada contra una sentencia son suficientes y que puede soslayarse la sustentación oral frente al superior, impuesta en el canon 322 del Código General del Proceso, contradice los postulados en mención y, de contera, el principio democrático representativo, según el cual, es el Congreso de la República, revestido de una amplia potestad legislativa, el competente para regular los decursos judiciales (art. 150, C.P.).³

¹ El tenor literal de la norma prevé:

Artículo 14. Apelación de sentencias en materia civil y familia. El recurso de apelación contra sentencia en los procesos civiles y de familia, se tramitará así:

(...)

*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.*** (Sombreado fuera del texto original).

² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia STC8909-2017 de 21 de junio de 2017.

³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia STC10150-2020 del 19 de noviembre de 2020.

Igualmente, el alto tribunal ha sostenido que en vigencia del Decreto Legislativo 806 de 2020 es necesario que el recurrente sustente oportunamente el recurso de apelación ante el fallador de segundo grado:

(...) el apelante, posterior a la admisión del remedio vertical, igualmente, debe sustentar ante el fallador de segundo grado, ya sea en audiencia, conforme a lo dictado por el Código General del Proceso, o por escrito, como lo regló el Decreto 806 de 2020, los fundamentos por los que considera procedente la apelación, y no en instancias previas o en otros momentos procesales.⁴

Dicha posición también fue acogida por la Corte Constitucional en sentencia SU-418 de 2019, en la que señaló que el recurrente tiene la obligación de sustentar el recurso de alzada en la audiencia de sustentación y fallo, y que la consecuencia de la inasistencia a dicha diligencia es la declaratoria de desierto de ese medio de impugnación vertical.

Así las cosas, con independencia de que la sustentación del recurso de apelación en el régimen previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020 se haga de forma escritural, lo cierto es que el legislador extraordinario fijó la oportunidad en que se debe realizar dicha actuación y reiteró que la sanción por su incumplimiento, a su vez, es la declaratoria de desierto del recurso, sin que se pueda entender que la falta de sustentación puede suplirse por los reparos presentados ante el *a quo*, conforme con lo expuesto.

Por tanto, se declarará desierto el recurso de apelación presentado en el proceso de la referencia por la parte actora, debido a que no se sustentó oportunamente dicho medio de impugnación,

⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia STC1738-2021 del 25 de febrero de 2021.

esto es, dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria del auto que admitió la alzada, término que transcurrió en silencio.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., en Sala Civil de Decisión, **RESUELVE:**

PRIMERO: Declarar que el recurso de apelación no fue sustentado oportunamente por el demandante y apelante JORGE LUIS ORTIZ SALDARRIAGA.

SEGUNDO: En consecuencia, declarar desierto el recurso de apelación presentado por el demandante y apelante JORGE LUIS ORTIZ SALDARRIAGA.

TERCERO: Devolver las diligencias al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE,

LIANA AIDA LIZARAZO V.

Magistrada

Firmado Por:

Liana Aida Lizarazo Vaca
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 008 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **8e8f22eb19d4fc0050c4e0384cbd84686059e182e32163617e6f57a8445dfde0**

Documento generado en 12/11/2021 04:04:43 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Bogotá, D. C., doce (12) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: RICARDO ACOSTA BUITRAGO

PROCESO : Ejecutivo Hipotecario
DEMANDANTE : Banco Colpatria Multibanca Colpatria
S.A.
DEMANDADO : José Antonio Parra Messier
RECURSO : Queja

ASUNTO

Resuelve el Tribunal el recurso de queja interpuesto, en subsidio de la reposición que formuló la parte opositora Clara Valencia de Parra en contra de la providencia de 3 de noviembre de 2020, proferida por el Juzgado 3º Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de esta ciudad, mediante la cual no se accedió a reconsiderar el efecto en el que fue concedido el recurso de apelación contra la providencia de 4 de febrero de 2020.

ANTECEDENTES

Con auto de 4 de febrero de 2020, se agregó al expediente el despacho comisorio No. 932 de fecha 9 de julio de 2019, proveniente del Juzgado Promiscuo Municipal de la Calera – Cundinamarca. Así mismo, se rechazó de plano oposición que planteó la señora Clara Valencia de Parra de conformidad con el art. 456 del C.G.P., y se ordenó la remisión del comisorio nuevamente al juzgado promiscuo a fin de cumplir con la labor encomendada.

Contra la decisión anterior el apoderado judicial de la opositora interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación, el que fue resuelto desfavorablemente, sin embargo, se concedió la alzada en el efecto devolutivo. Nuevamente el abogado opositor presentó recurso de reposición y en subsidio el de apelación contra el numeral 2º de la parte resolutive de la providencia con el fin de que se modifique el efecto del recurso al suspensivo o diferido.

El juzgado de ejecución en auto de 3 de noviembre de 2020 no accedió a lo solicitado y negó por improcedente el recurso de alzada por tratarse de un auto no apelable.

El interesado solicitó la reposición y subsidio acudir en queja.

LOS RECURSOS

El censor realizó un recuento de las actuaciones surtidas al interior del despacho comisorio y centró su inconformidad respecto de la petición que elevó al *a quo* de conceder el recurso de apelación, contra el auto que rechazó de plano la oposición de su mandante, en el efecto suspensivo o diferido por tratarse de una providencia que tiene el “carácter excepcional de cosa juzgada relativa”. En cuanto a la procedencia del recurso de queja expuso que: “Por tratarse de providencias interlocutorias y de especial relevancia por los efectos que producen sobre los derechos del tercero poseedor, es claro que procede el recurso de apelación en este asunto, aunque no estén taxativamente señalados en la ley, en virtud del principio general o regla de la doble instancia, para así con ello eliminar todo error judicial”.

El *a quo* el 28 de mayo de 2021, confirmó y concedió el recurso de queja.

El expediente fue radicado en el Tribunal el 10 de septiembre de 2021 e ingresó al despacho el 27 del mismo mes y año.

En auto de 29 de septiembre de 2021, se declaró inadmisibile por falta de sustentación, sin embargo, con ocasión del recurso de súplica que incoó el quejoso la Sala Dual en auto de 21 de octubre de corriente año se revocó la decisión; por tanto, se procede a resolver el recurso de queja conforme lo señalado.

CONSIDERACIONES

Para determinar la viabilidad del recurso de apelación deben cumplirse los siguientes requisitos: interés del apelante, oportunidad en que se interpone y naturaleza de la providencia, es decir, si la misma es o no es apelable.

Obsérvese que si bien el art. 323 del C.G.P., regula lo concerniente a los efectos en que se concede la apelación, allí no estableció que dicho auto lo sea. Así mismo, en el art. 320 *ibidem* tal decisión no se encuentra enlistada dentro de las decisiones objeto de alzada.

Luego, fue acertado el motivo por el cual el juez negó la concesión de la pretendida alzada, más si se tiene en cuenta que el recurso contra la providencia cuestionada ya se otorgó y a eso debe orientarse la actuación del proceso, pues la ahora planteada resulta innecesaria.

Véase, esto cabe resaltar, que la discusión que plantea el quejoso puede ser resuelta por el Tribunal de conformidad con el inciso final del art. 325 *ibidem* siempre y cuando advierta que la apelación se concedió en un efecto diferente al que corresponde.

Por lo tanto, se insta al *a quo* para que en cumplimiento a los deberes consagrados en el art. 42 num. 1 del rito procesal vigente, proceda a la remisión del expediente a esta Corporación para desatar el recurso de apelación concedido contra el auto de 4 de febrero de 2020 a fin de evitar moras tan ostensibles.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR BIEN DENEGADO el recurso de queja interpuesto por Clara Valencia de Parra en contra de la providencia de 3 de noviembre de 2020, proferida por el Juzgado 3º Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de esta ciudad.

SEGUNDO: Devuélvase las presentes diligencias al juzgado de origen.

NOTIFIQUESE


RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá, D.C., doce (12) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE : LUIS ANTONIO BARAJAS BECERRA.
DEMANDADA : SEGUROS DE VIDA ALFA – VIDALFA- y
BANCO POPULAR S.A.
CLASE DE PROCESO : PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR
FINANCIERO.

Se ADMITE, en el efecto suspensivo, el recurso de apelación formulado por Luis Antonio Barajas Becerra, contra la sentencia proferida el 10 de agosto de 2021, por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, dentro del proceso de la referencia.

Una vez ejecutoriada esta providencia, la Secretaría procederá a contabilizar el término de cinco (5) días que tiene el apelante para sustentar su recurso, pues en caso de no hacerlo, el mismo se le declarará desierto; y de la sustentación que se presente correrá traslado a la parte contraria en la forma y términos previstos por el artículo 14, en concordancia con el 9, del Decreto Legislativo 806 de 2020.

Tanto la sustentación como la réplica se remitirán al correo electrónico secscribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co. Cada parte, si es del caso, acreditará el envío del escrito a su contraparte para los efectos del artículo 3 y el parágrafo del artículo 9 del Decreto mencionado, lo cual deberá ser tenido en cuenta por la Secretaría

Notifíquese,


RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

Bogotá, D.C., doce de noviembre de dos mil veintiuno.

Rad.: 11001 31 03 004 2021 **00115 01**

Ref.: Ejec., Cardio Colombia S.A.S. Vs. Hospital Internacional del Caribe S.A.S.

Se acepta el **desistimiento** del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto de 21 de abril de 2021, mediante el cual el Juzgado 4° Civil del Circuito resolvió negar el mandamiento de pago. Sin costas por no aparecer causadas.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

El Magistrado,

GERMÁN VALENZUELA VALBUENA

11001 31 03 004 2021 00115 01

Firmado Por:

**German Valenzuela Valbuena
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 019 Civil Familia
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

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

Código de verificación: **bc6d84c0a4dfb3f131469f01d063b92cd8fa2dbf71051421229401dca07eb63a**
Documento generado en 12/11/2021 09:42:06 AM

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

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL DE DECISIÓN

Bogotá, D.C., doce (12) de noviembre de dos mil veintiuno
(2021)

Ref. **PROCESO VERBAL** de **LUZ ELENA RESTREPO DE RESTREPO Y OTROS** contra **MANUEL ROMEYRO ARÉVALO RIAÑO Y OTROS**

Radicación n.º **11001310300620170044301**

Magistrada Sustanciadora **LIANA AIDA LIZARAZO V.**

Procede el Tribunal a resolver el recurso de reposición y, en subsidio, la concesión del recurso de queja, interpuestos por la parte actora contra el auto proferido el 19 de octubre de 2021, por el cual se denegó la concesión del recurso de casación.

ANTECEDENTES

1. Mediante la providencia censurada, no se concedió el medio extraordinario de impugnación referido, debido a que no se satisfizo el requisito del monto del interés para recurrir, puesto que la resolución desfavorable para el extremo activo correspondió a una suma que no excedió de los mil salarios mínimos legales mensuales vigentes para exigidos en la normatividad adjetiva.

2. Inconforme con esta determinación, la parte actora incoó los recursos de reposición y, en subsidio, de queja, con fundamento en que sí le asiste interés para recurrir en casación, dado que no solo se busca que MANUEL ROMEYRO ARÉVALO RIAÑO y LUZ HELENA LÓPEZ ARISTIZÁBAL sean condenados al pago de los perjuicios reconocidos en las sentencias de primera y segunda instancia, sino que también sean sujetos pasivos de dichas reparaciones BERTULFO PARDO HERNÁNDEZ y SEGUROS DEL ESTADO S.A., indemnizaciones que superan con creces el límite de los mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

3. Durante el término de traslado, los demandados guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

1. De conformidad con el artículo 339 del Código General del Proceso, se debe tener en cuenta el interés económico que asista a la parte para considerar procedente o no el recurso extraordinario de casación. Este interés no es otro que la cuantificación del daño o agravio derivado de la sentencia emitida, pero no en cualquier época o fecha, sino *“el valor actual de la resolución desfavorable al recurrente”*, como así lo regula el artículo 338 *ibidem* y, el establecimiento de ese perjuicio, de inevitable fijación, bien puede estar presente en el proceso o, según las circunstancias, determinarse a través de un dictamen pericial.

2. Así las cosas, tal como se indicó en la providencia cuestionada, es claro que el interés para recurrir debe ser superior a la suma de \$908.526.000, equivalente a mil salarios mínimos legales mensuales vigentes para esta anualidad.

No obstante, la afectación al patrimonio de los demandantes con el fallo de segundo grado solamente equivalió a \$304.502.082,18, debido a que ese fue el monto del menoscabo económico que se ocasionó a ese extremo del litigio, sin que para tal fin sea procedente escindir el interés desfavorable frente a cada uno de los demandados, en razón a que la verdadera mengua patrimonial que afectó a la parte actora correspondió a la cifra mencionada atrás.

3. En ese sentido, es pertinente señalar que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha señalado lo siguiente:

A propósito del interés para recurrir, que se acaba de memorar, esta Corporación tiene dicho que “(...) está supeditado al valor económico de la relación jurídica sustancial concedida o negada en la sentencia; vale decir, a la cuantía de la afectación o desventaja patrimonial que sufre el recurrente con la resolución que le resulta desfavorable, evaluación que debe hacerse para el día del fallo” (CSJ AC, 5 sep. 2013, Rad. 00288-00, reiterado en AC1698-2015).

Dicho interés, por tanto, ha precisado con insistencia la Sala,

*“(...) está supeditado al valor económico de la relación jurídica sustancial concedida o negada en la sentencia; vale decir, a la cuantía de la afectación o desventaja patrimonial que sufre el recurrente con la resolución que le resulta desfavorable, evaluación que debe hacerse para el día del fallo, aunque, cuando la ‘sentencia es íntegramente desestimatoria, se determina a partir de lo pretendido en el libelo genitor o su reforma’. Lo anterior significa que, si la sentencia es totalmente desestimatoria de las pretensiones del actor, su interés para recurrir en casación estará definido por lo pedido en la demanda; **pero, si aquella sólo acoge parcialmente lo reclamado por el demandante, la medida del aludido interés estará dada por la desventaja que le deriva la decisión**”¹ (AC1320, 19 de mayo de 2021; sombreado fuera del texto original).*

¹ Citador por la Corte Suprema de Justicia: AC, 5 de septiembre de 2013, rad. 2013-00288-00, reiterado en AC1698-2015 y AC 4387-2019.

De la misma manera, la alta Corporación ha precisado que respecto a *“la determinación del perjuicio económico del censor, se tiene por establecido que corresponde a la sumatoria de los conceptos que, siendo parte de sus expectativas económicas, no tienen reconocimiento en la providencia atacada, estimados a la fecha en que se emite”* (CSJ, AC5352, 8 de septiembre de 2014). De ahí que *“el interés para recurrir no es un concepto abstracto, o meramente formal, sino que corresponde a la cuantificación real del menoscabo que produjo en el patrimonio del impugnante la determinación judicial objeto de su censura extraordinaria”* (CSJ, AC4299, 4 de octubre de 2019).

4. Bajo esta perspectiva, se extrae que el interés adverso al extremo activo equivale al menoscabo patrimonial que la sentencia de segunda instancia le ocasionó, de manera que si aquella decisión fue parcialmente favorablemente a sus intereses, la cuantificación de la mengua económica estará circunscrita a la desventaja que se derivó de esa determinación.

Por lo tanto, es incuestionable que la resolución desfavorable para la parte actora correspondió a la diferencia entre lo reclamado en la demanda y lo efectivamente acogido en el fallo de segundo grado, esto es, \$304.502.082,18, cifra inferior a los mil salarios mínimos legales mensuales vigentes exigidos en el artículo 338 del Código General del Proceso.

En esa medida, no es procedente que el extremo recurrente pretenda que únicamente se contabilice el menoscabo económico frente a los demandados que no fueron sujetos pasivos de las condenas impuestas en la providencia que acogió parcialmente las pretensiones, en atención a que la cuantificación del perjuicio patrimonial solamente puede predicarse respecto de las sumas de

dinero que no fueron reconocidas, en otras palabras, el *quantum* de la resolución desfavorable se ciñe a la desventaja económica que se derivó de la sentencia de segunda instancia, es decir, al monto de \$304.502.082,18, lo que implica indubitablemente que no existe un interés suficiente para recurrir en casación.

5. En consecuencia, se mantendrá incólume el proveído impugnado y se ordenará la remisión del expediente digital para la tramitación del recurso subsidiario de queja ante el superior, de conformidad con los artículos 352 y 353 del Código General del Proceso.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., en Sala Civil de Decisión, **RESUELVE:**

PRIMERO: MANTENER incólume el auto proferido el 19 de octubre de 2021, de conformidad con las motivaciones que anteceden.

SEGUNDO: Por secretaría, remítase oportunamente el expediente digital a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, para que se tramite y decida el recurso de queja interpuesto en este asunto. Ofíciense y déjense las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE,

LIANA AIDA LIZARAZO V.

Magistrada

Firmado Por:

**Liana Aida Lizarazo Vaca
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 008 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

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

Código de verificación: **8049ea4f34113a258cff646483ffd84755d38a3daed09706659c5a68beafe060**

Documento generado en 12/11/2021 04:20:13 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá D.C., doce (12) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Proceso No. 110013103009201700453 01
Clase: EJECUTIVO HIPOTECARIO
Demandante: LILIANA MARCELA SORIANO BERMEO
Demandado: DANIEL FRANCISCO CARO CUBILLOS

El suscrito Magistrado, con fundamento en el numeral 9° del artículo 321 del CGP, en concordancia con el numeral 2° del artículo 596 ídem, resuelve la apelación que los ejecutantes y el demandado interpusieron contra el auto de 14 de julio de 2020 proferido por el Juzgado 9° Civil del Circuito de Bogotá, mediante el cual declaró fundada la oposición que los señores José Naín Osorio Ríos, Julieta Guevara de Osorio y Gilda Gisela Osorio Guevara formularon frente al secuestro del inmueble identificado con el folio de matrícula n.º 50N-281302, ubicado en la carrera 8ª n.º110ª27 de la ciudad de Bogotá.

ANTECEDENTES

1. En virtud de lo deprecado por la ejecutante en el curso del proceso de la referencia, mediante proveído de 10 de noviembre de 2017 el Juzgado 9° Civil del Circuito de esta ciudad ordenó el secuestro del inmueble identificado con folio de matrícula inmobiliaria 50N-281302 de propiedad del demandado Daniel Francisco Caro Cubillos, para lo cual comisionó con amplias facultades a los jueces civiles municipales.

2. En cumplimiento de la referida orden, el Juzgado 45 Civil Municipal de Bogotá, el 24 de abril de 2018, adelantó la diligencia de secuestro, en la que los señores José Naín Osorio Ríos, Julieta Guevara de Osorio y Gilda Gisela Osorio Guevara formularon oposición, con sustento en que son propietarios del predio desde el año 2010, época desde la cual efectúan el pago de servicios públicos e impuestos y le han realizado mejoras al predio; la cual fue aceptada por el comisionado, en atención a que “existe prueba sumaria de una posible posesión”; practicado el secuestro, el bien se dejó en cabeza de una de las opositoras, la señora Gilda Gisela Osorio Guevara.

3. Una vez fenecido el debate probatorio, la juzgadora de primer grado emitió el veredicto confutado (de 14 de julio de 2020), en el que,

decidió en su numeral primero “declarar probado el incidente de oposición al secuestro del bien inmueble identificado con la matrícula inmobiliaria No. 50N-281302, descrito y alinderado en la demanda”, tras señalar que “los opositores han demostrado ser poseedores del bien”, desde el año 2010 y hasta “al momento de practicarse la diligencia de secuestro, inclusive”, pues las declaraciones recaudadas así lo indican, sumado a que se aportó escritura pública de compraventa del predio, que aunque no fue oportunamente registrada da “certeza del hecho de haberse adquirido la posesión” antes del inicio del juicio ejecutivo, y que quienes aducen derechos de propiedad sobre el inmueble confesaron que “pese a haber adquirido en venta el mencionado inmueble, su entrega hasta la fecha no se ha cumplido por los vendedores”, lo que indica que “no se han desprendido de la detentación del bien”.

4. Inconforme con esa decisión, los ejecutantes, René Alexander Soto Pérez (representado por Leonor Pérez de Soto) y Margarita Barreto Rubio, y el demandado Daniel Francisco Caro Cubillos impetraron recurso de reposición y el subsidiario de apelación, con sustento en lo medular, en que los opositores al efectuar la resciliación contenida en la escritura de compraventa n.º 911 de 2016 “se despojaron del animus de poseer el bien”, que al no ostentar la calidad de poseedores carecían de legitimación para oponerse a la diligencia de secuestro, y que se deben desestimar los testimonios practicados en razón a que los testigos no justificaron su inasistencia a la primera citación que se les efectuó, los que además, reflejan “inconsistencias”, pues el dueño del predio es el demandado.

5. Decidido en forma adversa el primero de tales medios de impugnación, se procede a resolver la alzada subsidiaria, en los términos y con las limitaciones que establecen los artículos 322 (numeral 3º), 326, 328 del CGP y la jurisprudencia (CSJ. STC13242/2017 de agosto 301), previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Ha precisado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria que “cuando se trata de la segunda instancia, el juez *ad quem* deberá resolver si revoca o confirma lo censurado a la luz de ‘los reparos concretos formulados por el apelante’ (artículo 320 del Código General del Proceso); de suerte que indique las circunstancias por las cuales sus reparos deben salir avante o están llamados al fracaso” (CSJ. SC. STC1669—2019).

Con miramiento en esa premisa, el suscrito magistrado anticipa la confirmación del auto recurrido, por las razones que se expondrán.

De conformidad con el artículo 309, numeral 2º del CGP, aplicable a las oposiciones al secuestro en virtud de lo previsto en el numeral 2º del artículo 596 ejusdem, podrá oponerse al secuestro “la persona en cuyo poder se encuentra el bien y contra quien la sentencia no produzca efectos,

si en cualquier forma alega hechos constitutivos de posesión y presenta prueba siquiera sumaria que los demuestre”.

Este Tribunal ha sostenido de tiempo atrás que el éxito de la oposición a la entrega (extensivo al secuestro) “...depende de que el tercero acredite su calidad de poseedor material del inmueble respectivo (...) y **[n]o es necesaria una posesión particular o especial, por lo que le basta demostrar la tenencia con ánimo de señor y dueño** (art. 762 C.C.); **tampoco es indispensable que pruebe un tiempo determinado de posesión**, dado que aquí no se discute su mayor o menor aptitud para usucapir. (...) Se trata, pues, de **acreditar que en el tercero opositor concurren los arquetípicos elementos constitutivos del hecho posesorio, a saber: el *corpus* y el *ánimus***, (...) ¹los cuales se prueban, para usar los términos de la ley, ‘por hechos positivos de aquellos a que sólo da derecho el dominio, como el corte de maderas, la construcción de edificios, la de cerramientos, las plantaciones o sementeras y otros de igual significación, ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión’ (art. 981 C.C.).

Es así que en el *sub judice* es preciso dilucidar si para el día 24 de abril de 2018, fecha programada para la diligencia de secuestro del inmueble con folio de matrícula n.º 50N-281302, los señores José Nain Osorio Ríos, Julieta Guevara de Osorio y Gilda Gisela Osorio Guevara ostentaban la calidad de poseedores, condición que les fue reconocida por la juez *a quo* en la providencia cuyo cuestionamiento se resuelve en esta providencia.

Pues bien, del análisis del material probatorio allegado a la actuación, el suscrito Magistrado concluye que quedó demostrado, en los términos del artículo 167 del CGP, que para la enunciada fecha, los mencionados terceros eran verdaderos poseedores del bien. Lo anterior, por lo siguiente:

Es verdad que mediante escritura pública 198 de 1º de febrero de 2010 de la Notaria 34 del Circulo de Bogotá, la sociedad Martha L. Gutiérrez de G. & Compañía S. EN S en Liquidación transfirió a título de compraventa el bien a los señores José Nain Osorio y Julieta Guevara de Osorio y que dicha escritura no se registró en el respectivo folio de matrícula, también lo es que a través de la escritura n.º 911 de 1º de julio de 2016 la sociedad interviniente en el mencionado contrato dispuso su resciliación, sin que por ese solo hecho pueda afirmarse como lo sostienen los recurrentes que los opositores renunciaron al “*ánimus*” de la alegada posesión, pues con independencia de la existencia del contrato de compraventa primigenio, que habilitó el ingreso de los opositores al inmueble y a su posterior resciliación, lo cierto es que aun habiéndose efectuado esta última actuación en el año 2016, los opositores hasta la fecha en que se llevó a cabo la diligencia de secuestro del predio (24 de abril de 2018), no se habían desprendido de la posesión material de éste y continuaron ejerciendo actos de señorío que así lo demuestran, toda vez

¹ TSB SC Sentencia de 20 de julio de 2008, exp. 1998002833 01, M.P. Marco Antonio Álvarez Gómez.

que en defensa de la calidad que “dueños” que aducen ostentar, se han opuesto en los diversos escenarios jurídicos existentes con ocasión de esos negocios jurídicos, con ánimo de proteger dicho predio.

Así pues, lejos de haberse acreditado que los opositores “se despojaron del animus de poseer el bien”, el expediente da cuenta de la interversión, esto es, de la situación de rebeldía que han ejercido contra quien les reclama como suyo el predio, para erigirse en poseedores con ánimo de señores y dueños.

El señorío y dominio de José Naín Osorio Ríos, Julieta Guevara de Osorio y Gilda Gisela Osorio Guevara para el momento de la diligencia de secuestro, quedaron demostrados, entre otras probanzas, con los testimonios de Oswaldo Enciso Marín, Mario Gutiérrez Ballesteros y Yesith Osorio declarantes que conocen que para lo que aquí se decide, pusieron en evidencia los actos de señores y dueños que respaldan la oposición; además, de sus dichos se infiere que para el momento de la diligencia, los opositores se presentaban ante sus conciudadanos como propietarios del inmueble.

Obsérvese que el señor Oswaldo Enciso Marín, quien adujo que una de sus hijas está casada con uno de los hijos del señor Osorio, manifestó que la familia Osorio Guevara ingresó al inmueble alrededor del año 2010, cuando compraron dicho bien, que prestó servicios médicos en los consultorios que allí se instalaron, y que, aunque estos posteriormente se levantaron del predio conoce “con certeza” que desde ese entonces viven allí y que han hecho algunas adecuaciones al bien.

De otra parte, el señor Mario Gutiérrez Ballesteros, quien adujo conocer a los señores José Naín Osorio Ríos y Julieta Guevara desde hace varios años, en razón a que con anterioridad al año 2010 le arrendó en calidad de gerente de la sociedad Martha L. Gutiérrez de G. & Compañía S. EN S en Liquidación el inmueble objeto de litigio a su hijo Yesith Osorio, y posteriormente hacia el año 2010 se lo vendió al Señor Nain Osorio; época desde la cual manifestó que, lo ha visto habitarlo a él y su familia. Mencionó también que, con posterioridad a la aludida venta, el señor Osorio lo llamó y le contó que no había registrado la escritura de compraventa y le pidió que le hiciera una resciliación de dicho acto, petición a la que accedió, pero desconoce los términos de la negociación subsiguiente, pues adujo que: “únicamente firmé una escritura por orden del señor Nain, me dijo hágame el favor rescíeleme la escritura y hágale la escritura al señor Caro que él me va a pagar la casa”. Agregó a su relato que, “hasta la fecha de hoy” ha visto ocupando el predio al señor Nain y su familia, que no conoce a nadie más que haya habitado el predio fuera de ellos.

El último de los testigos, el señor Yesith Osorio, hijo de los señores Nain Osorio y Julieta Guevara manifestó que en el año 2005 arrendó el

predio mencionado y lo usó como unidad médica durante unos 3 o 4 años, luego lo entregó a sus padres para que lo remodelaran, quienes se lo compraron al señor Mario Gutiérrez, y son los propietarios del bien, señaló además que sus padres, hermana y sobrina “todo el tiempo han vivido en la casa” y que desconoce la venta que aducen se le hizo a Daniel Caro.

Dichos testimonios se acompañan con las declaraciones rendidas por los opositores, quienes en lo medular coincidieron en indicar que de forma primigenia llegaron al inmueble con ocasión del contrato de arrendamiento que el señor Yesith Osorio suscribió con el señor Mario Gutiérrez para la prestación de servicios médicos, que posteriormente, hacia el año 2010 los señores Nain Osorio y Julieta Guevara adquirieron a través de contrato de compraventa dicho bien, instrumento que no fue protocolizado ante las autoridades de registro, y que aunque el señor Daniel Caro ofreció comprar el predio y así se pactó, él no les ha pagado el precio acordado; manifestaron que desde adquirieron el mencionado fundo, lo han habitado sin interrupción, le han efectuado remodelaciones y han asumido el pago de servicios públicos e impuestos.

Al vigor demostrativo de los elementos probatorios aludidos en precedencia, se suma igualmente el de los documentos que se aportaron al escrito de oposición, relacionados con el pago de servicios públicos del inmueble, que si bien no revelan, per se, su señorío, sí sirven de indicio acerca del hecho a probar, esto es, de que aquellos se han comportado como dueños del inmueble sin reconocer dominio ajeno.

Del análisis en conjunto del material probatorio reseñado líneas atrás, es dable colegir, que para cuando se practicó la diligencia de secuestro (24 de abril de 2018), los opositores detentaban la posesión del inmueble, que no es otra que la relación de hecho que existe y que trasciende a la vida social mediante actos que demuestran su realización, tal como lo ha puesto de presente la Corte Suprema de Justicia, al afirmar que “[...] la posesión ‘en cuanto situación de hecho que es, debe trascender a la vida social mediante ‘...una serie de actos de inconfundible carácter y naturaleza, que demuestren su realización y vínculo directo que ata a la cosa poseída con el sujeto poseedor. G.J. XLVI, pág. 712)’ (cas. civ. de abril 17 de 1998)”. (TSB, Sala Civil, sentencia de 20 de julio de 2008, exp. 1998002833 01; se resalta)

De lo discurrido, concluye el suscrito magistrado que la providencia recurrida debe confirmarse, en cuanto quedó demostrada, para cuando fue realizada la diligencia de secuestro, la concurrencia de los elementos a que alude el artículo 762 del Código Civil; esto es, el corpus entendido como “...el simple poder de hecho o apoderamiento material de la cosa, es decir, su detentación física”; y el animus “de linaje subjetivo, intelectual o psicológico, que consiste en que el poseedor se comporte como dueño, que tenga la cosa como suya, como su propietario, lo que se traduce en la ejecución de actos inherentes al derecho de dominio, evitando además que

otros invadan su poder como propietario, dueño y señor de la cosa que tiene”².

Por lo demás, no tiene vocación de prosperidad el reparo según el cual deben desestimarse los testimonios recaudados en este trámite incidental, en razón a que los testigos no asistieron a la primera citación que se les efectuó y no justificaron su ausencia, pues dicha petición fue elevada ante la *a quo* de forma previa a la recepción de las declaraciones, habiéndose decidido en la audiencia que tuvo lugar el día 30 de julio de 2019 que los mismos se consideraban necesarios para definir la litis y que por consiguiente se recabarían, sin que ningún recurso se hubiese interpuesto contra dicha determinación, que dicho sea de paso, se encuentra en firme y ejecutoriada; luego al haber precluido la oportunidad procesal para exponer la argumentación aquí esbozada, dicho motivo de inconformidad está llamada al fracaso.

Sin que sean necesarias mayores disquisiciones, se confirmará el auto apelado; no se impondrá condena en costas a la recurrente por no hallarse causadas (art. 365.8, CGP).

En mérito de lo expuesto, el suscrito magistrado sustanciador,

RESUELVE:

Primero. Confirmar el auto de 14 de julio de 2020 proferido por el Juzgado 9º Civil del Circuito de esta ciudad, por las razones expuestas en la parte motiva.

Segundo. Sin condena en costas, dado que no se hallan causadas.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

Firmado Por:

Manuel Alfonso Zamudio Mora

Magistrado

Sala 005 Civil

² CSJ sent. Cas. Junio 24 de 1.997. exp. 4843, aparte jurisprudencial citado en providencia dictada por este tribunal el 13 de julio de 2009 dentro del proceso n.º 11001310302120060024801; se subraya y resalta.

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación:

**13acccfae6fa5b6f09e8e086e9d24170b1f3e0be6a74568ff64b60c8fc2
15721**

Documento generado en 12/11/2021 10:06:25 AM

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



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

**ADRIANA SAAVEDRA LOZADA
Magistrada Ponente**

Bogotá D.C., doce (12) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la entidad ejecutante en contra del auto emitido por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias, el 10 de febrero de 2021, que declaró la terminación del proceso por desistimiento tácito.

I. ANTECEDENTES:

1.- A solicitud del Banco de Occidente, se inició proceso ejecutivo contra Algodonera Andina Ltda., Fernando Duque Gómez, Juliana Duque Becerra y María del Pilar del Niño Jesús Duque Becerra, para la exigibilidad de las sumas contenidas en el pagaré 144893.

2.- El Juzgado Doce Civil del Circuito, el 27 de julio de 2007 libró el mandamiento de pago deprecado y, el 27 de mayo de 2008, se tuvo a la parte ejecutada notificada por aviso.

3.- Ante la falta de oposición, en decisión del 11 de diciembre de 2008 se ordenó seguir adelante la ejecución, en la forma decretada en el mandamiento de pago.

4.- Por reparto, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias, recibió el legajo¹ y el 10 de febrero de 2021, decretó la terminación del litigio por desistimiento tácito, tras verificar que el expediente, se encontraba en Secretaría inactivo por un lapso de dos años.

¹ Auto del 20 de marzo de 2014, avoca conocimiento.

5.- Contra la anterior determinación, la parte ejecutante interpuso recurso de reposición y, en subsidio, el de apelación, Arguyó que, el 17 de enero de 2019, radicó memorial autorizando la entrega de los oficios de medidas cautelares y la certificación del Fosyga requerida por el Juzgado, previo a decretar la cautela, sin embargo, no hubo pronunciamiento.

6.- El 28 de mayo del año en curso, se resolvió la reposición y concedió la alzada, la cual pasa a resolverse, previas las siguientes,

II. CONSIDERACIONES

7.- El recurso de apelación se circunscribe a debatir las razones por las que el *A quo*, decretó la terminación del proceso por desistimiento tácito.

Se advierte, desde ahora, que se confirmará la providencia apelada. Para argumentar la decisión que se anticipa, se expondrán las siguientes razones:

7.1.- El desistimiento tácito es una figura jurídica que busca efectivizar la administración de justicia, hacerla pronta y cumplida, sancionando no sólo la desidia sino también el abuso de los derechos procesales; por ello, ante la falta de actividad de los contendientes, bajo los presupuestos del artículo 317, pueda finiquitarse un litigio.

Así lo estatuye la mencionada norma:

“Artículo 317. Desistimiento Tácito. El desistimiento tácito se aplicará en los siguientes eventos:

*2. Cuando un proceso o actuación de cualquier naturaleza, **en cualquiera de sus etapas, permanezca inactivo en la secretaría del despacho, porque no se solicita o realiza ninguna actuación durante el plazo de un (1) año en primera o única instancia, contados desde el día siguiente a la última notificación o desde la última diligencia o actuación, a petición de parte o de oficio, se decretará la terminación por desistimiento tácito sin necesidad de requerimiento previo. En este evento no habrá condena en costas "o perjuicios" a cargo de las partes.***

El desistimiento tácito se regirá por las siguientes reglas: (...)

b) Si el proceso cuenta con sentencia ejecutoriada a favor del demandante o auto que ordena seguir adelante la ejecución, el plazo previsto en este numeral será de dos (2) años;

c) Cualquier actuación, de oficio o a petición de parte, de cualquier naturaleza, interrumpirá los términos previstos en este artículo;

d) Decretado el desistimiento tácito quedará terminado el proceso o la actuación correspondiente y se ordenará el levantamiento de las medidas cautelares practicadas; (...)"

Sobre la relevancia del desistimiento tácito y las razones del mismo, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, ha enseñado:

*"(...) De suerte que a través de la medida, se pretende expulsar de los juzgados aquellos pleitos que, en lugar de ser un mecanismo de resolución de conflictos se convierten en una «carga» para las partes y la «justicia»; y de esa manera: (i) Remediar la «incertidumbre» que genera para los «derechos de las partes» la «indeterminación de los litigios», (ii) Evitar que se incurra en «dilaciones», (iii) Impedir que el aparato judicial se congestione, y (iv) Disuadir a las partes de incurrir en prácticas dilatorias -voluntarias o no- y a propender porque atiendan con lealtad y buena fe el deber de colaboración con la administración de justicia."*²

Además, el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria ha variado su jurisprudencia, en cuanto a la definición de las solicitudes que tienen la fuerza para interrumpir los términos previstos en el aludido precepto legal, inicialmente consideró que bastaba con "cualquier" escrito³ y postteriormente, ha decantado que esa petición debe tener la relevancia suficiente para impulsar el litigio conforme a su objeto, en palabras de la Corte:

*"(...) «Simples solicitudes de copias o sin propósitos serios de solución de la controversia, derechos de petición intrascendentes o inanes frente al petitum o causa petendi, no pueden tenerse como ejercicio válido de impulso procesal»⁴. A su turno, en sede del recurso extraordinario de revisión, al analizar si el «otorgamiento de un nuevo poder interrumpía el plazo de 30 días» expuso: «Por consiguiente, no puede ser con «cualquier actuación» de la parte que se interrumpa el término legal para impulsar el asunto, pues lo requerido es que adelanten actos idóneos para dicho impulso» (AC7100-2017)."*⁵

² STC11191-2020 M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque

³ STC1836-2020

⁴ STC4021-2020

⁵ STC11191-2020

Entonces, para aplicar ésta forma anormal de terminación del litigio, existiendo sentencia o en el caso del proceso ejecutivo, auto que ordena seguir adelante la ejecución, procede cuando el expediente lleva cuando menos, dos años en secretaría, sin actividad seria o actuaciones idóneas para darle impulso.

7.2.- Realizadas las precisiones conceptuales y jurídicas, se observa en el sub judice, que previo a la declaración de terminación por desistimiento tácito; la última actuación reportada en el cuaderno principal, consistió en un proveído del 6 de julio de 2015 que, reconoce personería a la abogada Mónica Barrera Romero, como apoderada de la parte actora. Y dentro del trámite de las medidas cautelares, obra auto del 28 de junio de 2018, en el cual se conmina a la entidad ejecutante que agote derecho de petición a fin de establecer si los demandados se encuentran cotizando al sistema de seguridad social.

Si bien, en el escrito de interposición de recursos y sustentación, la letrada arguye haber radicado el 17 de enero de 2019 *“un memorial de autorización para entrega de los oficios ordenados por el Juzgado”* y afirma haber allegado *“el derecho de petición al Fosyga como lo había ordenado el Juzgado previo a decretar la medida cautelar,”* ninguna de las dos obran en el legajo y su copia con sello de radicación, no fue aportada por la interesada, es decir, no hay prueba de esa actuación reclamada por la demandante.

Con todo, si en gracia de discusión se aceptara la existencia de esa documentación, conforme a la fecha (17/01/2019) narrada por la recurrente, al momento de la terminación por desistimiento tácito, esto es, el 10 de febrero de 2021, ya se habían superado los dos de inactividad establecidos en el mentado artículo 317 procesal.

7.3.- Corolario de lo anterior, teniendo en cuenta que el proceso permaneció más de dos años, sin impulso de las partes, la apelación planteada por el extremo demandante, carece de vocación de prosperidad, por tanto, esta corporación confirmará el auto cuestionado

III.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en Sala Civil,

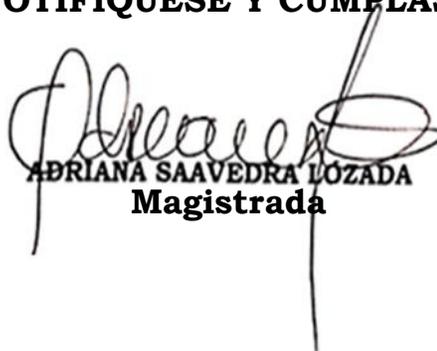
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto proferido por el por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias, el 10 de febrero de 2021, dentro del proceso adelantado por el Banco de Occidente contra Algodonera Andina Ltda., Fernando Duque Gómez, Juliana Duque Becerra y María del Pilar del Niño Jesús Duque Becerra, conforme a lo argumentado en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, por no encontrarse causadas.

TERCERO: DEVOLVER el expediente al Juzgado de Origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ADRIANA SAAVEDRA LOZADA
Magistrada

República de Colombia
Rama Judicial



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL DE DECISIÓN

MAGISTRADA PONENTE	:	LIANA AIDA LIZARAZO VACA
CLASE DE PROCESO	:	EJECUTIVO
DEMANDANTES	:	LUIS ARTURO GALEANO ROJAS y EDILBERTO HERRERA BARRETO
DEMANDADOS	:	SANDRA PATRICIA FIGUEROA CASTIBLANCO y JOSÉ MANUEL GUERRERO GALINDO
RADICACIÓN	:	11001-31-03-013-2019-00185-01
DECISIÓN	:	CONFIRMAR
DISCUTIDO Y APROBADO	:	4 de noviembre de 2021
FECHA	:	Doce (12) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 1º de julio de 2021, por el Juzgado Trece Civil del Circuito de Bogotá D.C.

I. ANTECEDENTES

1. De conformidad con el texto de la demanda, LUIS ALBERTO GALEANO ROJAS y EDILBERTO HERRERA BARRETO instauraron proceso ejecutivo en contra de JOSÉ MANUEL GUERRERO GALINDO y SANDRA PATRICIA FIGUEROA CASTIBLANCO, con el fin de que se librara mandamiento de pago por las siguientes cantidades y conceptos¹:

1.1. Por la suma de \$466´666.667.00 correspondiente al capital insoluto de la obligación contenida en el pagaré No. 003-2016.

¹ Cuaderno Uno. Archivo denominado "Expediente Digitalizado". Folios 5 y 7.

1.2. Por los intereses de plazo derivados de la mencionada cifra, liquidados a la tasa del 1.5% mensual, entre la data de creación del título valor (19 de septiembre de 2016) y su fecha de vencimiento (19 de marzo de 2017).

1.3. Por los intereses moratorios derivados del monto señalado en el numeral 1.1., liquidados a la tasa máxima permitida por la Superintendencia Financiera de Colombia, a partir del 20 de marzo de 2017.

1.4. Por las costas procesales.

2. El libelo introductor se sustentó en los hechos que pasarán a compendiarse²:

2.1. Los integrantes del extremo pasivo suscribieron un contrato de mutuo con los actores el 19 de septiembre de 2016, instrumentalizado en el pagaré No. 003-2016, por la suma de \$466´666.667.00, en el que se plasmó como fecha de vencimiento el 19 de marzo de 2017.

2.2. A su vez, los demandados se comprometieron a cancelar los intereses de plazo a una tasa mensual del 1.5%.

2.3. A pesar de los requerimientos efectuados, los señores GUERRERO GALINDO y FIGUEROA CASTIBLANCO se han sustraído del pago de los emolumentos señalados en el cartular, los cuales corresponden a obligaciones claras, expresas y exigibles, en los términos previstos en el artículo 422 del Código General del Proceso.

La actuación surtida

3. Mediante proveído calendado el 23 de abril de 2019, el Juzgado Trece Civil del Circuito de esta ciudad libró la orden de apremio en los mismos términos solicitados en el escrito de demanda³.

² Cuaderno Uno. Archivo denominado "Expediente Digitalizado". Folio 5.

³ Cuaderno Uno. Archivo denominado "Expediente Digitalizado". Folio 10.

4. Enterados de la acción impetrada en su contra, los señores SANDRA PATRICIA FIGUEROA CASTIBLANCO y JOSÉ MANUEL GUERRERO GALINDO esgrimieron como excepción previa la denominada “*Pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto (artículo 100, numeral 8 del Código General del Proceso)*” y como de fondo la titulada “*Novación de la obligación*”⁴.

5. Evacuada la etapa probatoria y surtida la fase de alegaciones, el Juzgado Trece Civil del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia el 1º de julio de 2021, en la que resolvió: i) Declarar probada la excepción de mérito denominada “*Novación de la obligación*”. ii) Ordenar la terminación del proceso. iii) Decretar la cancelación de las medidas cautelares practicadas y. iv) Condenar en costas y perjuicios a la parte actora⁵.

II. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA APELADA

6. En sustento de las conclusiones a las que arribó el Juez *a quo* en el fallo se encuentran las siguientes⁶:

6.1. En lo tocante a la excepción previa, de entrada se relevó de su estudio, al no haberse impetrado como recurso de reposición contra el mandamiento de pago, tal como lo impone el numeral 3º del artículo 442 del Código General del Proceso.

6.2. En lo atinente a la excepción titulada “*novación*” destacó que, según lo esbozado por los ejecutados, con la suscripción de un nuevo pagaré y de un otrosí a un documento privado, se modificaron las obligaciones plasmadas en el título valor allegado como base de recaudo.

6.3. Después de explicar el significado de la novación y de sus alcances, relató que el 15 de septiembre de 2016 las partes celebraron una conciliación extrajudicial que se refirió, entre otras cosas, a la deuda

⁴ Cuaderno Uno. Archivo denominado “*Expediente Digitalizado*”. Folios 28 y 29.

⁵ Cuaderno Uno. Archivo denominado “*Expediente Digitalizado*”. Folio 56.

⁶ Cuaderno Uno. Archivo denominado “*Expediente Digitalizado*”. Folios 48 a 56.

existente entre los señores SANDRA PATRICIA FIGUEROA CASTIBLANCO y JOSÉ MANUEL GUERRERO GALINDO con LUIS ARTURO GALEANO ROJAS y EDILBERTO HERRERA BARRETO, frente a la cual se suscribió posteriormente un otrosí el 1º de marzo de 2017.

Entre las acreencias objeto de conciliación se aludió a un monto total de \$1.406´126.801.00 que los intervinientes acordaron fijar en \$1.200´000.000.00, para lo cual, luego de señalar la forma en que se sufragaría, aceptaron expresamente que *“(...) con el presente acuerdo y otorgamiento de la hipoteca quedan cubiertas y garantizadas todas las deudas suscritas por los DEUDORES con los ACREEDORES por todo concepto”*.

Con el mentado otrosí se modificó la calidad en la que actuaban los demandados, quienes primero se identificaron como representantes de la sociedad INDUSTRIA NACIONAL AVÍCOLA GUERRERO S.A.S. y posteriormente del GRUPO EMPRESARIAL PROMOVER S.A.S., junto con la variación del monto total de las deudas.

6.4. Resaltó que el pagaré ejecutado en el presente asunto No. 003/2016 por la suma de \$466´666.666.00 se suscribió el 19 de septiembre de 2016, lo que coincide con la conciliación extrajudicial, en tanto que el No. 003/2016 por valor de \$376´666.666.00 allegado con el escrito de excepciones concuerda con la fecha de creación del otrosí.

Además, entre uno y otro título encontró amplias similitudes, solo diferenciadas por la fecha de origen y el valor plasmado, lo que explicó en estos términos: *“las fechas de suscripción y vencimiento son idénticas, el interés es igual en ambos instrumentos, las personas que actúan como deudores y acreedores son las mismas (...)”*.

6.5. Adujo que, independientemente de si los deudores se anunciaron como personas naturales o como representantes legales de personas jurídicas, tanto en el acuerdo conciliatorio como en el otrosí, ello no se torna relevante para dirimir este litigio, puesto que, de un lado, no milita en el plenario ninguna prueba que acredite su calidad de

representantes de la INDUSTRIA NACIONAL AVÍCOLA GUERRERO S.A.S. o del GRUPO EMPRESARIAL PROMOVER S.A.S., y del otro, está más que claro que las deudas contraídas previamente por los deudores naturales fueron las que se quisieron conciliar, mismas que finalmente se representaron en los pagarés Nos. 001/2016, 002/2016 y 003/2016 y actualmente se ejecutan ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Guaduas (*Cundinamarca*).

6.6. Con ese panorama, coligió que al tenor de lo previsto en el artículo 1687 del Código Civil, el mentado “*arreglo*” constituyó una auténtica novación en virtud de la cual el pagaré No. 003/2016 por valor de \$466´666.666.oo posteriormente se actualizó por el de una cifra menor, \$376´666.666.oo, siendo este último uno de los que hacen parte del proceso ejecutivo adelantando en el mencionado despacho.

III. LA APELACIÓN

7. Admitido el recurso de apelación bajo el régimen previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, la parte demandante sustentó oportunamente la alzada con los siguientes reparos:

7.1. Insistió en que nunca se presentó una novación de la obligación contenida en el instrumento cambiario No. 003/2016 que se adosó a esta actuación, pues la deuda allí contenida se encuentra insoluta.

7.2. Tal como se desprende de los interrogatorios absueltos en el curso del juicio y de los pagarés arrimados al informativo, es evidente que las partes han sostenido múltiples relaciones comerciales, lo que legitima la acreencia que es objeto de análisis.

7.3. Destacó que los deudores actuaron *ab initio* como personas naturales, más no como representantes de personas jurídicas.

7.4. Si bien es cierto, las partes suscribieron un otrosí, no lo es menos que versó sobre obligaciones ajenas a las que son objeto de este

litigio, pues ello se desprende de la calidad en la que actuaron JOSÉ MANUEL GALINDO GUERRERO y SANDRA PATRICIA FIGUEROA CASTIBLANCO, quienes se anunciaron como deudores en nombre propio y como representantes del GRUPO EMPRESARIAL PROMOVER S.A.S.; por lo tanto, el pacto efectuado no cobijó las obligaciones que aquellos tenían como personas naturales.

7.5. No operó la figura de la novación, pues no bastaba con la suscripción de un otrosí en un documento, sino que se requería de la creación de un nuevo pagaré en virtud del cual se invalidara el primigenio; amén de necesitar la expresa declaración de las partes de “*novar*” la obligación precedente por la ulterior.

En ese orden de ideas, ante la carencia de la declaración que incluya la novación, no puede “*deducirse*” que se configuró, menos aún cuando dicha figura implica la extinción de una obligación y la sustitución por otra.

IV. CONSIDERACIONES

1. Tiene sentado la doctrina que el proceso de ejecución es la actividad procesal jurídicamente regulada, a través de la cual el acreedor, fundándose en la existencia de un título que tiene la calidad de plena prueba contra el deudor, demanda la tutela efectiva del Estado con el fin de que se obligue coactivamente al deudor para que cumpla con las obligaciones a su cargo que se encuentran insolutas o insatisfechas; por lo tanto, para la viabilidad de este tipo de acciones se requiere como exigencia *sine qua non*, allegar con el libelo introductorio el documento que reúna en su integridad las características contempladas en el artículo 422 del Código General del Proceso, que reza: “**Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante, y constituyan plena prueba contra él (...)**” (resaltado por la Sala).

Bajo ese panorama, el título que se adose al encuadernamiento para impulsar la orden de apremio debe reunir a cabalidad los requisitos

previamente señalados, pues la ausencia de cualquiera de ellos lo hace anómalo o incapaz de soportar la acción ejecutiva.

No obstante lo anotado, cuando la acción recae sobre un título valor, además de contener las características generales de cualquier instrumento ejecutivo, también requiere de otros elementos especiales que le otorgan una naturaleza cualificada.

Es así que, para el caso del pagaré, en el cartular allegado para su recaudo deben converger tanto los requisitos señalados en el artículo 621 del Código de Comercio (*la mención del derecho que en él se incorpora y la firma de quien lo crea*), como los especiales consagrados en el artículo 709 *ejusdem*, a saber: a) La promesa incondicional de pagar una suma determinada de dinero; b) El nombre de la persona a quien deba hacerse el pago; c) La indicación de ser pagadero a la orden o al portador y, d) La forma de vencimiento.

2. Teniendo en cuenta que el pagaré No. 003/2016 del 19 de septiembre de 2016 no fue tachado ni redargüido de falso, ya que la parte demandada no cuestionó su existencia ni su contenido, el objetivo de la Sala se centrará en verificar si, como se indicó en la sentencia cuestionada, la obligación que se desprende de ese instrumento se novó por otra posterior, para lo cual primero se analizará el marco normativo y jurisprudencial de esta figura.

3. Al tenor de lo previsto en el artículo 1687 del Código Civil, la novación “*es la sustitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda por tanto extinguida*”, la cual puede efectuarse de tres modos distintos siguiendo las premisas del artículo 1690 *ejusdem* que reza: “1) **Sustituyéndose una nueva obligación a otra, sin que intervenga nuevo acreedor o deudor.** 2) *Contrayendo el deudor una nueva obligación respecto de un tercero, y declarándole en consecuencia libre de la obligación primitiva el primer acreedor.* 3) *Sustituyéndose un nuevo deudor al antiguo, que en consecuencia queda libre*” (resaltado intencional); por lo tanto, para que se configure a plenitud debe presentarse la extinción de una obligación inicial y el nacimiento de otra

diferente que deje sin efectos a aquella, como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, así: “La novación supone, pues, de manera invariable (...) la sustitución de una obligación por otra, esta última fruto del acuerdo de voluntades de las partes en orden a dar por extinguida la obligación primitiva, para reemplazarla por otra nueva que difiere sustancialmente de aquella y en relación con la cual el deudor queda exclusivamente vinculado”⁷.

Aunado a ello, el artículo 1693 *Ibídem* contempla que las partes deben declarar la novación para tener certeza de la exteriorización de su voluntad; sin embargo, esa declaración también puede ser tácita cuando de sus actuaciones se desprende sin hesitación dicha intención, veamos: “Para que haya novación es necesario que lo declaren las partes, **o que aparezca indudablemente que su intención ha sido novar, porque la nueva obligación envuelve la extinción de la antigua**”, aspecto sobre el que la citada Corporación ha anotado lo siguiente: “**Querer los efectos de la nueva obligación es, entonces, cual lo ha definido esta Sala, condición fundamental de la novación**, bien sea porque así lo declaren expresamente las partes o **porque sea circunstancia claramente deducible de la intención de las mismas**”⁸ (resaltado ajeno al texto), lo que significa que, no necesariamente debe mediar una manifestación expresa de que se está novando, si del comportamiento de las partes así se desprende con suma claridad, siendo precisamente esa la tarea del operador jurídico al momento de estudiar el caso en particular, en razón a la posibilidad de que dicha novación sea tácita.

4. Descendiendo al asunto en concreto, del cuerpo del pagaré obrante a folios 4 y 5 del cuaderno principal, resulta imperioso extraer de su contenido las siguientes características:

- Se creó el 19 de septiembre de 2016.
- Se identificó con el número 003/2016.

⁷ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil. Sentencia del 23 de enero de 1992. M.P. Dr. Eduardo García Sarmiento. ID No. 15477.

⁸ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil. Sentencia del 27 de julio de 1995. M.P. Dr. Nicolás Bechara Simancas. Expediente No. 4471.

- Fungieron como deudores los señores SANDRA PATRICIA FIGUEROA CASTIBLANCO y JOSÉ MANUEL GUERRERO GALINDO.
- Se estipuló como fecha de vencimiento el 19 de marzo de 2017.
- Se señaló como capital la suma de \$466´666.667.oo.
- En la cláusula quinta se estableció que el título garantizaría la hipoteca constituida sobre el inmueble identificado con el folio de matrícula No. 162-86 del municipio de Guaduas (Cundinamarca).

5. Ahora bien, aunque los acreedores LUIS ARTURO GALEANO ROJAS y EDILBERTO HERRERA BARRETO ejecutaron dicho cartular ante el Juzgado Trece Civil del Circuito de Bogotá D.C., asegurando que se trataba de un documento completamente independiente y autónomo de cualquier otra relación contractual que tuvieran con los demandados, con el escrito de excepciones se aportaron varios legajos que permiten evidenciar que las obligaciones pactadas por las partes en dicho pagaré *ab initio* sufrieron modificaciones e incluso, fueron sustituidas en su integridad con otro pagaré, veamos:

5.1. Con el escrito defensivo se allegó un título valor de similares características al que es materia de este proceso, coincidente en el número de identificación (003/2016), las partes que intervinieron en su creación, las fechas tanto de creación como vencimiento, y la estipulación de la cláusula quinta atinente a garantizar la hipoteca constituida sobre el inmueble identificado con el folio de matrícula No. 162-86. La única diferencia sustancial fue en el monto pactado pues allí se aludió a \$376´666.668.oo y en la otra a \$466´666.667.oo⁹.

5.2. También se adjuntó a la contestación un documento titulado “*conciliación extrajudicial*” calendado el 15 de septiembre de 2016, suscrito por los acreedores y los deudores (SANDRA PATRICIA FIGUEROA CASTIBLANCO y JOSÉ MANUEL GUERRERO GALINDO), a través del cual quisieron “*dirimir y conciliar extrajudicialmente **todas y cada una de las obligaciones contractuales, deudas y negocios jurídicos que***”

⁹ Cuaderno Uno. Archivo denominado “*Expediente Digitalizado*”. Folios 16 y 17.

celebraron las partes antes de la fecha de la firma del presente documento privado”.

Después de recapitular todas las acreencias pendientes, establecieron como suma global el monto de \$1.406´126.801.00, frente al cual acordaron “*conciliar*” como único saldo la suma de \$1.200´000.0000.00. Con ocasión de ese pacto, se comprometieron a constituir un gravamen hipotecario sobre el inmueble identificado con el folio de matrícula No. 162-86 y a otorgar tres (3) pagarés, cada uno por valor de \$466´666.666.00¹⁰.

5.3. El 1º de marzo de 2017 se suscribió un otrosí derivado del mencionado acuerdo de “*conciliación extrajudicial*”, en el que las mismas partes que allí habían intervenido se reunieron para modificarlo y reemplazar uno de los pagarés por otro de menor valor.

Es así que el pagaré No. 3 ya no sería de \$466´666.666.00 como sus semejantes, sino de \$376´666.668.00¹¹.

6. Concatenados los hechos expuestos por ambas partes y lo que revela el análisis sistemático de los citados documentos, se concluye que sí existió una novación de la obligación primigenia que se había plasmado en el pagaré base de esta acción, para lo cual se efectuarán varias precisiones.

6.1. De manera preliminar debe aclararse que, contrario a lo que pretende hacer ver el recurrente al sostener que el pagaré no podía sustituirse con un otrosí, sino únicamente con la expedición de otro título de idéntica naturaleza que anulara el primero, dicho argumento no es de recibo en esta Sala, así como tampoco lo fue en primera instancia, puesto que la novación como figura de extinción y sustitución se refiere exclusivamente a la obligación, más no al instrumento en el que estuvo contenida la antigua o en la que se depositó la ulterior.

¹⁰ Cuaderno Uno. Archivo denominado “*Expediente Digitalizado*”. Folios 20 y 21.

¹¹ Cuaderno Uno. Archivo denominado “*Expediente Digitalizado*”. Folios 22 y 23.

Siendo así, la deuda inmersa en un pagaré no requiere ser plasmada en otro título valor de similares características para que opere la novación, teniendo en cuenta que las partes involucradas están facultadas para modificar las condiciones iniciales y plasmar la nueva obligación en otro título valor (*pagaré, letra de cambio, cheque etc*) o incluso en un título ejecutivo.

Sin embargo, al margen de lo anterior, como se podrá ver más adelante, aunque la causa detonante de la novación fue el otrosí de la “*conciliación extrajudicial*”, la obligación incluida en el pagaré obrante a folios 4 y 5 del cuaderno principal terminó siendo sustituida por el militante a folios 16 y 17, en el que se cambiaron algunas condiciones del título No. 003/2016, para que este último adquiriera la única virtud ejecutiva.

6.2. Otro elemento que debe abordarse se contrae a la calidad en que actuaron los interesados, tanto en el pagaré allegado como fuente de recaudo como en la “*conciliación extrajudicial*” y en su correspondiente otrosí, pues el apelante aduce como argumento toral que los demandados se identificaron en estos últimos documentos como representantes legales de algunas sociedades, cuando en el pagaré solo actuaron como personas naturales.

Revisado el plenario es menester anotar que ese hecho, al que busca darse tanta relevancia, en realidad es un tema bastante superfluo para los fines de la novación estudiada, por lo siguiente:

6.2.1. Es cierto que en el pagaré No. 003/2016 (base de la acción), SANDRA PATRICIA FIGUEROA CASTIBLANCO y JOSÉ MANUEL GUERRERO GALINDO firmaron como personas naturales.

Como se explicará más a fondo en líneas posteriores, no existe ninguna duda que ese pagaré está íntimamente ligado a la “*conciliación extrajudicial*” ya que nació a la vida jurídica como consecuencia de ese acuerdo.

6.2.2. En dicha conciliación los referidos señores FIGUEROA CASTIBLANCO y GUERRERO GALINDO actuaron **en nombre propio** y como representantes legales de la sociedad INDUSTRIA NACIONAL AVÍCOLA GUERRERO S.A.S., con el fin dirimir y conciliar **“todas las obligaciones contractuales, deudas y negocios jurídicos que celebraron las partes antes de la firma del presente documento privado de transacción o conciliación extrajudicial”**, lo que permite deducir que ese acuerdo cobijó no solo las acreencias que pudiera tener la mencionada sociedad con LUIS ALBERTO GALEANO ROJAS y EDILBERTO HERRERA BARRETO, sino también todas las que aquellos hubieran contraído en su propio nombre y como personas naturales.

Es así que en el mismo texto aparece un pacto del siguiente tenor: **“Las partes acuerdan y aceptan que con el presente acuerdo y otorgamiento de la hipoteca quedan cubiertas y garantizadas todas las deudas suscritas por los DEUDORES con los ACREEDORES por todo concepto”** (resaltado intencional), lo que lleva a concluir irrefutablemente que esa conciliación subsumió todas las obligaciones precedentes que tuvieran los demandados en su propio nombre, con independencia de las que tuvieran también las personas jurídicas que ellos estuvieran representando en ese acto.

Lo mismo se predica del otrosí en el que SANDRA PATRICIA FIGUEROA CASTIBLANCO y JOSÉ MANUEL GUERRERO GALINDO actuaron **en nombre propio** y como representantes del GRUPO EMPRESARIAL PROMOVER S.A.S.

Con esa línea de pensamiento, no escapa a la lógica que los acuerdos allí plasmados irradiaron sus efectos a las deudas que ellos tuvieran como particulares y por eso fungieron en todo momento en su propio nombre, por lo que es irrelevante que se hiciera mención a presuntas obligaciones de esas personas jurídicas, ya que lo verdaderamente importante es que los demandados ***“conciliaron”*** sus deudas personales.

De hecho, en ningún canon se establece que cuando se va a novar una obligación no puedan incluirse otras adiciones como, por ejemplo, la de integrar deudas a cargo de terceros, lo permite colegir que tanto la conciliación extrajudicial como el otrosí resultaron perfectamente viables para que opere la novación.

6.2.3. De otro lado, aunque el censurante insista en que la obligación que aquí se cobra es ajena a las que hicieron parte de la conciliación y del otrosí, fácil es advertir que absolutamente todas las deudas de SANDRA PATRICIA FIGUEROA CASTIBLANCO y JOSÉ MANUEL GUERRERO GALINDO (*de cualquier naturaleza*) se incluyeron en esos documentos ya que no se impuso ninguna clase de excepción.

Por ende, como en el escrito de conciliación se dijo que estaban inmersas las obligaciones contractuales, deudas y negocios jurídicos celebrados por las partes hasta ese momento (15 de septiembre de 2016), la misma suerte corrieron todas las que se siguieron generando posteriormente hasta la suscripción del otrosí, en el que se indicó con claridad que, salvo las nuevas modificaciones, “[/]as demás cláusulas se mantienen en las mismas condiciones y así lo establecen las partes”.

6.3. Resulta evidente que si el documento titulado “*conciliación extrajudicial*” se creó el 15 de septiembre de 2016 (*misma fecha en la que todos los intervinientes hicieron presentación personal ante Notario*), con el objetivo de dirimir y conciliar cualquier deuda o negociación anterior que hubiera surgido entre las partes, para materializar lo allí pactado se instrumentalizaron tres pagarés por la suma de \$466´666.666.00 cada uno, tal como se estipuló en dicho acuerdo así: “*Parágrafo. La hipoteca ABIERTA SIN LÍMITE DE CUANTÍA deberá otorgarse en la escritura por un valor de CIEN MILLONES DE PESOS M/CTE (\$100.000.000.00) y el valor restante deberá ser respaldado por TRES (3) pagarés que forman parte de la hipoteca de primer grado por valor de (...) (\$466.666.666.00 cada uno”, lo que a su vez coincide con el hecho de que en el cartular aquí ejecutado se expresó con claridad que el título estaba garantizando la hipoteca sobre el inmueble identificado con el folio de matrícula No. 162-86, lo que permite identificar a plenitud su génesis.*

Así mismo, debe destacarse que el mencionado pagaré por la suma de \$466´666.667.oo se creó cuatro (4) días después de la suscripción de la “*conciliación extrajudicial*”, por lo que se infiere que emanó de esta.

6.4. Como se pudo identificar que el pagaré allegado como base de recaudo se erigió en virtud de la citada conciliación, cuando se expidió el otrosí fechado el 1º de marzo de 2017, por sustracción de materia se modificaron las condiciones inicialmente pactadas y, en particular, el valor asignado al pagaré No. 3 que se redujo de \$466´666.666.oo a \$376´666.668.oo por voluntad de las partes al manifestar que “*se han reunido para modificar el acuerdo suscrito el pasado 8 de [s]eptiembre de 2016 y autenticado el día 15 de los mismos, respecto al valor de la hipoteca y el reemplazo de uno de los pagarés por uno de menor valor así: (...) Pagaré No. 3: Por valor de (...) (\$376.666.668.oo)*”.

Y eso también explica por qué el pagaré No. 003/2016 aportado con el escrito de excepciones tiene una presentación personal de la misma fecha del otrosí, es decir, el 1º de marzo de 2017¹².

6.5 Corolario de lo anterior es que el título valor No. 003/2016 allegado con la demanda por la suma de \$466´666.667.oo nació como consecuencia directa de la “*conciliación extrajudicial*” y, por ende, luego de que se emitió el otrosí, las partes convinieron modificar ese pagaré para disminuir el monto de su capital a \$376´666.668.oo, lo que llevó a sustituirlo por otro con el mismo número 003/2016 e idénticas condiciones en su contenido, documento que por demás está decir, nunca fue tachado de falso ni desconocido por los demandantes.

Es más, como prueba de que los acreedores aceptaron ese nuevo pagaré, se adosó al plenario el mandamiento de pago calendado el 2 de octubre de 2018 proferido por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Guaduas (*Cundinamarca*), dentro del proceso ejecutivo para la efectividad de la garantía real promovido por LUIS ALBERTO GALEANO ROJAS y EDILBERTO HERRERA BARRETO en contra del GRUPO

¹² Cuaderno Uno. Archivo denominado “*Expediente Digitalizado*”. Folios 16 y 17.

EMPRESARIAL PROMOVER S.A.S. representado por JOSÉ MANUEL GUERRERO GALINDO, en razón a que la persona jurídica era la propietaria actual del inmueble identificado con folio de matrícula No. 162-86, sobre el que pesa la garantía hipotecaria.

En dicha acción se ejecutó, entre otros, el pagaré No. 003 del 19 de septiembre de 2016 por la suma de \$376´666.6688.oo, con fecha de vencimiento del 19 de marzo de 2017¹³.

Bajo ese cariz, se observa que a pesar de que ya se había impulsado el pago del precitado título valor ante el Juzgado de Guaduas, los demandantes en esta causa pretendieron ejecutar el pagaré que le antecedió, el cual, por lo menos para las partes, ya había perdido cualquier tipo de efecto jurídico al haber sido modificado íntegramente por el cartular No. 003/2016 por la suma de \$376´666.6688.oo.

6.6. Ese comportamiento que adoptaron los acreedores y los deudores al suscribir el otrosí y que llevó a estos últimos a crear el pagaré No. 003/2016 (*con fecha de presentación notarial el 1º de marzo de 2017*) como acto seguido, indudablemente demostró su clara intención de alterar las condiciones plasmadas en la “*conciliación extrajudicial*” de la que emanó directamente el pagaré No. 003/2016 (*con fecha de presentación notarial el 19 de septiembre de 2016*).

Es decir, a pesar de que no hubo una declaración o manifestación expresa de novar la obligación primigenia, está más que demostrado que tácitamente lo hicieron al permitir que variara el capital del mencionado cartular para aminorarlo, pero dejando íntegras las demás condiciones que sobre esa acreencia ya estaban pactadas, incluidas sus fechas de creación y de vencimiento, por lo que se concluye que a pesar de que el segundo título se emitió hasta el mes de marzo de 2017, las partes le dieron un carácter retroactivo como si en verdad se hubiera generado desde el mes de septiembre de 2016.

¹³ Cuaderno Uno. Archivo denominado “*Expediente Digitalizado*”. Folio 24.

7. Con ese panorama, se confirmará la sentencia apelada y, en consecuencia, se condenará en las costas a la parte ejecutante.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., en Sala Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **RESUELVE:**

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 1º de julio de 2021 por el Juzgado Trece Civil del Circuito de Bogotá D.C.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte actora.

TERCERO: En su oportunidad, devuélvase el expediente al juzgado de conocimiento.

La Magistrada Ponente señala como agencias en derecho la suma de \$2'000.000.

NOTIFÍQUESE,

LIANA AIDA LIZARAZO VACA
Magistrada

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ
Magistrada

JOSÉ ALFONSO ISAZA DÁVILA
Magistrado

Firmado Por:

**Liana Aida Lizarazo Vaca
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 008 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

**Jose Alfonso Isaza Davila
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 018 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

**Martha Patricia Guzman Alvarez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 012 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

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

Código de verificación:

**0e6d92f4088f3d5dffbf3c36c6d9897f85c44b20c7c89b1aef83b1ee6e98
3028**

Documento generado en 11/11/2021 07:48:49 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá D.C., doce (12) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Magistrado ponente: **MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA**

Proceso N.º 110013103019201900376 01
Clase: VERBAL – ACCIÓN PAULIANA
Demandante: EDILBERTO PARDO
Demandadas: BLANCA NELLY MORENO DE PARDO,
PILAR YAMIRA PARDO MORENO y
PAOLA PARDO RÍOS

Sentencia discutida y aprobada en sala n.º 42 de 2 de noviembre del año en curso.

El Tribunal emite sentencia escrita, en los términos del inciso 3º del artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 4 de junio de 2020, con motivo de la apelación que el demandante interpuso contra la sentencia escrita de 9 de abril de 2021 proferida por el Juzgado 19 Civil del Circuito de Bogotá, mediante la cual le negó sus pretensiones tras estimar no acreditados los presupuestos de la acción revocatoria impetrada.

ANTECEDENTES

1. Edilberto Pardo presentó demanda para que se revoque, por haberse celebrado en fraude de sus derechos como acreedor laboral, el contrato de compraventa contenido en la escritura pública n.º 336, suscrita el **22 de marzo de 2016** en la Notaría 49 del Circuito de Bogotá.

En consecuencia, solicitó que se oficie a la oficina de registro de instrumentos públicos de la zona centro de esta ciudad, para que se cancelen las anotaciones correspondientes en el folio de matrícula n.º 50C - 238291.

Para soportar sus pretensiones, relató el demandante que laboró para el señor Carlos Ulices Pardo Ríos desde el año 2001 y hasta parte del 2008, “sin que se le cancelaran algunos de sus salarios y prestaciones sociales”, razón por la cual promovió proceso ordinario laboral para el reconocimiento de su acreencia, juicio en el que, agotadas las instancias de rigor, se profirió el fallo de 12 de abril de 2018, con el que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tras casar el fallo

proferido por el *ad quem*, en sede de instancia, modificó el inciso sexto del numeral tercero de la sentencia de primer grado, “en el sentido que la condena por indemnización moratoria que debe cancelar el demandado al trabajador demandante, corresponde a la suma diaria de \$23.456 por los primeros 24 meses desde la finalización de la relación de trabajo y, a partir del mes 25, los intereses moratorios hasta que se verifique el pago”, y la confirmó en lo demás.

El deudor Pardo Ríos falleció en el año 2014, y sus herederos, a través de la escritura pública n.º 3594, suscrita el 30 de diciembre de 2015, adelantaron la sucesión; no obstante, no podía incluir allí, como pasivo, su acreencia laboral, toda vez que el fallo de la Corte vino a proferirse el 12 de abril de 2018.

Una vez se les adjudicó a las demandadas Blanca Nelly Moreno y Pilar Yamira Pardo, cónyuge e hija del causante, respectivamente, el inmueble descrito en precedencia, con el fin de sustraerse a la antedicha acreencia laboral, procedieron a enajenarlo a Paola Pardo Ríos, nieta y sobrina, en su orden, a través de la escritura pública n.º 336, suscrita el **22 de marzo de 2016** en la Notaría 49 del Círculo de Bogotá, aquí cuestionada.

No obstante, la venta fue “simulada”, si se tienen en cuenta los siguientes indicios: i) la enajenante Moreno de Pardo continúa habitando el predio que presuntamente enajenó a su nieta; ii) aún cobra cánones por el arriendo de algunas zonas del inmueble; iii) no posee más bienes a su nombre; iv) no pagó el precio que aparece en el instrumento público; v) la supuesta compradora no presentó un incremento patrimonial luego de la transacción.

Bajo ese horizonte, considera el actor que se hace necesario “invocar el amparo legalmente establecido de acción pauliana, con el fin de proteger el patrimonio del acreedor..., para que... se restituyan o preserven los bienes en cabeza o bajo la titularidad de las deudoras obligadas, aquí demandadas, Blanca Nelly Moreno y Pilar Yamira Pardo”, dado que “el acto notarial de transferencia del bien inmueble se realizó por temor a la exigibilidad de las obligaciones pecuniarias que podrían derivarse del proceso laboral...”.

Por último, resaltó que su interés para promover la acción revocatoria nació el 15 de junio de 2018, cuando el juzgado de primera instancia del juicio laboral profirió el auto de obediencia a lo resuelto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

2. Notificadas, las demandadas excepcionaron “inexistencia del demandado y/o falta de legitimación en la causa por pasiva”, “caducidad y prescripción de la acción”, “inexistencia de la obligación y cobro de lo

no debido”, “falta de nexo causal” y “temeridad y mala fe”, soportadas, en síntesis, en lo siguiente:

i) Si el fallo que otorgó al demandante la calidad de acreedor se profirió hasta el año 2018, no era posible que dos años antes, en el 2016, cuando se instrumentó el negocio cuestionado, existiera en las demandadas el ánimo de defraudarlo, sobre la base de que para esa época ni siquiera se sabía que era acreedor, de suerte que no se cumple uno de los requisitos de la acción en estudio, cual es que el demandante sea titular de un crédito preexistente al acto cuestionado.

ii) Para cuando se radicó la demanda ya había transcurrido la anualidad a que alude el artículo 2491.3 del Código Civil para que el acreedor quedara desprovisto de acción.

iii) Si para la fecha en que se celebró el negocio cuestionado el deudor había fallecido, no puede decirse que se hubiere insolventado de mala fe, menos cuando sus causahabientes, las aquí demandadas, no tienen ningún vínculo obligacional con el actor y, en todo caso, la acreencia a la que alude el demandante “no se había causado al momento de la muerte del señor Pardo Ríos”.

4. La sentencia de primera instancia

Tras encontrar satisfechos los presupuestos procesales y enlistar los elementos de la acción, la juez *a quo* negó las pretensiones de la demanda, por no encontrar acreditado un “desequilibrio en el patrimonio del deudor” como resultado del negocio jurídico cuestionado, sin que pudiera desconocerse que, precisamente, la prosperidad de la acción ejercida supone demostrar que “los pasivos de aquél [el deudor] son mayores que sus activos provocando la imposibilidad del pago de la acreencia existente”.

Destacó que si bien es cierto la acreencia del demandante es anterior “al negocio jurídico que aquí se ataca”, si se tiene en cuenta que el deudor fallecido fue condenado “por parte del Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá en fallo de [primera] instancia de fecha 17 de noviembre de 2009, modificado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 12 de abril de 2018”, no lo es menos que no solo no está demostrado el presupuesto que viene de mencionarse (insolvencia de las causahabientes), sino que, pese a incoarse la acción pauliana, con miras a que se revoque un negocio jurídico, “los fundamentos de hecho así como las pruebas por dicho extremo solicitadas, se encaminaron a la demostración de la existencia de una simulación respecto del negocio jurídico en mención, situación que a todas luces se torna incongruente”.

Esa incompatibilidad entre las pretensiones, los hechos y las pruebas, pone al descubierto que el demandante confunde la acción revocatoria (que soporta el *petitum*) de la acción de simulación (con base en la cual se confeccionaron los hechos del libelo y la solicitud de pruebas).

Y es que tales remedios, instituidos para defender la prenda común que puede ser menoscabada por conductas del deudor en connivencia con terceros, no pueden ser confundidos, porque mientras en la acción revocatoria el negocio ha de ser cierto o real, en la de simulación el acto es ficticio o aparente.

De tal suerte que, si en el componente fáctico de la demanda se indicó que la compraventa de 2016 es simulada, al punto de enlistarse algunos indicios que apuntan a demostrar el fingimiento de dicha enajenación, no podía pedirse, en las pretensiones, la revocación de dicho negocio al abrigo de la acción pauliana o revocatoria.

Por lo demás, como se dijo al comienzo, no se probó “que con la celebración de la venta del bien inmueble objeto de esta trámite, las demandadas quedaran completamente desposeídas de bienes, o por lo menos que tal acto hubiere afectado la prenda general del acreedor, en particular, pues tal transferencia no constituye en sí prueba irrefutable, inequívoca y categórica de la inexistencia de un patrimonio con qué responder por las obligaciones contraídas”.

Por último, también quedó huérfano de prueba el componente subjetivo que reclama la acción, referido a que “en cabeza de las demandadas Blanca Nelly Moreno de Pardo y Pilar Yamira Pardo Moreno” estuviera “el conocimiento de su situación económica y la afectación que se iba a producir en su patrimonio con la celebración del negocio cuestionado, esto es, la aptitud del mismo para perjudicar a los acreedores al disminuirse la prenda general prevista en la ley, que en tratándose de negocios celebrados a título oneroso igualmente exige la prueba de la presencia del *consilium fraudis*”, es decir, de que la compradora, Paola Pardo Ríos, tuviera conocimiento del mal estado de los negocios de quienes le transfirieron el dominio del inmueble y que hubiere participado en ese contrato con el propósito u objetivo de defraudar los derechos del acreedor aquí demandante.

Así que, no acreditados los presupuestos de la acción ejercida, se imponía su desestimación.

5. El recurso de apelación

Inconforme con la decisión, el demandante la impugnó.

Como reparos concretos, sostuvo, en esencia, que contrario a lo

que se indicó en el fallo recurrido, sí se demostró que la compradora Pardo Ríos participó “en el fraude al acreedor”, pues solo así se explica que: i) no pagara el precio que figura en la escritura pública con la que se solemnizó la venta cuestionada; ii) el precio que se consignó en dicho instrumento fuera el del avalúo catastral, que “dista considerablemente del comercial o real”; iii) “las presuntas vendedoras no tienen precisión qué proporción de dinero recibieron por su presunta venta”, habida cuenta su condición de copropietarias para la época de la negociación; iv) lo que aquellas dijeron recibir como precio del inmueble “no se bancarizó”; v) la señora Moreno de Pardo “no adquirió ningún bien con ese presunto dinero” recibido; vi) la precitada “no cumplió con sus deberes de declarar renta, al presuntamente haber monetizado su casa”; vii) “a pesar de haber ‘vendido’ su casa, al momento de la diligencia de interrogatorio de parte (febrero de 2021) unos cinco años posteriores a la presunta venta, continúa usufructuándola, viviendo en ella, cobrando los arriendos de la misma etc.”; además, “presuntamente vive de la caridad de Paola Pardo Ríos”.

Así, pues, tales “actos” revelan la “participación consentida y plenamente premeditada” de la señora Pardo Ríos “en un fraude contra el acreedor Edilberto Pardo”.

Adicionó que, contrario a lo que se señaló en el fallo de primera instancia, la demandada Moreno de Pardo “no tiene ningún otro bien con [el] cual pueda responder por la obligación heredada de su difunto esposo”.

Tales motivos de disentimiento los sustentó en la oportunidad que regula el artículo 14 del Decreto 806 de 2020.

CONSIDERACIONES

La Sala encuentra que la actuación se desarrolló con normalidad, no hay causal de nulidad que se tenga que declarar, se encuentran satisfechos los presupuestos procesales y el Tribunal es competente para resolver el recurso de apelación en los términos y con las limitaciones que establece el artículo 328 del CGP y la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia¹.

La decisión impugnada se confirmará por las siguientes razones:

¹ “el apelante debe formular los cargos concretos, y cuestionar las razones de la decisión o de los segmentos específicos que deben enmendarse, porque aquello que no sea objeto del recurso, no puede ser materia de decisión, salvo las autorizaciones legales necesarias y forzosas (art. 357 del C. de P. C., y 328 del C. G. del P).” (CSJ, sentencia del 1° de agosto de 2014, expediente SC10223-2014, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona).

La primera, por cuanto para la fecha en que se radicó la demanda (**14 de junio de 2019**), ya había operado la prescripción extintiva de la acción impetrada, en los términos del artículo 2491 del Código Civil.

En efecto, contado el plazo de un año a que alude el citado precepto a partir de la fecha de celebración del contrato contenido en la escritura pública n.º 336 de **22 de marzo de 2016**, se tiene que para el día en que se radicó la demanda de este proceso (**14 de junio de 2019**), había transcurrido con holgura la anualidad que para tal efecto contempla el numeral 3º del artículo 2491 del Código Civil.

Conveniente señalar que si bien el demandante alegó que el término de decaimiento de la acción debía contabilizarse a partir del 15 de junio de 2018, cuando el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá profirió el auto de obediencia a lo resuelto por el superior, mas no desde la fecha en que se otorgó la referida escritura pública, dicho criterio desconoce que el artículo 2491 del Código Civil señala, en forma expresa y categórica, en su numeral 3º, que “las acciones concedidas en este artículo a los acreedores, expiran en un año, **contado desde la fecha del acto o contrato**”, sin que pueda obviarse que, según el artículo 27 *ídem*, “cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu”.

De ahí que la doctrina haya decantado, en punto a la acción pauliana, que “la rescisión de los actos deben pedirla los acreedores en juicio ordinario antes de que se venza el término de la prescripción respectiva, el cual según la regla 3ª del artículo 2491 **se cuenta desde la fecha del acto o contrato rescindible**”, máxime que “si el acto o contrato se ha registrado, parece que su fecha no es la del registro sino la del acto o contrato”².

Otro sector de la doctrina ha explicado que “por regla general, las acciones rescisorias prescriben en nuestra legislación en el plazo de cuatro años, según la regla contenida en el artículo 1750”; empero, “tratándose de la acción pauliana, el legislador creyó oportuno separarse de la regla general y estableció el de un año, contado desde la fecha del acto o contrato”³.

Y es que, ello es toral, en tratándose de la acción revocatoria, la ley previó el momento a partir del cual discurre el término

² Fernando Vélez. Estudios sobre Derecho Civil Colombiano, tomo 9, 2ª Ed. Imprenta París América. Pág. 246.

³ Manuel Tiberio Rodríguez. Estudios sobre el artículo 2491 del Código Civil. Acción Pauliana. disponible en: www.banrepcultural.org/blaavirtual/estudio-sobre-el-articulo-2491-del-codigo-civil-accion-pauliana. Págs. 34 a 36.

prescriptivo, sin que esté permitido al intérprete, *motu proprio*, modificar dicho punto de partida.

En ese orden, según lo explicó la Corte en reciente oportunidad, la forma como debe contabilizarse el término de prescripción depende de si las normas que disciplinan la acción señalan un hito específico, pues tan solo si el legislador guarda silencio al respecto, corresponderá al intérprete definir “a partir de cuándo podía ejercitarse la acción o el derecho” (CSJ. SC-3 de mayo de 2002, exp. 6153). En ese sentido, “tratándose de obligaciones convencionales, en ciertas oportunidades y para casos específicos, la ley fija momentos determinables a partir de los cuales empiezan a correr dichos términos, por ejemplo, en lo concerniente a los contratos de transporte y seguro (arts. 993 y 1131 Código de Comercio), **y en otros, toma como punto de partida para tal efecto la fecha del contrato, *vr. gr.*, en la acción pauliana (num. 3º, art. 2491⁴ Código Civil)**, o la nacida del pacto comisorio (art. 1938 *ib.*)” (CSJ. SC279-2021, 3 de febrero).

En resumidas cuentas, si bien es cierto que la forma objetiva de computar el término, y lo corto de él, en la práctica hace que el ejercicio de la acción pauliana pueda verse comprometido, no por ello puede el Tribunal desconocer lo que con claridad estableció el ordenamiento jurídico, pues ello implicaría desbordar su rol de juez.

La segunda, porque si tan solo en gracia a la discusión se asumiera que el término de un año que para el efecto contempla el artículo 2491 del Código Civil, debiera contarse desde cuando “nace el derecho o interés jurídico”, como lo señala el demandante, la suerte de la apelación no sería distinta, dada la consumación, en todo caso, del lapso prescriptivo.

Lo anterior, habida cuenta que, según se narró en la demanda, mediante sentencia proferida el 12 de abril de 2018, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia declaró la existencia del crédito de origen laboral a favor del actor que lo legitimó a incoar la acción revocatoria que ocupa la atención de la Sala.

Por consiguiente, si dicho fallo fue notificado por edicto el 17 de abril de 2018⁵, según lo establece el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, no hay duda que la notificación quedó surtida al vencimiento del término de fijación, es decir, a la finalización de los tres días siguientes (**23 de abril de 2018**). De suerte

⁴ Artículo 2491. En cuanto a los actos ejecutados antes de la cesión de bienes o a la apertura del concurso, se observarán las disposiciones siguientes: (...) 3. Las acciones concedidas en este artículo a los acreedores, expiran en un año, contado desde la fecha del acto o contrato.

⁵ Según la información que reposa en el sistema de “consulta de procesos” de la Rama Judicial, también conocido como “Justicia Siglo XXI” con el número de radicado del proceso: 11001310501920080069401.

que, contada la anualidad a que se refiere el artículo 2491 del Código Civil desde esa fecha, hasta cuando se presentó la demanda con que tuvo su inicio de este proceso (**14 de junio de 2019**), se encontraba superado, por igual, el término de prescripción.

Por lo demás, para la Sala es claro que fue a partir del enteramiento del fallo de casación -mas no del auto de obediencia a lo resuelto por el superior- que el demandante quedó legitimado, dada su condición de acreedor laboral, para solicitar la revocación de los negocios jurídicos celebrados con fraude por el deudor.

La tercera, porque si lo anterior no bastare para confirmar el veredicto impugnado, lo cierto es que, como lo afirmó la juez de primera instancia, la *causa petendi* luce incompatible con el *petitum*, y ello por sí solo, es suficiente para sellar la suerte adversa de las pretensiones.

En efecto, nótese que en la demanda- y así también en la apelación- el demandante puso de presente que el contrato de compraventa contenido en la escritura pública n.º 336, suscrita el 22 de marzo de 2016 en la Notaría 49 del Círculo de Bogotá, “es simulado”, porque, entre otros indicios que enlistó en el libelo y reiteró en la alzada, no existió pago del precio; sin embargo, en el capítulo de pretensiones, solicitó que, “en ejercicio de la acción pauliana, se revoque totalmente” dicho negocio jurídico, lo cual confirma la antinomia a la que se refirió la falladora de primer nivel y que no le mereció ningún reproche al demandante.

En este punto, debe recordarse que si bien las acciones revocatoria y de simulación buscan recomponer el patrimonio del deudor, con miras a defender la prenda general que puede verse menoscabada por conductas del deudor en connivencia con terceros, la principal diferencia entre uno y otro mecanismo, radica en que en el primero, acción pauliana o revocatoria, la operación contractual que perjudica el patrimonio del deudor es real u ostensible, mientras que en la acción de simulación, por el contrario, es fingida u oculta tras el velo del disimulo, el encubrimiento o la farsa, por no existir en la realidad.

Bajo ese horizonte, si el acreedor se decanta por la primera de tales acciones, le corresponderá probar, principalmente, en tratándose de negocios jurídicos onerosos, el *consilium fraudis*; esto es, que el contrato que se pretende revocar fue celebrado de mala fe tanto por el deudor otorgante como por el tercero adquirente, consistiendo esa mala fe en el conocimiento por parte del deudor y el tercero del mal estado de los negocios del primero; empero, si opta por el segundo de tales mecanismos, deberá demostrar la discordancia entre lo pactado

por los contratantes y lo revelado al público, y en especial, si se trata de simulación *absoluta*, acreditar que los contratantes no quisieron celebrar ningún negocio jurídico, al punto que al correr el velo que cubre la fachada no se ve más que la nada porque las partes ningún acto jurídico celebraron realmente.

Sobre lo discurrido, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema indicó:

“La acción paulinana tiene, pues, como materia propia un acto jurídico, verdadero y completo, que únicamente por la doble circunstancia de haber sido efectuado en perjuicio de los acreedores que tenía el otorgante en el momento de celebrarlo y a sabiendas de ese perjuicio, cuyo conocimiento por el deudor estriba en el que éste tenía de su mala situación patrimonial, permite a aquellos acreedores preexistentes considerar como inoponibles a los mismos tal acto y hacer declarar, en consecuencia, su ineficacia, en la medida del perjuicio sufrido, entendiéndose que este perjuicio sólo se ha producido cuando el acto ha determinado la insolvencia del deudor o contribuido a agravarla” (G.J.T.CXIX, pág. 191).

(...)

Mientras que con la acción pauliana se impugna un acto realmente ejecutado por el deudor, en la de simulación se busca destruir una mera apariencia para que se haga luz sobre lo que, de hecho, quisieron las partes. Esta diferencia trae una consecuencia de cardinal importancia, hecha residir en que al prosperar la acción pauliana, el bien salido del patrimonio del deudor se reintegra al mismo. En cambio en la simulación, cuando ésta es absoluta, se demostrará que el bien se ha desplazado del patrimonio del deudor, pero en apariencia meramente.

A términos de lo que prescribe el artículo 2491, los acreedores, para la prosperidad de la acción pauliana, deben demostrar que el acto cuestionado lo fue en perjuicio suyo, es decir, que por su causa se produjo o se incrementó la insolvencia del deudor, y que, además, éste lo realizó fraudulentamente, es decir, conociendo el mal estado de sus negocios. Tales aspectos, en cambio, no tienen por qué formar parte del tema probatorio en el proceso instaurado por los acreedores con el propósito de demostrar que es simulado un determinado acto del deudor. Y no tienen por qué involucrarse en razón de que, a diferencia de lo que ocurre en la acción paulina, en la que el perjuicio (interés) que legitima al acreedor es la insolvencia de deudor, en la

simulación, ese perjuicio caracterizador del interés, tiene, como ha sido expuesto por la doctrina, una más amplia connotación en vista de que no reside tanto en la disminución de la garantía general de los acreedores, como en las dificultades o contingencias a que queda sometido el ejercicio de un derecho, el cual, por ende, se coloca en peligro de perderse.

Además, dentro del proceso adelantado con base en la acción simulatoria, no será indispensable demostrar que el tercero fue partícipe del fraude a los acreedores, como sucede cuando el acto impugnado mediante la acción pauliana lo es a título oneroso. El *consilium fraudis* puede aparecer comprobado con ocasión de la acción simulatoria, pero lo cierto es que no constituye un elemento definidor de la misma. Aquí, desde luego, hay un acuerdo entre las partes, pero él concierne es al propósito de engañar, de tender un manto sobre la realidad; ese acuerdo puede, como se dice, ser igualmente fraudulento, pero la presencia del fraude en la simulación es apenas coyuntural o de hecho, por lo cual su comprobación jurídicamente no genera ninguna consecuencia; como tampoco la genera su no comprobación. **Al acreedor lo único que le interesa es demostrar la inexistencia del acto**, porque ello es bastante para precaver el perjuicio que de otro modo se le puede irrogar.

En frente, pues, de esas diferencias tan radicales no es posible sostener que la acción de simulación queda inserta en la pauliana, cuando es un acreedor quien la ejercita.”⁶

Bajo tales derroteros, si como lo revela el componente fáctico del libelo y se recalca en la apelación, el negocio jurídico cuestionado carece de entidad en tanto “es simulado”, fingido o encubre la realidad querida por las contratantes, no era la acción revocatoria la que ha debido instaurarse de cara a lograr la recomposición del patrimonio del deudor, puesto que, como se ha visto, dicha acción exige la presencia de un acto realmente ejecutado por él.

Dicho de otro modo, si lo pretendido era la revocación del contrato de compraventa contenido en la escritura pública n.º 336 de 22 de marzo de 2016, era indispensable que dicho negocio jurídico ostentara plena entidad, pero como el recurrente manifestó que el referido acuerdo de voluntades es inexistente, dado el cúmulo de indicios que expuso de cara a comprobar el fingimiento de quienes en él participaron, no queda camino distinto que negar las pretensiones,

⁶ Cas Civ., sentencia del 14 de junio de 2007.

por falta de cumplimiento del primero de los requisitos que exige la acción incoada, atinente a la existencia misma del acto cuestionado.

Luego, es incuestionable que la juez *a quo* no incurrió en los desaciertos sugeridos.

Colofón de todo lo que antecede, y sin que sean necesarias mayores lucubraciones, se confirmará la sentencia recurrida y, dadas las resultas del alzamiento, se impondrá condena en costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, en Sala Séptima Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Confirmar la sentencia escrita de 9 de abril de 2021 proferida por el Juzgado 19 Civil del Circuito de Bogotá, conforme a lo dicho.

Segundo. Costas de esta instancia a cargo del recurrente. Líquidense por la juez *a quo* e inclúyase como agencias en derecho la suma de \$1'000.000.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

Los magistrados⁷,

Firmado Por:

Manuel Alfonso Zamudio Mora
Magistrado
Sala 005 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Jesus Emilio Munera Villegas
Magistrado
Sala Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación:
f43c18bbd5fb9a0c48622c27bb1f70737848fc4e6e1132c12488f07709c2338e
Documento generado en 12/11/2021 03:59:02 PM

⁷ El Magistrado Óscar Fernando Yaya ausente con excusa.

Sentencia en el proceso n°. 110013103019201900376 01
Clase: Verbal – acción pauliana.

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Bogotá D.C., doce (12) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Asunto. Proceso de Expropiación de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá contra R&S Remates y Subastas S.A. y otro.

Exp. 21 2008 00042 02

Se declara **INADMISIBLE** el recurso de apelación que interpuso el apoderado de la parte demandada contra el auto que profirió el Juzgado Cuarenta y Nueve Civil del Circuito de Bogotá el 21 de octubre de 2019¹, mediante el cual dejó *“sin valor ni efecto nuestro auto del 5 de julio de 2019”*, al no ser susceptible de dicho recurso, en tanto no se encuentra enlistada en el artículo 321 del Código General del Proceso, ni en norma especial que así lo disponga.

En efecto, nótese que la providencia que se ordenó dejar *“sin valor ni efecto”*, había dispuesto *“entregar la indemnización por concepto de expropiación...”*, la que tampoco es apelable; por lo tanto, no se puede acudir al argumento del juez de instancia referido a *“la declaratoria de ilegalidad de un proveído judicial, equivale sin duda a la declaratoria de nulidad”*, en razón a que el recurso de apelación se encuentra gobernado por el principio de taxatividad o especificidad, es decir, para *“las providencias expresamente indicadas como tales por el legislador, quedando de esa manera proscrita las interpretaciones extensivas o analógicas a casos no comprendidos en ellas; siendo menester examinar el caso concreto a la luz de las hipótesis previstas en la norma.”*²

Notifíquese,

Firmado Por:

¹ Repartido al Despacho el 10-09-21

² Sentencia Tutela 2012-00076

Maria Patricia Cruz Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingenieria
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación:

70ae49f2a3274d54682b538f0699c35ae1bd27c19c61998005dc8690
ad8575ea

Documento generado en 12/11/2021 04:49:42 PM

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



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

**ADRIANA SAAVEDRA LOZADA
Magistrada Ponente**

Bogotá D.C., doce (12) de noviembre de dos mil veintiuno
(2021)

En cumplimiento a lo ordenado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, se resuelve el recurso de apelación interpuesto, por el apoderado de la parte demandante Nueva Empresa Promotora de Salud S.A.-Nueva EPS S.A., contra el auto emitido por el Juzgado 24 Civil del Circuito el 19 de marzo de 2021, que rechazó la demanda incoada frente a la Administradora de recursos del Sistema General de Seguridad Social- ADRES.

I. ANTECEDENTES

1.- La Nueva Empresa Promotora de Salud S.A.-Nueva EPS S.A., por intermedio de apoderado judicial, impetró demanda ordinaria laboral contra la Administradora de recursos del Sistema General de Seguridad Social- ADRES, por el no pago de los recobros por concepto de la prestación de servicio no incluidos dentro de las coberturas del Plan Obligatorio de Salud POS, ahora Plan de Beneficios en Salud PBS.

2.- Inicialmente la demanda correspondió por reparto, al Juzgado Séptimo Laboral de Circuito de esta urbe, entidad que, en proveído del 15 de marzo de 2018, declaró la falta de competencia y la remitió a los Juzgados Civiles del Circuito de Bogotá.

3.- Una vez asignado el conocimiento al Juzgado 24 Civil del Circuito de la misma ciudad, en auto del 7 de mayo de 2018, rechazó la demanda por falta de competencia y remitió el asunto a los Juzgados Administrativos, para que allí se tramitara.

4.- Recibido el escrito introductorio y sus anexos, el Juzgado 58 Administrativo del Circuito de Bogotá-Sección Tercera en providencia del 25 de octubre de 2018, consideró no ser el competente y promovió

Verbal 24-2018-00158-1

Nueva EPS vs ADRES

Confirma

el conflicto negativo de jurisdicciones para que la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, resolviera lo pertinente.

5.- El 29 de enero de 2020, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, dirimió el conflicto negativo de competencia, asignando el conocimiento del asunto “*a la Jurisdicción ordinaria y de la Seguridad Social, representa por el JUZGADO VEINTICUATRO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia (...)*”

6.- Mediante auto del 25 de enero de 2021, el Juzgado 24 Civil del Circuito de Bogotá, inadmitió la demanda para que la interesada, allegara el juramento estimatorio, la constancia de haber agotado la conciliación prejudicial, así como la remisión de la demanda, vía correo electrónico, a la demandada, de conformidad con el Decreto 806 de 2020.

7.- Inconforme con la anterior determinación, el apoderado de la demandante interpuso recurso de reposición; argumenta que, de la lectura del auto del 29 de enero de 2020, proferida por la Sala Disciplinaria, se infiere que quien debe conocer de la demanda, es la Jurisdicción Laboral, empero, como el Juez Séptimo Laboral, no fue incluido en el conflicto, debió enviar el proceso al Juzgado Civil, entidad que, según la sociedad demandante, debe proponer nuevamente, el conflicto negativo de competencia, pero esta vez, al Juzgado Laboral, para que resuelva la Sala Mixta del Tribunal Superior de Bogotá.

8.- El 19 de marzo de 2021, el Juzgado 24 Civil del Circuito declaró improcedente el recurso de reposición contra el auto que inadmite la demanda y rechazó la misma.

9.- La parte demandante apeló la anterior providencia para que sea revocada y, en su lugar, se ordene al Juzgado 24 Civil del Circuito que proponga el conflicto de competencia al Juzgado 7 Laboral de similar categoría porque, el Consejo Superior de la Judicatura en la providencia del 29 de enero de 2020 consideró que el asunto debía resolverlo el Juez Laboral, que no fue involucrado en el conflicto de competencia,; por tanto, la remisión de las diligencias se hizo al Juez Civil, cuando le incumbe conocer a la especialidad laboral.

Considera la existencia de un exceso ritual manifiesto porque el Juez debe darle prevalencia al derecho sustancial sobre las formas y de conformidad con los artículos 2, 11 y 12 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las controversias suscitadas respecto a la seguridad social, entre afiliados, beneficiarios, usuarios, los emperadores y las entidades administradoras o prestadoras, será competente el Juez Laboral del Circuito del lugar del domicilio de la entidad de seguridad social demandada o donde se haya surtido la respectiva reclamación. Cita, además, varias decisiones de la Sala Disciplinaria en las que, ante el conflicto de competencia entre un Juez Laboral y uno Administrativo para conocer asuntos similares al que nos convoca, se dirimió que quien debía tramitar el litigio, era el primero de ellos. Por tanto, debe suscitarse el conflicto negativo de competencia al Juzgado 7 Laboral para que la Sala Mixta del Tribunal, resuelva lo pertinente.

Aunado a lo anterior, afirma el cumplimiento de los reparos objeto de inadmisión del asunto de marras, para el efecto, aduce la remisión del proceso en los términos del Decreto 806 de 2020; la modificación de lo concerniente al juramento estimatorio, y finalmente solicita se tenga en cuenta la reclamación administrativa como requisito de procedibilidad.

II. CONSIDERACIONES

La providencia apelada será confirmada, por las razones que se exponen a continuación:

1.-Frente a la solicitud de propiciar nuevamente el conflicto de competencia para la designación del Juez natural que debe resolver la litis, el recurrente debe tener en cuenta que, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en proveído del 29 de enero de 2020, dirimió tal aserto, concluyendo que quien debe conocer el litigio, es el Juzgado 24 Civil del Circuito, textualmente se señaló en el numeral primero de la parte resolutive: *“asignando el conocimiento del asunto a la Jurisdicción ordinaria y de la Seguridad Social, representa por el JUZGADO VEINTICUATRO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia (...)”*

Dentro de las consideraciones de esa providencia, el órgano colegiado tuvo en cuenta que lo discutido refiere al recobro de unos dineros del sistema de seguridad social, empero, por las argumentaciones que expone, arribó a la aludida conclusión, veamos: *“Conviene resaltar, que si bien en el presente conflicto los despachos colisionados*

manifestaron sus argumentos mediante los cuales dieron a conocer las circunstancias procesales que les impide conocer de la demanda de marras y en aras de garantizar el principio de economía procesal, la sala procederá a resolver si el asunto de autos que, conforme a lo estudiado correspondería a la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, sin embargo los despachos judiciales colisionados son el JUZGADO CINCUENTA Y OCHO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, representado por la jurisdicción contencioso administrativa y el JUZGADO VEINTICUATRO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ representado por la jurisdicción ordinaria civil, razones por las cuales esta Sala, asignará el conocimiento del asunto a la jurisdicción ordinaria en su especialidad civil representada por el JUZGADO VEINTICUATRO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ de conformidad con lo normado en precedente (...)”

Significa lo anterior que, atendiendo lo normado en los numerales 6° del artículo 256 de la Constitución Política de Colombia y 2° del artículo 112 de la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia y dada la época en que se resolvió el conflicto para conocer del mencionado litigio, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura es el órgano competente para fijar, ante la negativa de los despachos judiciales para atender el juicio propuesto por la NUEVA EPS, el estrado judicial que ha de asumir su conocimiento.

Es decir, lo referente al Juez que debe conocer este específico proceso adelantado en contra de ADRES, ya fue debatido por la entidad competente para ello y definido por las razones explicadas en el proveído el 19 de enero de 2020. Pretender revivir esa discusión, es dilatar injustificadamente la resolución de fondo del litigio y desconocer el principio de preclusión de cada etapa procesal. Fijada la competencia por la autoridad investida legalmente para hacerlo, incumbe adelantar los actos propios para la calificación y admisión del libelo introductor, como en efecto lo hizo el *A quo* en auto del 25 de enero de 2021, surgiendo el deber para la interesada, de subsanar los yerros allí informados.

2.- Ahora bien, respecto de los argumentos aludidos por el apelante en torno a la subsanación del agotamiento previo de la conciliación, es del caso advertir al apelante que, una vez definido el conflicto de competencia, el asunto de marras debe desarrollarse procesal y sustancialmente bajo los lineamientos de la jurisdicción ordinaria y procesal civil pues, se itera el conocimiento del asunto correspondió al Juzgado 24 Civil del Circuito.

Así las cosas, el requisito de procedibilidad, asunto cuestionable en la alzada debe ser presentado conforme a lo dispuesto por el 35 de la Ley 640 de 2001 que reza: “*En los asuntos susceptibles de conciliación, la conciliación extrajudicial en derecho es requisito de procedibilidad para acudir ante **las jurisdicciones civil**, de familia y contencioso administrativa, de conformidad con lo previsto en la presente ley para cada una de estas áreas. En los asuntos civiles y de familia podrá cumplirse el requisito de procedibilidad mediante la conciliación en equidad.* (negrillas fuera del texto).

A su turno, precisa el artículo 38 ejusdem, modificado por el artículo 621 del C. G. del P., que: “*si la materia de que trate es conciliable, **la conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad deberá intentarse antes de acudir a la especialidad jurisdiccional civil** en los procesos declarativos, con excepción de los divisorios, los de expropiación y aquellos en donde se demande o sea obligatoria la citación de indeterminados*” (negrillas fuera del texto).

3.- En este orden de ideas, descendiendo al asunto bajo estudio se tiene que el Juez *a-quo* al advertir que la demanda adolecía del requisito de procedibilidad previsto en la Ley 640 de 2001, procedió a inadmitir el asunto con el fin de que se aportara dicho requisito de conformidad con el numeral 7° Art. 90 del CGP.

Vencido el término de inadmisión, el Juez Civil del Circuito rechazó la demanda al verificar la omisión del requisito de procedibilidad para adelantar el procedimiento, pronunciamiento que resulta procedente en el presente asunto, pues no se aportó la constancia de haberse agotado la conciliación como requisito previo a acudir a la jurisdicción ordinaria.

4.- Finalmente ha de decirse que, si bien ante la jurisdicción laboral el Art 6° del Código Procesal Laboral permite reemplazar la conciliación extrajudicial por la reclamación administrativa, dicha actuación procesal no está prevista para los asuntos desarrollados bajo el estatuto procesal Civil, motivo por el cual no es procedente aceptar los argumentos esgrimidos para tal fin.

Colofón de lo anterior la apelación propuesta carece de vocación de prosperidad, y consecuentemente, se confirmará la providencia cuestionada.

III.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de

Verbal 24-2018-00158-5

Nueva EPS vs ADRES

Confirma

Bogotá, en Sala Civil,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto emitido por el Juzgado 24 Civil del Circuito el 19 de marzo de 2021, que rechazó la demanda incoada por la Nueva Empresa Promotora de Salud S.A.-Nueva EPS S.A., contra la Administradora de recursos del Sistema General de Seguridad Social-ADRES, conforme a lo argumentado en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, por no encontrarse causadas.

TERCERO: Comunicar a la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Civil el contenido de esta decisión.

CUARTO: Devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ADRIANA SAAVEDRA LOZADA
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá, D.C., doce (12) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE : Libardo Melo Vega
DEMANDADA : Central Parking System Colombia S.A.S.,
trámite al que se citó al Ministerio Público,
Alcaldías Locales de Usaquén, Chapinero y
Suba, Secretaría de Gobierno Distrital y
Superintendencia de Industria y Comercio.
CLASE DE PROCESO : Acción popular.

Se ADMITE, en el efecto suspensivo, el recurso de apelación formulado por Central Parking System S.A.S., contra la sentencia proferida el 26 de marzo de 2021 por el Juzgado 24 Civil del Circuito, dentro del proceso de la referencia.

Una vez ejecutoriada esta providencia, la Secretaría procederá a contabilizar el término de cinco (5) días que tiene la sociedad apelante para sustentar su recurso, pues en caso de no hacerlo, el mismo se le declarará desierto; y de la sustentación que se presente correrá traslado a la parte contraria en la forma y términos previstos por el artículo 14, en concordancia con el 9, del Decreto Legislativo 806 de 2020.

Tanto la sustentación como la réplica se remitirán al correo electrónico secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co. Cada parte, si es del caso, acreditará el envío del escrito a su contraparte para los efectos del artículo 3 y el parágrafo del artículo 9 del Decreto mencionado, lo cual deberá ser tenido en cuenta por la Secretaría

Notifíquese,


RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado

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

Bogotá, D. C., doce de noviembre de dos mil veintiuno

11001 3103 025 2013 00339 02

Ref. proceso abreviado de impugnación de actas de asamblea de José Antonio Rocha Cardozo frente a la Universidad La Gran Colombia

Se admite el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra la sentencia que, el 21 de julio de 2021 profirió el Juzgado 51 Civil del Circuito de Bogotá, en el proceso abreviado de la referencia.

En su momento, **la secretaría controlará el surtimiento de los traslados de que trata el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020.**

Las partes tendrán en cuenta que los memoriales con destino a este proceso serán remitidos al correo electrónico secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co.

Cumplido lo anterior, el expediente reingresará al despacho del suscrito Magistrado, para lo que haya lugar.

Notifíquese

OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA
Magistrado

Firmado Por:

Oscar Fernando Yaya Peña
Magistrado

Sala 011 Civil

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación:

**02865923b272e4c6e0b0972d62258d8bd66647d4e1cff849d264b7213f
a88629**

Documento generado en 12/11/2021 12:23:21 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

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

República de Colombia

Rama Judicial



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

MAGISTRADA PONENTE	:	LIANA AIDA LIZARAZO VACA
CLASE DE PROCESO	:	VERBAL
DEMANDANTE	:	VILMA INÉS SARMIENTO RICO
DEMANDADO	:	JEIMY VERANIA NAICIPA SÁNCHEZ
RADICACIÓN	:	110013103 025 2019 00202 01
DECISIÓN	:	CONFIRMAR
DISCUTIDO Y APROBADO	:	4 de noviembre de 2021
FECHA	:	Doce (12) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por parte demandante contra la sentencia proferida el 27 de mayo de 2021 por el Juzgado Veinticinco Civil del Circuito de Bogotá.

I. ANTECEDENTES

1. De conformidad con el texto de la demanda, VILMA INÉS SARMIENTO RICO promovió proceso verbal contra JEIMY VERANIA NAICIPA SÁNCHEZ, con el fin de obtener las siguientes pretensiones: (a) declarar la existencia de posesión material e irregular de la demandante sobre el inmueble ubicado en la carrera 45A n.º 104B-28 de esta ciudad, identificado con el folio de matrícula n.º 50N-64588; (b) declarar que la parte actora ha poseído aquel bien raíz desde el 2002, el cual no está fuera del comercio ni es imprescriptible; (c) decretar la conservación y protección de la posesión ejercida por la señora SARMIENTO sobre el inmueble referido; (d) ordenar a la demandada y a los Juzgados Décimo Civil del Circuito y Veintitrés Civil Municipal, ambos de Bogotá, cesar cualquier acto de perturbación de la posesión ejercida por la demandante; (e) sancionar a la parte pasiva al pago de las multas previstas en el artículo 377 del Código General del Proceso; y (f) condenar en costas al extremo pasivo.

2. El libelo introductor se sustentó en los siguientes hechos:

2.1. La señora VILMA INÉS SARMIENTO RICO, de manera pacífica, pública y sin oposición, tomó la posesión del inmueble ubicado en la carrera 45A n.º 104B-28 de esta ciudad, identificado con el folio de matrícula n.º 50N-64588, en el año 2002. Los linderos y demás especificaciones de ese bien se encuentran descritos en la escritura pública n.º 4728 del 12 de septiembre de 1997 de la Notaría 42 del Círculo de Bogotá, D.C.

2.2. La posesión mencionada proviene del abandono en que se hallaba el predio, sin que desde el 2002 hubiera sido perturbada o molestada por persona alguna. Esa detentación material como señora y dueña de la demandante se ha realizado de manera singular, ininterrumpida, sin justo título, sin reconocer dominio ajeno. Ese bien raíz ha sido explotado económicamente como domicilio comercial de la sociedad GUSTAVO ROJAS CASTILLO Y CÍA. LTDA. desde el 2002 hasta el 2005. A partir del último año referido el inmueble fue adecuado para ser arrendado a inquilinos.

2.3. A la fecha de presentación de esta demanda, está cursando un proceso verbal de pertenencia n.º 2017-00445 en el Juzgado Noveno Civil del Circuito de esta ciudad contra la propietaria inscrita, esto es, la aquí accionada JEIMY VERANIA NAICIPA SÁNCHEZ.

2.4. La demandada adquirió la propiedad del bien raíz mediante remate hecho en el proceso ejecutivo n.º 1999-00976 del Juzgado Décimo Civil del Circuito de Bogotá. En efecto, en ese litigio se ordenó la entrega del predio, por lo que el 14 de diciembre de 2016 se presentó la Inspección de Policía de Suba, y posteriormente el Juzgado Veintitrés Civil Municipal de esta capital, mediante despacho comisorio del 9 de agosto de 2017.

2.5. Por lo tanto, la señora NAICIPA ha perturbado la posesión material del inmueble a través de aquella acción judicial, sin que la señora SARMIENTO pudiera controvertir o defender su posesión en tal asunto.

La actuación surtida

3. Inicialmente esta demanda fue repartida al Juzgado Treinta y Nueve Civil Municipal de esta ciudad, el cual la admitió únicamente contra JEIMY VERANIA NAICIPA SÁNCHEZ, mediante auto del 7 de marzo de 2018, dado que se excluyeron de las pretensiones a los Juzgados Décimo Civil del Circuito y Veintitrés Civil Municipal, ambos de Bogotá.

4. Más adelante, el extremo activo reformó el libelo introductorio, el cual contiene las siguientes pretensiones: (i) declarar que la demandante ha sido poseedora del inmueble ubicado en la carrera 45A n.º 104B-28 de esta ciudad desde el 2002; (ii) declarar que ese bien no está fuera del comercio ni es imprescriptible; (iii) declarar la perturbación a la posesión por parte de la demandada sobre el predio aludido a partir de diciembre de 2017, producto del desalojo llevado a cabo por el Juzgado Veintitrés Civil Municipal de Bogotá; (iv) ordenar al extremo pasivo que restituya la posesión en favor de la actora; (v) fijar caución para evitar futuras perturbaciones o afectaciones a la posesión del inmueble; y (vi) condenar en costas a la demandada.

Igualmente, la demandante modificó el acápite de los hechos con el fin de agregar estos:

4.1. La sociedad SERVICIO AEROFOTOGRAMÉTRICO DE COLOMBIA S.A. fue propietaria del bien raíz aludido, mediante compraventa contenida en la escritura pública n.º 4728 del 12 de septiembre de 1997 de la Notaría 42 del Círculo de Bogotá, D.C.

4.2. La entidad financiera CONAVI BANCO COMERCIAL presentó demanda ejecutiva contra el propietario en el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Bogotá, proceso en el fue secuestrado el 12 de diciembre de 2001 el inmueble pluricitado; sin embargo, el secuestre designado no cumplió sus funciones y abandono la administración y tenencia del predio.

4.3. La actora y su esposo, GUSTAVO ROJAS CASTILLO, tomaron la posesión del inmueble, de forma pacífica y sin oposición. El señor

ROJAS falleció en febrero del 2005, por lo que la demandante asumió la totalidad de los gastos del bien raíz, el cual fue adecuado y arrendado a terceros.

4.4. La demandada es adjudicataria por remate del inmueble. El 14 de diciembre de 2016 la Inspección 11D Distrital de Policía acudió al predio para hacer la diligencia de entrega, en la cual se formuló oposición por la aquí demandante, que fue rechazada de plano.

4.5. Ulteriormente, la rematante solicitó de nuevo la entrega del bien raíz, por lo que se comisionó al Juzgado Veintitrés Civil Municipal de esta capital, el cual efectuó esa diligencia en diciembre de 2017, sin que permitiera la interposición del recurso de apelación contra la decisión de no tramitar la oposición propuesta por la aquí actora.

4.6. Con el desalojo del inmueble, el extremo activo sufrió graves perjuicios económicos y morales, toda vez que no cuenta con un lugar digno para establecer su núcleo familiar.

5. El Juzgado Treinta y Nueve Civil Municipal de esta ciudad dispuso, mediante providencia del 12 de febrero de 2019, remitir el proceso, por reparto, a sus superiores, dado que el avalúo del bien raíz superaba los 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

6. En efecto, el Juzgado Veinticinco Civil del Circuito de Bogotá admitió la demanda reformada el 24 de abril de 2019 y, posteriormente, concedió el amparo de pobreza a la demandante en proveído del 6 de noviembre de 2019.

7. Notificada del libelo introductor, la demandada JEIMY VERANIA NAICIPA SÁNCHEZ se opuso a las pretensiones y propuso como excepciones de mérito: (i) la prescripción de la acción posesoria; y (ii) la falta de legitimación por activa para incoar la acción.

8. Evacuada la etapa probatoria y surtida la fase de alegaciones, se dictó sentencia en la que se decidió: 1) declarar probada la excepción de

falta de legitimación por activa para incoar la acción; y 2) negar las pretensiones de la demanda.

II. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA APELADA

9. Los fundamentos del fallo fueron los siguientes:

9.1. En primer lugar, se indicó que la acción posesoria requiere la demostración de los siguientes presupuestos, de acuerdo con la jurisprudencia: (i) la calidad de poseedora material de la demandante respecto del inmueble objeto de la demanda; (ii) ser la demandada perturbadora en los términos referidos en el libelo; y (iii) los hechos hostigadores.

9.2. En el caso concreto, se expuso que no se acreditó que la señora SARMIENTO hubiera ejercido los actos posesorios alegados en la demanda, puesto que no se describieron tales hechos, en tanto los extractos de servicios públicos no dan cuenta de la posesión invocada, porque la actividad de su pago no está reservada para los poseedores. En lo referente a las declaraciones extraprocesales de JUAN CARLOS HURTADO RODRÍGUEZ y HENRY ALBERTO VIVAS LÓPEZ aportadas por el extremo actor, se indicó que ellos solamente refirieron que son arrendatarios de la demandante, pero de estas no se extrae que aquella ejerza posesión material sobre el inmueble desde el 2002, ni tampoco el hecho de que esa persona sea arrendadora la convierte *per se* en poseedora.

9.3. Frente al registro fotográfico adosado señaló que no aportaba nada al tema debatido, comoquiera que solo dan cuenta de algunas imágenes de personas sin identificación ni se sabe como fueron obtenidas ni cómo se relacionan estas con la actividad posesoria que dice ejercer la actora sobre el inmueble. Con relación a las actividades de la sociedad GUSTAVO ROJAS CASTILLO Y CÍA. LTDA. no se probaron tales hechos ni la posesión aducida.

9.4. De otro lado, los testimonios solicitados por la parte actora fueron negados en la audiencia inicial del 18 de marzo de 2021. Tampoco la señora SARMIENTO podía crear prueba a su favor con el interrogatorio rendido por ella. Inclusive, por el contrario, ella admitió que su estadía en el bien raíz no era como poseedora, por cuanto su esposo, GUSTAVO ROJAS, la llevó a vivir allí, donde este montó la oficina para la empresa GUSTAVO ROJAS CASTILLO Y CÍA. LTDA. Asimismo, la actora dijo que creía que su marido había ingresado al inmueble porque un amigo le había dado las llaves por un arrendamiento o para cuidar el predio, aunque precisó que no lo recordaba.

9.5. Por tanto, del dicho de la demandante se deduce que es una tenedora del bien y, además, ella no demostró que hubiera intervertido esa calidad, máxime que la sola actividad de arrendar habitaciones no es prueba de la posesión invocada.

9.6. Así las cosas, el primero de los presupuestos axiológicos de la acción posesoria, a saber, la calidad de poseedora de la demandante sobre el inmueble al tiempo del despojo, no fue acreditada en este litigio, por lo que no era dable estudiar los restantes requisitos. En otras palabras, la actora carece de la legitimación sustancial para aspirar a la prosperidad las pretensiones y, por ende, se debe declarar probada la excepción formulada por el extremo activo en lo tocante a la legitimidad y se deben negar las pretensiones de la demanda, sin que haya lugar a la condena en costas por el amparo de pobreza otorgado a la actora.

III. LA APELACIÓN

10. Admitido el recurso de apelación bajo el régimen previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, la parte actora lo sustentó oportunamente y presentó los siguientes reparos:

10.1. Sostuvo que se violó directamente una norma jurídica sustancial, puesto que se acreditó con las declaraciones extraprocesales de JUAN CARLOS HURTADO RODRÍGUEZ y JOSÉ VICENTE SÁNCHEZ FORERO que existían contratos de arrendamiento con la demandante

desde el 2014 y meses antes de la fecha en que ella fue despojada del inmueble. En ese sentido, se transgredió el artículo 762 del Código Civil, por cuanto la señora SARMIENTO ejercía los actos de señora y dueña del bien raíz, dado que aquellos terceros reconocieron que tuvieron la tenencia del inmueble a nombre de su arrendadora y poseedora. Adicionalmente, existen otros elementos probatorios suficientes que acreditan esa posesión, los cuales no fueron apreciados por el *a quo*.

10.2. Aunado a lo anterior, la demandada JEIMY VERANIA NAICIPA SÁNCHEZ reconoció en su interrogatorio que el 14 de diciembre de 2017, día en que se llevó a cabo el desalojo por autoridad judicial, la demandante estaba habitando el bien raíz, de lo que se infiere que esa persona era la poseedora, de acuerdo con tal confesión. Por lo tanto, no tiene asidero que el juzgador de primer grado hubiera concluido que la actora era una mera tenedora, dado que ella no detentaba materialmente el inmueble a nombre del dueño, tal como lo exige el artículo 775 del Código Civil.

10.3. Por consiguiente, con base en los contratos de arrendamiento, la confesión de la parte pasiva y los recibos de servicios públicos, fotografías y demás documentos, junto con la declaración de la misma demandante, señalan inequívocamente que existió una posesión por parte de ella.

10.4. Finalmente, expuso que no hay pruebas de que la sociedad SERVICIO AEROFOTOGRAMÉTRICO DE COLOMBIA S.A., propietario inscrito del inmueble, hubiera seguido ejerciendo la posesión sobre ese bien a través de la empresa GUSTAVO ROJAS CASTILLO Y CÍA. LTDA., ni tampoco se probó que GUSTAVO ROJAS CASTILLO (q.e.p.d.) actuara como representante legal de la primera persona jurídica mencionada. De modo que es claro que tanto el señor ROJAS (q.e.p.d.) como la señora SARMIENTO llegaron de forma autónoma al bien raíz.

11. En el término del traslado del medio de impugnación, el extremo pasivo guardó silencio.

IV. CONSIDERACIONES

1. De acuerdo con las inconformidades formuladas por los extremos apelantes, la sentencia de segunda instancia se centrará en analizar si, de acuerdo con el acervo probatorio recaudado en este litigio, la demandante VILMA INÉS SARMIENTO RICO está legitimada para interponer la acción posesoria sobre el inmueble ubicado en la carrera 45A n.º 104B-28 de Bogotá, D.C., en contra de la propietaria inscrita de este.

2. La acción posesoria.

2.1. En primer lugar, debe recordarse que la posesión produce siempre unos determinados efectos, los cuales consisten en que ella es protegida jurídicamente contra los ataques o lesiones provenientes de las demás personas. Nuestro ordenamiento jurídico protege la posesión mediante varias acciones, tales como la acción penal, las acciones policivas, la acción administrativa de lanzamiento y las acciones civiles que se encuentran reglamentadas en el Código Civil.

Las acciones posesorias del derecho común “*tienen por objeto conservar o recuperar la posesión de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos*”, de conformidad con el artículo 972 *ibidem*. Este mecanismo judicial de recuperación está reglamentado en los artículos 982 y 983 de la codificación civilista, en favor de aquel poseedor que ha sido privado de la posesión injustamente. La acción común posesoria de conservación tiene por finalidad impedir toda turbación a la posesión de un inmueble, y no solo se otorga contra quien pretende despojar a otro la posesión en forma clandestina o violenta, sino también contra quien, sin pretender desposeer a otro, no obstante le perturba y embaraza el normal ejercicio del poder de hecho. Se encamina este medio de protección a que se prohíba al perturbador la realización de actos que perturban la posesión y a la indemnización de perjuicios sufridos (art. 977, *ejusdem*).

2.2. Adicionalmente, solo las personas que han poseído quieta e ininterrumpidamente un inmueble, durante un año completo, son titulares de la acción posesoria (art. 974, *ibidem*.) Por otra parte, contra quien ha poseído en la misma forma un inmueble durante un año no puede

ejercerse la acción posesoria (art. 976, *ejusdem*). Por lo tanto, el ejercicio de esta acción está sometido a las siguientes condiciones: a) únicamente quien demuestra haber poseído durante un año puede ejercer la acción posesoria; y b) debe acreditar que esa perturbación no ha durado el año.

Ahora bien, el artículo 981 del Código Civil señala que “[s]e *deberá probar la posesión del suelo por hechos positivos de aquellos a que sólo da el derecho de dominio, como el corte de maderas, la construcción de edificios, la de cerramientos, las plantaciones o sementeras y, otros de igual significación, ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión*”.

De otro lado, el actor debe probar no solo su posesión sino también los conatos o hechos de perturbación, molestia o despojo de que ha sido víctima. Es necesario probar en qué consisten esos hechos y la fecha en que ocurrieron.

2.3. Finalmente, es relevante memorar que la *acción posesoria común de recuperación*, como su nombre lo indica, tiene como fin el obligar al usurpador (quien privó injustamente de la cosa a quien venía poseyéndola) a que restituya el predio a su poseedor, por lo que, para el efecto, el área de terreno o espacio que se estaba poseyendo y el usurpado debe ser el mismo; situación diferente a la que se predica de la *acción posesoria común de conservación*, habida cuenta que esta busca el cese de aquellos hechos que embarazan la posesión de un bien raíz, sin que se exija una mala fe por parte de quien perturba, ya que solo basta el evento de incomodar la tranquila posesión ajena rebasando los márgenes de la tolerancia social, esto es, perturbaciones anormales que impidan el normal desempeño en el entorno, *verbi gratia*, los ruidos estruendosos, humo, olores desagradables, etc.

3. La legitimación en la causa por activa.

3.1. La legitimación en la causa, en cuanto a cuestión de derecho sustancial, supone la titularidad del derecho que se discute. En otras palabras, requiere que la relación procesal sea un reflejo de la relación

jurídica sustancial, en el sentido de que los extremos de una y otra sean las partes a las que la ley les reconoce el derecho para elevar o soportar la pretensión. En palabras de la Corte Suprema de Justicia:

(...) corresponde a “la identidad de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción (legitimación activa) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (legitimación pasiva)” (...), aclarando que “el acceso a la administración de justicia como garantía de orden superior (artículo 229 de la Constitución Política), para su plena realización, requiere que quien reclama la protección de un derecho sea su titular, ya sea que se pida a título personal o por sus representantes, pues, no se trata de una facultad ilimitada. Ese condicionamiento, precisamente, es el que legitima para accionar y, de faltar, el resultado solo puede ser adverso, sin siquiera analizar a profundidad los puntos en discusión” (CSJ SC14658, 23 oct. 2015, Rad. 2010-00490-01; en ese mismo sentido: CSJ SC, 1º jul. 2008, Rad. 2001-06291-01). Y añadió: “la legitimación en la causa es cuestión propia del derecho sustancial y no del procesal, en cuanto concierne con una de las condiciones de prosperidad de la pretensión debatida en el litigio y no a los requisitos indispensables para la integración y desarrollo válido de éste, motivo por el cual su ausencia desemboca irremediablemente en sentencia desestimatoria debido a que quien reclama el derecho no es su titular o porque lo exige ante quien no es el llamado a contradecirlo” (CSJ SC, 14 Mar. 2002, Rad. 6139).¹

3.2. De acuerdo con lo anterior, la legitimación en la causa por activa supone que la persona que ejerce la acción ostente efectivamente la calidad de titular de la relación jurídica material en la que se fundamenta la pretensión. Así, si el sujeto que presenta la demanda no es aquel al que la ley otorga la tutela jurídica para deprecar la respectiva solicitud, por no hacer parte de la relación jurídica sustancial, el resultado no puede ser uno diferente al de una sentencia desfavorable por haberse incoado la demanda por quien, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, no se encuentra habilitado para hacerlo.

4. Aterrizando las consideraciones anteriores al presente análisis, se observa que, al tenor del artículo 982 del Código Civil, la persona que está legitimada para ejercer la *acción posesoria común de recuperación* es la “*que injustamente ha sido privad[a] de la posesión*”.

¹ Sala de Casación Civil, sentencia SC16279-2016 del 11 de noviembre de 2016, reiterada en sentencia SC3631-2021 del 25 de agosto de 2021.

4.1. Sobre tal carácter injusto en la privación de la posesión la Corte Suprema de Justicia ha expuesto lo siguiente:

*Hay despojo: a) cuando uno priva a otro de la posesión de una cosa o de la tenencia de la misma, valiéndose de la fuerza; b) cuando en ausencia del poseedor o del tenedor, otro se apodera de la cosa y volviendo dicho poseedor o tenedor son repelidos por la fuerza. c) cuando la autoridad pública, fuera de los casos determinados por la ley, priva a cualquiera de la posesión o de la tenencia de la cosa sin previo juicio. **Si hay juicio previo, como en una diligencia de lanzamiento, la autoridad obra en ejercicio de sus atribuciones y, por tanto, no cabe acción posesoria.** En estos eventos la indemnización de perjuicios, en caso de lograrse la restitución por el poseedor, debe exigirse del usurpador directamente o del tercero que hubiere derivado de él la posesión, siempre que estuviere de mala fe. Si el tercero obró de buena fe, está obligado a restituir más no a indemnizar.*

En estas condiciones las acciones posesorias previstas en los artículos 972 y siguientes del Código Civil, implican para el demandante demostrar la posesión tranquila, pacífica e ininterrumpida durante el término de un año antes del despojo o de los actos que la perturbaron. Así se observa en el precepto 974 ibídem, en armonía con el 177 del Código de Procedimiento Civil y el 167 del Código General del Proceso.² (Énfasis fuera del texto original).

4.2. Bajo esta perspectiva, emerge con claridad que la demandante no está legitimada en la causa por activa para interponer la acción posesoria de recuperación en contra de la propietaria inscrita del inmueble situado en la carrera 45A n.º 104B-28 de esta ciudad, en razón a que no hubo un despojo mediado por violencia, sino que, por el contrario, la pérdida de la detentación material de ese bien raíz fue producto de una diligencia de entrega realizada por una autoridad judicial en ejercicio de sus atribuciones.

4.3. En efecto, de la revisión de las actas de la diligencia de entrega adosadas por el extremo activo se observa, de un lado, que ante la Inspección 11D Distrital de Policía de la Alcaldía Local de Suba inició aquella diligencia el 14 de diciembre de 2016, en calidad de comisionada del Juzgado Décimo Civil del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso

² Sala de Casación Civil, sentencia SC16279-2016 del 11 de noviembre de 2016, reiterada en sentencia SC3631-2021 del 25 de agosto de 2021.

ejecutivo hipotecario n.º 1999-00976, en el que la aquí demandante se opuso a la entrega material, no obstante dicha oposición fue rechazada por la autoridad comisionada³. De otro lado, el Juzgado Veintitrés Civil Municipal de esta capital, como comisionado en ese mismo proceso, continuó la diligencia el 30 de agosto de 2017, sin embargo no realizó el allanamiento del inmueble en razón a que carecía de esa facultad⁴.

4.4. Ahora bien, pese a que no se aportaron las copias de la continuación de la diligencia judicial referida, en el hecho décimo noveno de la demanda reformada se expresó que el 1.º de diciembre de 2017 el Juzgado Veintitrés Civil Municipal de Bogotá realizó la entrega y se abstuvo de proveer sobre la nueva oposición formulada por VILMA INÉS SARMIENTO RICO, debido a que esta ya había sido decidida previamente por la Inspección 11D Distrital de Policía de la Alcaldía Local de Suba. Asimismo, se realizó una transcripción del contenido del acta correspondiente⁵. Frente a este hecho, la demandada JEIMY VERANIA NAICIPA SÁNCHEZ manifestó en su contestación que era cierto⁶.

Por lo tanto, es claro que los extremos de este proceso no controvirtieron dicho hecho, pues ambos estuvieron de acuerdo con que el Juzgado Veintitrés Civil Municipal de esta ciudad hizo la entrega material del bien raíz aludido a la aquí demandada en diciembre de 2017, en virtud de la comisión conferida por el Juzgado Décimo Civil del Circuito de la misma urbe. Esta circunstancia fue corroborada en la audiencia inicial del 18 de marzo de 2021, en donde se fijó el litigio reconociendo aquel hecho⁷.

4.5. Puestas de este modo las cosas, es ostensible que la demandante no está legitimada en la causa por activa para ejercer la acción posesoria de recuperación del inmueble ubicado en la carrera 45A n.º 104B-28 de esta ciudad, debido a que la normatividad jurídica no le otorga la tutela para deprecar aquella solicitud, en razón a que este tipo de acción judicial requiere que exista un despojo injusto de la posesión sobre un bien raíz por parte de un usurpador.

³ Folios 96 a 98 del cuaderno principal.

⁴ Folio 99 del cuaderno principal.

⁵ Folios 129 y 130 del cuaderno principal.

⁶ Folio 265 del cuaderno principal.

⁷ Folios 304 y 305 del cuaderno principal.

Sin embargo, como se explicó anteriormente, en este asunto no ocurrió un despojo injusto, dado que (i) la demandada no privó a la señora SARMIENTO de la posesión del inmueble mencionado valiéndose de la fuerza, (ii) no se apoderó del bien en ausencia de la demandante ni repelió a esta por la fuerza cuando volvió y (iii) la pérdida de la detentación material de la cosa por parte de la actora no fue el resultado de la actuación de una autoridad sin previo juicio.

Al respecto, es menesteroso reiterar al extremo activo que la pérdida de la tenencia del inmueble obedeció a la diligencia de entrega llevada a cabo en diciembre de 2017 por el Juzgado Veintitrés Civil Municipal de esta ciudad, en calidad de comisionado del Juzgado Décimo Civil del Circuito de la misma capital, en el marco del proceso ejecutivo en el que se aprobó el remate de aquel bien raíz a favor de la señora NAICIPA, por medio de auto del 10 de abril de 2015⁸.

En otras palabras, existió un acto válido de una autoridad en virtud del cual la señora SARMIENTO perdió la detentación material de la cosa, sin que sea procedente que se califique dicha actuación judicial como un despojo injusto, puesto que la jurisprudencia ha enseñado que “[s]i hay juicio previo, como en una diligencia de lanzamiento, la autoridad obra en ejercicio de sus atribuciones y, por tanto, no cabe acción posesoria”⁹.

4.6. Por consiguiente, si la aquí demandante fracasó en el ejercicio de la defensa de sus derechos e intereses en el proceso ejecutivo donde se ordenó y verificó la entrega del inmueble que detentaba materialmente, no es dable que acuda a la acción posesoria de recuperación para cuestionar dicha actuación judicial, puesto que, de un lado, ese mecanismo de protección no fue establecida en el ordenamiento jurídico para tal finalidad, tal como ha sido expuesto en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, sino para proteger las privaciones injustas de la posesión hechas por usurpadores, y, de otro lado, de conformidad con los artículos 228 y 230 de la Constitución, los jueces gozan de autonomía e

⁸ Folio 230 y 231 del cuaderno principal.

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia SC16279-2016 del 11 de noviembre de 2016, reiterada en sentencia SC3631-2021 del 25 de agosto de 2021

independencia para el ejercicio de sus funciones, de manera que es improcedente que en este proceso se cuestione la legalidad de las decisiones relativas a la entrega material del bien raíz emitidas en otro juicio ejecutivo.

5. En suma, del análisis precedente del presupuesto de la legitimación en la causa por activa, emerge claramente que la demandante no es titular de la acción posesoria de recuperación, en razón a que no existió algún despojo injusto, dado que la pérdida de la tenencia del inmueble fue el resultado de una actuación judicial válida.

Por estos motivos, es innegable que la demanda interpuesta está llamada al fracaso, para lo cual resulta fútil el estudio de las inconformidades relacionadas con la acreditación de la condición de poseedora de la actora, puesto que, más allá de esa discusión, lo cierto es que no conduciría a la prosperidad de esta acción posesoria, comoquiera que, se insiste, la señora SARMIENTO no se desprendió de la detentación material del bien raíz por un acto que pueda calificarse como un despojo injusto, sino que este obedeció al ejercicio constitucional y legal de las facultades otorgadas a las autoridades judiciales en un proceso ejecutivo, lo que implica que no se verificó la legitimación en la causa por activa. Circunstancia que debía ser examinada oficiosamente en segunda instancia, al tenor del inciso primero del artículo 328 del Código General del Proceso.

6. En consecuencia, se confirmará el fallo de primera instancia y no se condenará en las costas de esta instancia a la parte actora, debido a que está amparada en pobreza.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., en Sala Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **RESUELVE:**

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 27 de mayo de 2021 por el Juzgado Veinticinco Civil del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: En su oportunidad, devuélvase el expediente al despacho de origen.

NOTIFÍQUESE,

LIANA AIDA LIZARAZO VACA
Magistrada

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ
Magistrada

JOSÉ ALFONSO ISAZA DÁVILA
Magistrado

Firmado Por:

Liana Aida Lizarazo Vaca
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 008 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Jose Alfonso Isaza Davila
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 018 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Martha Patricia Guzman Alvarez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 012 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación:

7cc6dc6667bc4f6de61f16d24c891f1cf8d9ef3756d7fd7f8d30726c9
9a37c

Documento generado en 11/11/2021 07:48:10 PM

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



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

**ADRIANA SAAVEDRA LOZADA
Magistrada Ponente**

Bogotá D.C., doce (12) de noviembre dos mil veintiuno (2021)
(Discutido y aprobado en Salas de octubre 14, 21, 28 y noviembre 4 de
2021)

Resuelve el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por algunos de los integrantes del extremo pasivo de la relación procesal y, en modo adhesivo los convocantes, contra la sentencia proferida en junio 07 de 2019, por el Juzgado 29 Civil del Circuito de esta capital.

I. ANTECEDENTES

1.-Situación fáctica¹

El 22 de octubre de 2012 a las 13:52 pm, Ana María Forero Villamil (q.e.p.d.) quien para aquél entonces contaba con 11 meses de nacida, fue llevada por su tía Diana María Villamil López al servicio de urgencias de Cafam la Floresta, al presentar un cuadro clínico que venía de 4 días atrás con presencia de pérdida de apetito, deposiciones acólicas, palidez, fiebre, astenia, dos episodios de vómito y había recibido tratamiento con amoxicilina por manifestar una infección respiratoria aguda, siendo valorada por el médico general Dr. Leonardo Fonseca.

A pesar de ello, solo hasta 3 horas después, específicamente a las 17:54 pm, fue revisada por la especialista en pediatría Dra. Lorena Esther Molina

¹ De acuerdo con la subsanación del libelo inicial visto a folios 792-859 del Cd.1 Tomo 1

Sanjuan, quien ordenó una serie de exámenes (reportes de paraclínicos, uroanálisis, examen parcial de orina con sonda y proteína c reactiva). A las 18:39 con los resultados de hemograma y estando pendientes el uroanálisis y PCR, determinó que: *«(...) según uroanálisis decidirá conducta: si es sugestivo de infección urinaria, iniciará cefalotina; si es normal, revisará Rx de tórax y considerará la toma de hemocultivos para iniciar antibióticos por **bacteriemia oculta**»*

A las 20:03, según reporte del Dr. Andrés Leonardo Fonseca, no le habían hecho estudios radiológicos; además, los resultados de laboratorios arrojaron indicativos de infección importante.

El médico general Dr. Víctor Nicolás Aquino Vanegas la valora a las 01:18 am del 23 de octubre, quien si bien anotó una evolución estable y ordenó una nueva consulta con pediatría, no calificó los resultados del uroanálisis que ya reportaban *« (...) presencia de sangre que es de 150 mg de Hb (dato anormal y llamativo pues debe ser (-) y su presencia indica hemólisis o destrucción de glóbulos rojos) »* como tampoco, los resultados de Rx de tórax, los que se tornaban importantes para correlacionarlos con los signos vitales que presentaba según el registro de enfermería que, por su parte, denotaban un continuo y progresivo incremento de la tensión arterial que sugería inestabilidad hemodinámica y un cuadro febril constante, sin que, ante tales eventos, se diagnosticara infección.

Siendo las 07:22 am de ese mismo día, fue observada por la pediatra Dra. Suescun Melo, quien de cara al diagnóstico de *« (...) Síndrome febril sin foco aparente y bacteriemia oculta (...) »* y ante hallazgos que sugerían deshidratación pero comoquiera que las pruebas de uroanálisis como de gram en orina son normales, determina la suspensión en el suministro de cefatolina para, a su juicio, aclarar la causa del proceso febril, lo que según los demandantes, conllevó a que la menor quedara sin ningún antibiótico hasta que fue nuevamente vista a las 13:49 pm, es decir, 23 horas y 57 minutos después de haber ingresado al centro clínico.

Siendo las 13:49 pm, y una vez revisados los exámenes de CH y PCR se inicia tratamiento con ceftriaxona, cuya primera y única dosis fue aprovisionada a las 14:30 pm. Allí mismo, se inicia el proceso para su

remisión a la IPS Clínica Cafam de la Calle 51, sugiriéndose la opción de realizar una punción lumbar.

Una vez en la Clínica Cafam de la Calle 51, es calificada nuevamente en triage, siendo estimada en nivel II a las 16:32 pm; sin embargo, solo hasta las 18:50 pm (02 horas y 18 minutos después) es atendida por la pediatra, quien encuentra a una paciente en regulares condiciones generales. Durante la valoración, Ana María Forero presenta dos episodios convulsivos y falla respiratoria. Entre las 18:30 y las 21:05 sufre 3 paros cardiacos y fallece.

Reproches a la actividad médico-asistencial y administrativa.

(i) Demora en el tiempo de atención según el triage: En la primera revisión fue valorada en triage a las 13:50 pm; no obstante, solo fue atendida por medicina general a las 14:57 pm (+ 1h7min) y por pediatría a las 17:54 pm (+ 4h4min). Según los protocolos de triage de Cafam, en el acápite de tiempos de espera, indican que la atención de una urgencia clasificada en triage II debe ser de 15 minutos y en el protocolo de urgencias de la Clínica calle 51, floresta y suba, es 30 minutos.

Aunado a ello, fueron obviados los factores de gravedad incorporados en el capítulo de “introducción a triage pediátrico” de las clínicas convocadas, por cuanto no se atendieron dos causales que imponían el cumplimiento del tiempo máximo e incluso su priorización, cuales fueron: tratarse de ser un paciente menor a un año y que fuera reconsultado, habida cuenta que, como fue anotado en el historial clínico, Ana María venía de un tratamiento de amoxicilina por presentar un cuadro de IRA.

(ii) Errores en la clasificación de la atención: De acuerdo con el anexo de la Atención Integral para las Enfermedades Prevalentes de la Infancia (AIEPI) dispuesta por la OMS para prevenir la mortalidad en infantes de los 2 meses a los 5 años, una enfermedad es catalogada como muy grave si, entre otros, «Vomita todo» y tal situación fue informada por la madre de Ana María cuando fue atendida por la pediatra a las 17:54 pm, por tanto, la atención debió ser inmediata.

Además, cuestionan que, por tratarse de un usuario menor a un año, requería de revisión pediátrica permanente y, según el protocolo de Cafam, en los subprocesos de referencia y contrarreferencia, los pacientes deben ser remitidos a los CAS o servicios de la clínica cuando: «(...) no hay disponibilidad de cama o de recurso requerido para la atención integral (...)». Entonces, ese recurso implicaba la presencia de especialista, situación que no podía asegurar Cafam Floresta debido a que era una IPS de primer nivel y no contaba con pediatra las 24 horas sino únicamente diurno, como así fue informado por la demandada en misiva del 26 de noviembre de 2012.

Sin embargo y pese a que desde la primera atención por pediatría la paciente ya contaba con síntomas para ser clasificada como una “enfermedad grave”, y a sabiendas que no contaban con los profesionales permanentes que se requerían, omitieron remitirla a otra entidad quien, en una mejor posición, brindara la adecuada atención.

(iii) Falta de medicación inicial, previo a la atención médica especializada: De acuerdo con los protocolos de triage pediátrico, además de la clasificación, existe un tercer paso de triage avanzado que indica el inicio de pautas terapéuticas antes de la valoración médica, entre otras: «administrar suero de rehidratación oral en pacientes con diarrea [y] antitérmico en pacientes con fiebre (...)», a pesar de ello, y habiéndose indicado que Ana María ingresó con 39° de temperatura, diarrea y vómito, solo hay registro de antitérmico e hidratación endovenosa hasta las 17:55 (+4h5min), cuando dichas actividades debieron iniciarse a las 14:57 (primera atención).

(iv) Valoración inicial de pediatría: Critica que en la consulta efectuada el 22/10 a las 17:54 pm (primera valoración por especialista) no se hubiera realizado toma de temperatura; máxime, cuando en el triage se contempló 39° C, situación que impidió diagnosticar un síndrome febril. También, que no se hayan hecho tomas de tensión arterial cuando presentaba un cuadro de deshidratación grado II. Sólo a partir de las 18:14 se inició el muestreo por enfermería, pero dichos valores no fueron contemplados por el médico y evidenciaron una tensión arterial sistólica menor a 100, incluso, hasta 76, circunstancia que denotaba la severidad del cuadro que presentaba.

Reprochó el excesivo retraso en los resultados de los exámenes de laboratorio, cuando según el protocolo refiere a un término máximo de dos horas para ello (protocolo fase pre-analítica de atención al usuario y toma de muestras PSRP-018, punto 6.6), como también, que su interpretación fue tardía por parte de los profesionales en la salud, llegando a picos de más de 5 horas después de estar disponibles así:

EXÁMEN	HORA DE SOLICITUD	HORA EN QUE DEBÍA ESTAR	HORA EN QUE ESTUVO DISPONIBLE	HORA DE INTERPRETACIÓN
Hemograma Inicial	14:57:00 22/10/12	16:57:00 22/10/12	17:53:54 22/10/12	18:39:00 22/10/12
PCR Inicial	14:57:00 22/10/12	16:57:00 22/10/12	18:35:48 22/10/12	NO APARECE INTERPRETADA
Perfil Hepático	14:57:00 22/10/12	16:57:00 22/10/12	18:20:43 22/10/12	18:39:00 22/10/12
Sodio Potasio	17:54:00 22/10/12	19:54:00 22/10/12	19:33:07 22/10/12	NO APARECE INTERPRETADA
Uroanálisis	17:54:00 22/10/12	19:54:00 22/10/12	20:00:04 22/10/12	01:18:00 23/10/12
Placa Rayos X	17:54:00 22/10/12	INMEDIATO ES UNA IMAGEN	21:00:00 22/10/12	01:18:00 23/10/12
Hemograma 2	07:22:00 23/10/12	09:22:00 23/10/12	07:34:00 23/10/12	13:49:00 23/10/2012
PCR 2	07:22:00 23/10/12	09:22:00 23/10/12	07:34:00 23/10/12	13:49:00 23/10/2012

En particular, destacó los atrasos en los exámenes paraclínicos de uroanálisis y rayos x de tórax que, según la pediatra a las 18:43 pm, eran indispensables para establecer el diagnóstico de bacteriemia oculta. El primero se interpretó 05 horas y 18 minutos después de haber sido emitido su resultado y, el segundo, se practicó 3 horas y 6 minutos después de orden y se analizó por el galeno 4 horas y 18 minutos después de estar disponibles, es decir, pasaron más de 7 horas desde que se estableció su necesidad.

Según el Protocolo institucional de fiebre sin foco aparente en niños de 0 y 36 meses, esta es causada por infecciones virales, urinarias o bacteriemia oculta con infección grave o sin ella, en donde el uso de

antibiótico es indispensable para prevenir secuelas graves o la muerte. La bacteriemia oculta tiene un índice de presentarse en pacientes con fiebre de más de 39° C en un 1.6% de los cuales el 90% es causado por neumococo que, a su vez, se tornan en meningitis en un 3 a 6% y del 8-15% mueren, el 30% desarrolla sordera y un 25% déficit neurológico.

Destaca que desde la atención brindada por la pediatra Lorena Esther Molina a las 18:39 pm de 22/10, se indicó una posible bacteriemia oculta para lo cual se ordenaron paraclínicos y muestras radiográficas; por tanto, ameritaba un rápido servicio, seguimiento estricto por pediatría de 24 horas pues los mismos protocolos indican el alto índice en la causación de graves afecciones neurológicas, físicas y la muerte. Por el contrario, no fue remitida a una IPS con mejor nivel, la siguiente atención fue 6 horas y 39 minutos después por un médico general, Dr. Víctor Nicolás Aquino Vanegas y no, por un especialista.

A pesar de esto, el Dr. Vanegas contaba con los resultados de uroanálisis y rayos x de tórax; por tanto, con herramientas suficientes para confirmar el diagnóstico de la pediatra y proceder a la inmediata remisión e iniciar manejo antibiótico con ceftriaxona; situación que solo ocurrió hasta las 13:46 pm del 23/10.

Solo hasta las 07:22 am del 23/10 (+ 6h:04min de la última valoración y + 12h:43min de la primera revisión por pediatría), es visitada por la pediatra Dra. María Consuelo Suescun, quien contrario a iniciar con el tratamiento antibiótico de rigor, suspende el que venía siendo suministrado, cuando el cuadro clínico estaba en declive lo que ya apuntaba a una meningitis; con mayor razón cuando las notas de enfermería de la noche anterior, indicaban un franco deterioro de la paciente (fiebre alta, palidez mucocutánea, deshidratación, diarrea).

A las 13:49 pm, es atendida por la pediatra inicial, Dra. Lorena Esther Molina San Juan, iniciando el tratamiento adecuado pero tardío, pues dejó pasar más de 15 horas y 46 minutos desde que se pudo dar comienzo. Sin embargo, descuidó la posibilidad del siguiente paso infeccioso, cual era la meningitis y no adelantó las valoraciones para ello. Fue remitida a las 15:55 pm a otro centro médico (Cafam de la Calle 51), es decir 16 horas después que estuvo disponible la placa de tórax y el uroanálisis a partir

de los cuales se pudo diagnosticar la bacteriemia oculta y proceder a su traslado.

Ana María ingresa a Cafam de la Calle 51 a las 16:40 pm y, una vez más calificada en triage II, no fue atendida inmediatamente sino a las 17:40 (1 hora y 18 minutos después más 40 minutos de traslado). Presentó dos episodios convulsivos y, a las 21:05 horas, se decreta su muerte.

Por estos hechos, la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá adelantó la investigación 361-142 que concluyó graves faltas profesionales en la atención y su oportunidad de cara a los procesos institucionales.

Desde la partida de Ana María Forero, su familia se ha visto afligida en su composición humana, no solo por el fallecimiento de su hija, hermana, sobrina y nieta, sino por las angustiosas y dolorosas situaciones en que se vieron inmersos para reclamar su cuerpo por cuenta de procedimientos como levantamiento del cadáver, necropsias e investigaciones de orden penal.

2.- Pretensiones

Se declare a los demandados² civil, solidaria y contractualmente responsables por la muerte de Ana María Forero Villamil, debido a la mala praxis médica, falta de atención oportuna, negligencia en la vigilancia de la atención, incumplimiento de guías y protocolos, violación de las obligaciones de seguridad y del sistema obligatorio de garantía de calidad en salud en la atención que le fue realizada los días 22 y 23 de octubre de 2012; subsidiariamente, se declaren civil, solidaria y extracontractualmente responsables por los mismos títulos de imputación.

Como consecuencia de una o de otra, sean condenados al pago de los perjuicios patrimoniales e inmateriales que fueron causados a los demandantes en los siguientes términos:

² Famisanar EPS, Caja de Compensación Familiar CAFAM, IPS Centro de Atención en Salud Cafam la Floresta, IPS Clínica Cafam Calle 51, Lorena Esther Molina San Juan, Andrés Leonardo Fonseca Plata, Víctor Nicolás Aquino Vanegas, María Consuelo Suescún Melo y Yosiris del Carmen Florián Reales.

DEMANDANTE	CONCEPTO Y MONTO
Lizeth Andrea Villamil López [Madre]	- Lucro cesante: \$ 239.423.800 - Daño moral: 100 s.m.l.m.v. - Daño a la salud: 400 s.m.l.m.v.
Edgar Gerardo Forero Mondragón [Padre]	- Lucro cesante: \$ 239.423.800 - Daño moral: 100 s.m.l.m.v. - Daño a la salud: 400 s.m.l.m.v.
María Paula Forero Villamil [Hermana]	- Daño moral: 50 s.m.l.m.v. - Daño a la salud: 200 s.m.l.m.v.
Ana Lucila Mondragón [Abuela paterna]	- Daño moral: 50 s.m.l.m.v.
Jorge Hernando Forero [Abuelo paterno]	- Daño moral: 50 s.m.l.m.v.
Jorge Armando Forero Mondragón [Tío paterno]	- Daño moral: 35 s.m.l.m.v.
Ángela Sonia Sánchez [Tía política]	- Daño moral: 25 s.m.l.m.v.
Ana Maritza Forero Mondragón [Tía paterna]	- Daño moral: 35 s.m.l.m.v.
Lidia Esperanza López [abuela materna]	- Daño moral: 50 s.m.l.m.v.
Héctor Villamil Reyes [abuelo materno]	- Daño moral: 50 s.m.l.m.v.
Diana María Villamil López [Tía materna]	- Daño moral: 35 s.m.l.m.v.
Jenny Maritza Villamil López [Tía materna]	- Daño moral: 50 s.m.l.m.v.

De la suma por lucro cesante se solicitó su indexación; además, que se disponga el pago de réditos moratorios hasta que se efectivice la satisfacción de las condenas.

3.- La defensa

3.1. La Caja de Compensación Familiar CAFAM se opuso al éxito de las pretensiones; para ello, sostuvo su tesis defensiva mediante las excepciones de fondo que nominó: *«Inexistencia de presupuestos de hecho y de derecho para que la caja de compensación familiar CAFAM sea declarada responsable»*, *«Ausencia de causa para el cobro de los perjuicios»*, *«Inexistencia de nexos causal»*, *«Estado de salud derivado de las condiciones propias de la demandante»*, *«Servicio médico es de medio y no de resultado»*, *«Cobro de daños y perjuicios por fuera del marco legal»*, *«Cumplimiento lex artis»*, *«culpa exclusiva de la víctima»*, *«Inexistencia de*

relación contractual entre los demandantes y la caja de compensación familiar CAFAM» y «Genérica».

Estimó, en suma, que no se cumplía los presupuestos de la acción reparativa. De un lado, porque la conducta desplegada en las IPS no fue culposa, por el contrario, se ajustó a la ciencia; de otro, porque no había causalidad, ya que 4 días antes a la atención, a la paciente le fue suministrado el fármaco amoxicilina que, en verdad, logró enmascarar su patología. Adicionó, que el cobro de perjuicios es sobreestimado de cara a los precedentes sobre la materia; además, que entre los convocantes y la entidad nunca se perfeccionó un vínculo jurídico a partir del cual se estructure la responsabilidad contractual invocada.

3.2.- La Dra. Lorena Esther Molina Sanjuan también recusó el buen suceso de la demanda. Por su parte basó su postura defensiva en los medios exceptivos que nombró: *«Inexistencia de responsabilidad por parte de la doctora Lorena Esther Molina Sanjuan», «Obligación de medio y no de resultado», «Ausencia de culpa», «Extralimitación de la pretensión indemnizatoria» y «Excepción genérica».*

Argumentó que su actuar en momento alguno fue culposo y, por el contrario, se ajustó a los parámetros clínicos del caso en concreto, por tanto, el daño que se predica y su causalidad se encuentran desvanecidos. Consideró que en las dos oportunidades que atendió a la menor cumplió con rigor científico los procedimientos para establecer la causa de sus síntomas. Además, la fiebre y los leucocitos, en verdad, podían apuntar a otras dolencias que, en su momento, debían ser descartadas previo a suministrar antibióticos.

3.3.- Idéntica postura asumió la Dra. Yosiris del Carmen Florian Reales quien, mediante su procurador judicial, también rechazó el éxito de las pretensiones en su contra. Sustentó su tesis en los instrumentos de defensa que relacionó así: *«Inexistencia de responsabilidad civil por ausencia de los elementos estructurales de la misma en el caso concreto», «Exoneración por cumplimiento de la obligación de medio de mi poderdante», «Caso fortuito», «Inexistencia de daño antijurídico y en consonancia con ello carecen de fundamento las peticiones económicas, las declaraciones y las condenas» y «La innominada».*

3.4.- Famisanar Ltda opugnó la totalidad de aspiraciones contenidas en la demanda. Lo anterior, con base en las excepciones de derecho que relacionó del siguiente modo: «*Inexistencia de responsabilidad por parte de EPS Famisanar*», «*La obligación de la EPS, de la IPS y de los médicos son obligaciones [sic] de medio*», «*Ausencia de nexo causal entre los perjuicios alegados por la parte demandante y la actuación de EPS Famisanar*» y «*Excepción genérica*».

En síntesis, asumió la postura de que las funciones legales de las EPS difieren de las asignadas a las IPS; siendo así, Famisanar respetó sus obligaciones en relación con la atención brindada a la paciente.

3.5.- La Dra. María Consuelo Suescún Melo argumentó que su comportamiento profesional en la oportunidad que prestó atención a Ana María Forero, en momento alguno fue culposo y, por ello, reprochaba la prosperidad de los pedimentos. Estructuró su postura de parte bajo las siguientes excepciones: «*Inexistencia de presupuestos de hecho y de derecho para que María Consuelo Suescun Melo sea declarada responsable*», «*Ausencia de causa para el cobro de los perjuicios*», «*Inexistencia de nexo causal*», «*Estado de salud derivado de las condiciones propias de la demandante*», «*Servicio médico es de medio y no de resultado*», «*Cobro de daños y perjuicios por fuera del marco legal*», «*Cumplimiento lex artis*», «*Culpa exclusiva de la víctima*», «*Inexistencia de relación contractual entre los demandantes y María Consuelo Suescun Melo*» y «*Genérica*».

Tales medios de defensa tuvieron sustento en similares hipótesis a las aludidas por La Caja de Compensación Familiar CAFAM, por cuanto ambas convocadas estuvieron representadas por el mismo procurador judicial.

3.6.- Por último, los Drs. Andrés Leonardo Fonseca y Víctor Nicolás Aquino Vanegas fueron representados por curador *ad litem* quien se atuvo a lo que llegare a ser demostrado dentro del litigio.

4.- Los llamamientos en garantía

4.1.- La Caja de Compensación Familiar CAFAM (IPS), por virtud del contrato de seguro de responsabilidad profesional clínicas y hospitales que suscribió con la Aseguradora Colseguros S.A -hoy Allianz Seguros S.A- mediante la póliza 021688832/8, la convocó para que, por virtud de referido vínculo, pague las condenas que sean impuestas a la llamante (Cd. 2).

La compañía reprochó la prosperidad de la demanda principal, coadyuvó las excepciones que propuso su llamante y planteó las propias que nombró: *«Ausencia de los elementos constitutivos de la responsabilidad médica», «Actividad médica es de medio y no de resultado», «Inexistencia de la obligación de indemnizar a cargo de la Caja de Compensación Familiar CAFAM», y «Cualquier otro medio exceptivo que resulte probado dentro del proceso y que se opongá a las declaraciones y condenas de la demanda».*

De cara a la pretensión revérsica que en su contra se erigió, no compartió el modo en que fue planteado el llamado y, por tanto, lo estimó inviable. Para ello expuso sus defensas así: *«Ausencia de solidaridad», «Limitación de la responsabilidad», «Ajuste del valor a indemnizar de acuerdo al grado de agotamiento del valor asegurado», «Aplicación del deducible pactado en la póliza» y «Cualquier otro medio exceptivo que resulte probado dentro del proceso y que se opongá al llamamiento».*

4.2.- La EPS Famisanar Ltda. llamó a la IPS Caja de Compensación Familiar CAFAM; lo anterior, por cuenta que para la fecha en que ocurrió el fallecimiento de Ana María Forero, entre la EPS y la IPS se había suscrito un contrato en virtud del cual, la última asumía con autonomía técnica, científica y financiera la atención de los usuarios afiliados a la EPS, por tanto, a su vez, se adjudicaba *« (...) en forma total y exclusiva la responsabilidad que pueda derivarse de sus actos y omisiones (...)»* como lo es la falla médica que reclaman los 12 convocantes (Cd. 5)

CAFAM se resistió a la pretensión de su llamante y sustentó su postura en los medios de defensa que nombró: *«Sujeción a las obligaciones pactada [sic] entre las partes en el contrato de prestación de servicios de salud No.*

860.013.570», «Ausencia de responsabilidad de la demandada», «Inexistencia de la obligación» y «Genérica».

4.3.- La Dra. Lorena Esther Molina Sanjuan por virtud del contrato de seguro de responsabilidad para profesionales de la salud que suscribió con Seguros del Estado S.A mediante la póliza 21-03-101001693, la convocó para que, por virtud del referido vínculo, pague las condenas que eventualmente sean descargadas en contra de la llamante (Cd. 6).

La compañía rebatió la viabilidad de las pretensiones invocadas en la demanda principal, por cuanto a su juicio, no hubo una conducta culposa por parte de su asegurada en su actuar profesional. Entonces formuló las siguientes excepciones: «Ausencia de responsabilidad», «Exoneración por cumplimiento de obligaciones de medio» e «Indebida cuantificación del daño sufrido». Por su parte, desestimó el llamado que le fuere realizado a partir de defensas que así relacionó: «Exclusiones pactadas dentro del contrato de seguro», «Limites de responsabilidad», «Deducible de la póliza 21-03-101001693» y «Excepción genérica».

4.4.- Por cuenta del llamamiento en garantía que efectuó la EPS Famisar Ltda a CAFAM (punto 4.2), ésta procedió a realizar una segunda pretensión revérsica en contra de Allianz Seguros S.A; sin embargo, en esta ocasión fue por cuenta de la póliza de seguro de responsabilidad profesional clínicas y hospitales 022029432/0, que estaba vigente para cuando se le efectuó la reclamación, es decir, el llamamiento (2017).

5.- La sentencia de primera instancia

La determinación de la juzgadora de primer grado fue acceder parcialmente a las pretensiones, morigerando la condena al encontrar demostrado que el comportamiento de los demandantes insidió, bajo la tesis de la concausalidad, en el resultado. Para arribar a tal decisión expuso que:

De acuerdo con la prueba pericial, la consulta proporcionada a la paciente en la IPS “no fue la más idónea” como tampoco “contó con profesionales especializados”. En Cafam Floresta se atendió la urgencia por un médico general y no por un especialista en pediatría y cuando se trasladó a una

IPS de mejor nivel (Cafam de la calle 51) resultó inoportuna la asistencia, en tanto “no se efectuó en la referencia una nota de atención prioritaria a pesar del antedicho cuadro clínico, sino que se dejó a disposición de una nueva valoración por triage, tornando extemporáneos los esfuerzos de la IPS para salvaguardar la vida” de la menor.

De otro lado, ni en Cafam Floresta se contó con especialista en pediatría permanente si no, tan solo, 12 horas por día; a ello se sumó que, en Cafam de la Calle 51 tampoco contaban con unidad de cuidados intensivos para pediatría, únicamente tenían una cama neonatal en la UCI; empero, para el día en que arribó la menor no estaba disponible. Lo anterior, a su juicio, desconoció toda la normatividad que otorga una especial y prioritaria protección a los menores cuando se encuentren en curso de una atención médica asistencia.

De acuerdo con los peritos que concurrieron al proceso, la toma de signos fue tardía y, con base en los primeros resultados de laboratorio y el estado clínico de la paciente, ya se contaban con elementos para establecer el cuadro infeccioso que, a la postre, se diagnosticó. Por tanto, el suministro de antibiótico fue tardío e incidió directamente en el fatídico deceso de la paciente, hecho que se corroboró cuando dos peritos afirmaron que la falta de suministro fue trascendental en la medida que (...) cada instante sin él, se incrementa en un 40% el eventual shock sistémico y el riesgo de muerte en menores (...). Además, según el decir de los propios médicos convocados, “(...) pudieron errar en su diagnóstico inicial y definitivo, cuando el apoderado de la parte demandante requirió respuesta sobre tal particular (...)”.

Concluyó, que, a partir de los dictámenes médicos, el dicho de los convocados y las actuaciones adelantadas ante la Fiscalía General de la Nación, se estableció que la muerte de Ana María Forero Villamil, correspondió a un mal diagnóstico médico, una precaria atención por falta de recursos humanos calificados, el suministro tardío de una terapia antibiótica y la agresividad del germen bacteriano que atacó a la menor, sin la corrección rápida y oportuna en los centros médicos.

Trayendo precedentes de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, definió que cuando se demanda la responsabilidad de la

EPS e IPS por fallas en la atención médica, éstas responden conjuntamente, si se encuentra que sus dependientes o personal vinculado, causaron la afección a las víctimas; máxime, cuando ella deviene de las denominadas deficiencias organizacionales.

A pesar de ello, también estimó que el comportamiento omisivo de los demandantes tuvo una proporcional incidencia en el resultado, razón por la que era predicable la teoría de la “conurrencia de culpas” (concausas); lo anterior, habida cuenta que los padres de la víctima dejaron pasar un largo trecho para, una vez iniciados los síntomas de su menor hija, llevarla a un centro médico para que recibiera atención especializada.

Respecto a los perjuicios, expuso que no se probaron los de orden material, pues el lucro cesante futuro que se reclamó anduvo ausente de corroboración demostrativa; además, que no se podía partir para su reconocimiento y tasación de que la menor de 11 meses iba a proveer a sus padres, hasta su muerte, de la totalidad de las asignaciones salariales que, presuntamente, podría devengar.

En lo que a inmateriales atañe, consideró que, de cara a los morales, debía partirse de la presunción fijada jurisprudencialmente por tratarse de la muerte de la víctima directa. Por tanto y con sustento en la concausa que encontró demostrada la redujo y reconoció en 30 smlmv para cada padre, 15 para abuelos y hermana y, por último, 10 para cada uno de los tíos.

En línea del daño a la salud, fue denegado por carencia demostrativa, dado que, para la juez, huérfano de prueba se encontró la lesión física o psíquica que sustenta esta modalidad del daño.

Por último, analizó los llamamientos en garantía. Declaró probado el realizado por la EPS Famisanar a la IPS Cafam, habida cuenta que, de acuerdo con el contrato de prestación de servicios de salud suscrito entre ambas compañías (cláusula 24), la IPS asumió la responsabilidad derivada de eventos como el aquí estudiado, ya que la responsabilidad que se imputó a la EPS gravitó sobre el error de diagnóstico, atención oportuna y remisión de los médicos de la IPS. El realizado a Allianz Seguros S.A por parte de CAFAM también prosperó, bajo las limitaciones del monto máximo amparado y las deducciones pactadas.

Cosa contraria aconteció con Seguros del Estado S.A, quien fue convocada por la Dra. Molina Sanjuan, pues dentro del contrato de seguro fue excluido como componente indemnizatorio el pago de daños morales causados por el asegurado a los beneficiarios de la póliza, elemento único a que fue condenada la enjuiciada.

6.- El recurso de apelación

Inconformes con la anterior determinación, fue apelada en audiencia por parte de los integrantes del extremo pasivo a excepción de Seguros del Estado S.A; asimismo, a dicha alzada se adhirieron los convocantes de conformidad con el interlocutorio de agosto 22 de 2019 (fl. 14 Cd. 20). Sin embargo, otorgado el término previsto en el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, únicamente fue sustentada la apelación por parte de CAFAM, Andrés Leonardo Fonseca, Víctor Nicolás Aquino, María Suescun Melo, EPS Famisanar Ltda, Yosiris del Carmen Florián y Allianz Seguros S.A. Quiere decir lo anterior, que no se estudiarán los reparos propuestos por Lorena Esther Molina Sanjuan ante la deserción de su impugnación.

6.1.- Por parte de Cafam y los doctores Andrés Leonardo Fonseca, Víctor Nicolás Aquino y María Consuelo Suescún Melo.

Como quiera que están representados por idéntico procurador judicial, cuestionaron conjuntamente el fallo de instancia con base en los siguientes argumentos que repararon en primera instancia y sustentaron en esta sede así:

(i).- Indebida valoración del informe de diciembre 14 de 2012 suscrito por la Dra. Sandra Roca Garavito en su calidad de Superintendente Delegada para la Atención en la Salud; el informe elaborado por la Dra. Sonia Benítez Garzón, Secretaria Distrital de Salud; la contradicción a los dictámenes realizados por los Doctores Sergio Isaza Villa y Rodolfo de la Hoz Celis y los interrogatorios de parte de los demandados, a partir de los cuales se concluía que la atención brindada por Cafam fue adecuada y en nada incidió en la muerte de la paciente; además, el fallecimiento fue un hecho imprevisto e insuperable.

(ii).- Cuestionó que no fueron individualizadas las conductas culposas de los galenos y, por tanto, no logró entenderse el yerro en el comportamiento profesional de cada uno de los demandados, su relación con el resultado ni su grado de incidencia.

(iii).- Criticó que dentro del fallo no estableció el grado de culpa de cada demandado. No se enunció quién anduvo por la negligencia, la impericia o la imprudencia y ello se debe a que, a su juicio, no se encontraba demostrado dicho error en el actuar médico.

(iv).- Estimó desacertado el reconocimiento de indemnización a título de daño moral en favor de la hermana de la víctima directa, María Paula Forero Villamil; lo anterior, por cuanto para el instante del deceso de su hermana, la demandante no había nacido, de allí que se tratara de un daño inexistente para ella pues nunca lo vivió ni lo sufrió, dado que el hecho ocurrió con antelación a su existencia material en el mundo. También reprochó el reconocimiento de daño moral en beneficio de los tíos de la menor Ana María Forero, en especial, de su tía política Ángela Sonia Sánchez Castillo, debido a que eran personas extrañas y lejanas del núcleo familiar de la fallecida.

(v). - Acusó que en la sentencia se condenó a partir de la exigencia de una conducta determinada, sin tener en cuenta que la ciencia médica no es exacta, como tampoco que cada caso clínico es distinto; además, que a la paciente le había sido suministrado amoxicilina, lo que enmascaró el padecimiento. No se valoraron los distintos diagnósticos posibles para el mismo cuadro clínico.

6.2.- Por parte de Allianz Seguros S.A, doblemente llamada en garantía de la Caja de Compensación Familiar CAFAM.

(i). - Bajo el mismo error de valoración probatoria descrita en el punto (i) del anterior apelante, estimó que la juez debió exonerar de total responsabilidad a los demandados con causa en la conducta desplegada por los padres de la víctima quienes demoraron en llevar a la paciente al médico, pues su cuadro antecedió a 4 días previos a la consulta de urgencias y, además, se auto-medicó con un antibiótico.

(ii).- No se analizaron las conductas de los profesionales médicos que intervinieron en la atención, tampoco se estableció la culpa en su actuar, ni las obligaciones que por ellos fueron desconocidas y que conllevaron al fatídico deceso de Ana María Forero. En su sentir, se probó que el servicio médico otorgado por las IPS se ajustó a los protocolos de manejo y a los síntomas presentados por la usuaria; de otra parte, la muerte de la menor respondió a las propias condiciones médicas que presentaba, sin que ello sea suficiente para concluir el grado de adeudo de la IPS.

(iii).- Reprocharon que se haya otorgado indemnización por concepto de daños extrapatrimoniales en quienes no se estructuró. De un lado la hermana menor de la víctima no había nacido para la fecha de la muerte de Ana María y, por tanto, no sufrió el perjuicio reconocido; de otro, sus tíos no hacen parte del núcleo familiar próximo.

(iv).- En relación con las costas procesales a que fue condenada, argumentó que resultaban improcedentes por cuanto la aseguradora no fue quien generó el litigio, como tampoco quien lo promovió, hechos que no se acompañan con el artículo 365 del CGP.

(v). - Por último, expuso que su responsabilidad se circunscribía al contrato de seguro que laató con su llamante, razón por la cual los alcances y límites de sus obligaciones han de ceñirse a dicho negocio.

6.3.- Por parte de la Dra. Yosiris del Carmen Florián Reales.

(i). - No se valoró la particular conducta desplegada por la Dra. Florián Reales de cara con el resultado, razón por la que tampoco comprende la extensión solidaria de la condena. Consideró que la atención brindada por la profesional y que se supeditó al final de la tarde del 23 de octubre “(...) cuando prácticamente el desenlace funesto hizo presencia (...)”, en modo alguno podía equipararla en su grado de adeudo como si ella hubiese generado el daño; máxime, cuando según la juez de primer grado, la responsabilidad fue de orden administrativa. Además, para cuando entró en acción la apelante, las condiciones clínicas de la paciente eran completamente distintas a las que presentó el primer día de atención, pues se encontraban muy avanzadas.

Así las cosas, respecto del accionar profesional de la recurrente, no se probó ni la culpa como tampoco la causalidad con el daño, lo que conllevaba a exonerarla de responsabilidad y, no, a su juicio, a imponer la atípica solidaridad, desdibujando con ella el régimen de culpa presunta y la naturaleza de medio y no de resultado del acto médico-asistencial.

(ii).- Calificó por desacertada la apreciación del conjunto probatorio, lo que llevó erróneamente a imponer una condena no merecida, en especial, porque no se probó la culpa y el nexo causal. Acusó que no fue tenido en cuenta que, según los propios demandantes, no informaron totalmente la sintomatología y el tratamiento dado en modo previo a la atención inicial, las dificultades propias de una bacteriemia oculta, el hecho que la menor se encontraba vacunada; empero, la dosis suministrada no era resistente al tóxico bacteriano que la atacó, tampoco que la atención proporcionada por la Dra. Florián se concentró en cumplir el código azul que se activó con la convulsión de Ana María Forero.

6.4.- Por parte de la EPS Famisanar S.A.S.

(i). - Estimó que no hubo un reproche directo en contra del papel desempeñado por la EPS y aun cuando se hizo referencia a los sistemas de calidad y auditoría que deben efectuarse a las IPS por parte de las EPS, se dejó de lado que dicho rol es asumido por la Superintendencia Nacional de Salud y la Secretaría Distrital de Salud, entidades que documentaron que la recurrente suministró oportunamente los servicios que requería la paciente.

(ii).- Famisanar, como entidad aseguradora de la víctima, cumplió sus prestaciones legales y suministró cobertura para todas sus necesidades dentro de su red de prestadores; asimismo, efectuó seguimiento al servicio otorgado por medio de sus visitas de auditoría a la IPS Cafam. Consideró que lo ocurrido tuvo causa en la demora de los asistentes de la víctima en remitirla tempranamente a un centro de salud y, con todo, la sintomatología que presentó la paciente no lograba evidenciar la causa que, al final, acabó con su vida.

(iii).- También atacó el reconocimiento de perjuicios morales en favor de los tíos y hermana de Ana María. Los primeros por falta de cercanía con la víctima, la segunda, pues cuando falleció la paciente ni siquiera había nacido. Aunado a ello, reprochó la precaria motivación para acceder a tal pretensión.

6.5.- Por parte del extremo demandante, apelante en adhesión:

En la oportunidad prevista en el artículo 322 del C.G.P, los convocantes se adhirieron al recurso vertical en lo que le fue desfavorable para que, en síntesis, se revocara los numerales primero, segundo y noveno de la sentencia y se modificaran el tercero, cuarto y quinto, para que en su lugar, se denegaran las excepciones planteadas, se reconociera la indemnización a título de lucro cesante y daño a la salud, se revocara la concausalidad que redujo la monto de la condena en su favor, se extendiera la condena a Seguros del Estado al estar probados los perjuicios materiales que ampara la póliza por ella otorgada y; por último, que se adicionara el numeral octavo para que la condena en costas alcanzara a Seguros del Estado S.A. En síntesis, expuso que:

(i). - Criticó que la juez de instancia haya sustentado la aplicación de la concausa y, por tanto, la reducción del monto indemnizable a partir de un hecho, a su juicio, no corroborado probatoriamente y, particularmente, opuesto a las conclusiones especializadas de los peritos que concurrieron a juicio. Para la juez, el suministro previo a Ana María del antibiótico Amoxicilina, logró enmascarar la sintomatología que presentó cuando fue llevada a urgencias, situación por la que la calificó como fácticamente incidente en el resultado; sin embargo, para el apelante, ninguno de los dos peritos especializados en pediatría e infectología pediátrica efectuaron tal aseveración y, por el contrario, fueron enfáticos y reiterativos, en explicar que el suministro de tal fármaco ninguna incidencia tuvo en la aparición de la bacteria que, a la postre degeneró en una meningitis, como tampoco, consiguió ocultar, reducir o enmascarar la sintomatología clínica de la paciente, ni alterar los paraclínicos de la misma, pues el error médico anduvo por la falta de oportunidad en el tratamiento ante un cuadro disiente de bacteriemia oculta.

(ii).- También se cuestionó el segundo factor que estructuró la aplicación de la concausalidad, cual fue para el estrado de instancia, un presunto descuido de los padres de la menor en llevarla oportunamente al médico ante un cuadro que antecedió a 4 días. Para el apelante, por su parte, los médicos especialistas que rindieron su dictamen frente a la particular situación, fueron claros en concluir que el periodo de manejo en casa era de hasta máximo 4 días y que, ante la presencia de otro síntoma, como lo era el vómito, lo recomendable era acudir a la unidad médica, comportamiento que fue el que tuvieron los padres demandantes y, tan así, que expresamente fue afirmado por los galenos que su actuar se ajustó a lo esperado, por tanto, carecía de sustento la reducción del monto indemnizable.

(iii).- Reparó la negativa al daño patrimonial a título de lucro cesante que solicitó en la demanda. Consideró errado el criterio de la juez que se basó en que al ser la víctima directa una menor de 11 meses, no había certeza real de que devengara alguna suma de dinero y mucho menos que, cuando cumpliera su mayoría de edad, iba a retribuir todo su dinero en favor de sus progenitores. Para el apelante, tal argumento frustra la naturaleza reparativa de la acción indemnizatoria y, en verdad, desconoce que existe elementos presuntivos para cuantificar la pérdida como lo es la edad de vida probable de los padres y la asignación básica que toda persona ha de recibir. Además, estimó que tal razonamiento contradice criterios ya fijados por la Corte Suprema de Justicia sobre el particular.

(iv).- Por último, reprochó que se haya despachado en modo adverso el pedimento referente al daño a la salud en favor de los padres y hermana de Ana María. Estimó que, a partir de los interrogatorios de parte de los padres, abuelos y tíos de Ana María, fue claramente demostrable que tanto los progenitores como su hermana han sufrido ciertas complicaciones emocionales por la pérdida de su ser querido que, deben ser calificadas como un daño independiente y, por tanto, indemnizable en modo autónomo.

II.- CONSIDERACIONES

7. - Presupuestos procesales

Los presupuestos procesales concurren a cabalidad de manera que se procede a dictar sentencia de mérito que dirima el conflicto puesto a consideración. Tampoco se observa yerro de carácter procesal que tenga la virtualidad de anular la actuación.

8.- Análisis de los motivos de reparo contra la sentencia de primera instancia

Sea lo primero indicar, previo a desarrollar el objeto de la alzada, que conforme a la regla prevista en el artículo 328 del C.G.P, la Sala emprenderá su estudio inicialmente desde los reparos efectuados por los apelantes; lo anterior, por cuanto con sustento en el principio de la congruencia, la capacidad decisoria del juez de segundo se encuentra limitada, precisamente, al reproche expreso de la parte. Además, la ausencia de crítica, en verdad, no refleja otra cosa más

8.1.- De la responsabilidad civil derivada del ejercicio de actividades médicas.

De manera reiterada la doctrina y la jurisprudencia, con fundamento en la normatividad vigente, han reconocido que, tratándose de la responsabilidad civil médica, los galenos se comprometen con sus pacientes a desplegar los medios necesarios basados en la *Lex Artis* para tratar de atenuar sus dolencias de salud dependiendo del tipo de patología que padecen y de su entidad.

Tal proposición, se erige como sustento de la consideración de que, en principio, la obligación que entrama el acto médico es de medio y no de resultado, lo que impone al profesional de la salud actuar con la debida diligencia y cuidado requerido en cada caso concreto con miras a proteger la salud e integridad del paciente.

Lo anterior, sin dejar de lado que en la actualidad, en virtud de la autonomía privada, hay quienes sostienen que entre el médico y el paciente es factible pactar que el primero se obligue a la obtención de un resultado, lo que le impediría demostrar diligencia y cuidado para exonerarse de responsabilidad; sin embargo, sobre tal hipótesis no descansó la actividad médica enjuiciada, imponiendo con ello, acudir a las reglas ordinarias de la estructura civil de responsabilidad propias de la materia.

También resulta incuestionable, que el objetivo de la actividad médica es procurar la curación del enfermo, pero tal propósito, a pesar de los avances científicos y tecnológicos, aún no se puede prometer debido a múltiples factores, entre ellos, los imprevistos ocurridos fuera del alcance profesional, los riesgos inherentes al acto médico, así como las condiciones particulares de cada paciente que, en muchos casos, impiden con grado de certeza y con la mayor velocidad posible, atinar a la fuente de la dolencia para iniciar un tratamiento que combata la afección al estado médico o extinguir con precisión y de raíz la dolencia; por ello, de no ser una obligación de medio, difícilmente un profesional estaría dispuesto a prestar este tipo de servicio, pues su responsabilidad estaría altamente comprometida dejando sin protección alguna la loable labor de la atención asistencial en el hombre.

Lo anterior, explica que en el acto médico tampoco exista ninguna presunción legal de culpa, por lo que, para imputar responsabilidad al prestador del servicio médico, es necesario acreditar un actuar culposo (negligencia, imprudencia, impericia o incumplimiento de la ley o reglamentos) y, el nexo causal entre éste y el hecho dañino. Quiere decir ello, que a falta de uno solo de los referidos elementos no habrá lugar a la demanda.

A pesar de ello, destaca desde ya la Sala, que no resulta válido respaldar todo acto médico bajo la rígida e inflexible suposición de que, dado el ambiguo y complejo entendimiento de cuerpo humano y su sensible vulnerabilidad a factores que atacan la estabilidad en el estado de salud, exista una regla absoluta que respalde la responsabilidad del profesional médico, pues dada la transición de la medicina basada en la experiencia a la sustentada en la evidencia (científica), se han establecido una serie de

procedimientos protocolizados y esquematizados bajo el uso de ciencias exactas como la estadística que, en mejor medida, permiten prever resultados y asumir conductas preventivas para procurar garantizar la recuperabilidad e incluso salvaguardar la vida de un paciente.

8.2.- Del caso concreto.

El presente asunto se circunscribe, sin duda alguna, a determinar la responsabilidad civil en que presuntamente se encontraban los médicos que trataron a la menor Ana María Forero Villamil, cuando fue atendida en las instalaciones de las Clínicas Cafam Floresta y Calle 51 los días 22 y 23 de octubre de 2012, pues a juicio de los convocantes, en el comportamiento profesional de los galenos se presentaron errores de diagnóstico, tratamiento, desconocimiento tanto de protocolos como guías médicas y ausencia de oportunidad en la adecuada prestación del servicio, que conllevaron al fallecimiento de la paciente, reproche que hacen extensibles a las EPS y a las IPS.

Ante tal situación, bien pronto advierte la Sala que la decisión se mantendrá en cuanto existe grado de adeudo por encontrarse demostrada una conducta culposa de algunos de los médicos y las entidades administradoras de la prestación del servicio de salud; sin embargo, no cobijará a todos los demandados; asimismo, se revocará la reducción indemnizatoria a título de concausas por ausencia de prueba en sus elementos y se modificarán las condenas impuestas, como entra a explicarse.

8.2.1.- El caso clínico y los errores de conducta.

A partir de la valoración integral de la historia clínica (fols. 119-152 Cd. 1), de las declaraciones efectuadas por los médicos convocados a juicio y del análisis realizado por parte de los dos expertos que estudiaron el cuadro clínico de Ana María Forero, es claro para la Sala que la paciente ingresó el 22 de octubre de 2012 a las 13:50 pm a la sala de urgencias de la Clínica Cafam Floresta por un cuadro clínico de fiebre que antecedía a 4 días, acompañado de falta de apetito, deposiciones acólicas o decoloras, deshidratación y vómito.

Atendida por el médico general de turno a las 14:57 pm (+1h7min), Dr. Andrés Leonardo Fonseca, le ordenó la toma de paraclínicos, entre otros, un cuadro hemático y dispuso su hidratación oral. Siendo las 17:54 pm (+4h4min) fue valorada por primera vez por la pediatra Dra. Lorena Esther Molina Sanjuan, quien establece un primer cuadro de “*síndrome emético, intolerancia a la vía oral, deshidratación Grado II*” bajo un antecedente de fiebre con el que ingresó al Centro de Atención; sin embargo, mantuvo actitud expectante ante la espera de los resultados de paraclínicos, adicionando un parcial de orina.

Ya a las 18:39 (+4h50min) analizó el cuadro hemático que arroja leucocitosis y neutrofilia, es decir, “*leucos de 21.900, neutros [sic] de 92.9 (...)*” (fol. 122 y 138 Cd. 1), además, plaquetas de 729.000. Con ello, mantuvo nuevamente una actitud de espera y ante la falta de resultado del parcial de orina y de Proteína C Reactiva, dejó su turno, el que por cierto era el último de pediatría del día (porque en la noche no había atención especializada en pediatría) y propuso que de encontrar un parcial de orina sugestivo de infección de vías urinarias se iniciara cefatolina; de ser normal se revisaría del Rx de tórax para descartar una infección respiratoria y si no era sugestivo, “*considerar hemocultivos + inicio de antibiótico por bacteriemia oculta*”.

El PCR estuvo disponible a las 18:35 pm del 22/10 e indicó 48 mg/l (fol. 139) y el uroanálisis a las 20:00 de ese mismo día (fol. 141). Dichos resultados fueron estudiados por primera vez por el médico general del turno de esa noche, Dr. Víctor Nicolás Aquino, a la 01:18 am del 23/10 (+11h50m) quien consideró que el diagnóstico era una infección urinaria y, por tanto, suministró el antibiótico cefalotina, absteniéndose de proveer otro fármaco y hemocultivar a la menor.

Siendo las 7:22 am del 23/10 (+17h30m), es valorada por la pediatra que asume el primer turno de día, Dra. María Consuelo Suescun, quien ordena retirar inmediatamente el antibiótico porque, a su juicio, no había ninguna infección urinaria ya que los resultados de uroanálisis habían sido normales, se abstuvo de medicarla y, únicamente, ordenó una nueva toma de paraclínicos (PCR, hemograma y hemocultivo). Ana María no fue valorada por un plazo de 6 horas y 20 minutos, pues solo hasta las 13:49

(+24h) nuevamente es vista por la pediatra Lorena Esther Molina, quien recibía el segundo y último turno de día y al valorar los resultados de los paraclínicos, en especial el segundo PCR con 192 y la involución clínica de la paciente, decide suministrar el antibiótico Ceftriaxona (que solo es provisto hasta las 14:30pm (fol.126)) ante bacteriemia oculta y ordena su remisión a otra entidad clínica para manejo integral por pediatría, sugiriendo punción lumbar.

Solo hasta las 15:55 pm (+2h de la orden y +26h de ingreso) llega la ambulancia para ser remitida a Cafam de la Calle 51, siendo dada de alta con diagnóstico “*fiebre no especificada*” (fol. 134) y recomendación “*bacteriemia oculta*” (fol. 136). Pese al definido cuadro infeccioso, arribó a la IPS remitida a las 16:32 pm, siendo una vez más calificada en triage de urgencias, en donde se ubica en nivel 2 (fol. 114 Cd. 1). Fue atendida por la pediatra Dra. Yosiris del Carmen Reales a las 18:38 pm (+2h de la llegada y +28h:28m de atención) quien, en curso de la valoración física a la paciente, presencia un primer evento convulsivo, seguido por dos más e inicia código azul para reanimación de la menor (fols. 147 ss Cd. 1), se solicita traslado a centro médico de mejor nivel con Unidad de Cuidado Intensivo Pediátrico a las 18:55 pm. Después de varios paros cardiorrespiratorios la paciente fallece a las 21:08 pm (+31h35m).

A pesar que los médicos, en especial los doctores Andrés Leonardo Fonseca, Lorena Esther Molina, Víctor Nicolás Aquino, María Consuelo Suescún, la IPS, la EPS y Allianz Seguros S.A, defendieron que la conducta y tratamiento otorgado a la paciente se ajustó a la *lex artis*, la clínica de la paciente y los laboratorios efectuados, siendo por tanto su desempeño ajustado, la prueba técnica apuntó en modo contundente a una conclusión diametralmente opuesta.

Según el trabajo pericial y la sustentación que en audiencia efectuaron los médicos especialistas en pediatría y subespecialistas en infectología pediátrica, doctores Rodolfo Alberto de la Hoz y Sergio Isaza, profesionales con más de 30 años de experiencia clínica y docentes universitarios en la especialidad de pediatría, tempranamente existieron elementos clínicos suficientes y claros para prever estadísticamente la dolencia que padecía la paciente dada su edad y síntomas, diagnosticar la bacteriemia oculta a partir de los resultados paraclínicos, suministrar el fármaco de mayor

espectro para atender la enfermedad, remitir a la menor a un mejor nivel de atención dado el alto compromiso neurológico de su enfermedad y prevenir, con altas probabilidades, su fallecimiento, hecho que fue omitido por casi todos los galenos, lo que se traduce en la falta de oportunidad y calidad en la atención, desconocimiento del estado del arte y de la *lex artis* o, lo que es igual, en términos de responsabilidad civil, su comportamiento fue negligente e imperito.

Coinciden homogéneamente los expertos en afirmar que, en la primera atención en urgencias, la sintomatología no reflejaba más allá que a una bebé con fiebre sin foco más asociada a una enfermedad respiratoria por sus antecedentes; sin embargo, son claros en que, dada la edad de la paciente, lo que correspondía era efectuar inmediatamente pruebas de laboratorio que permitieran indicar de la forma más inmediata posible la razón de los cuadros febriles, los episodios de vómito y la deshidratación, habida cuenta que por ser una menor de 11 meses, son explícitos reflejos de una complicación médica que estadísticamente la encajan en cuadros infeccioso de alta complejidad.

“(...) A menor edad más grave es el problema y digamos que, cuando se hace el diagnóstico, la acción, la oportunidad en tiempo de actuar adecuadamente es una carrera contra la muerte, es prácticamente eso y los estudios muestran cómo se incrementa el riesgo entre un 15 a un 40% por cada hora (...)” (02:52:00, audiencia del 5 de junio).

Ahora, una vez se tuvo el resultado del cuadro hemático que, según reporta la historia clínica, fue analizado por la pediatra Dra. Lorena Esther Molina a las 18:39 pm (fol. 120 Cd. 1), el panorama mudó totalmente, ya que se indicó que la menor cruzaba por un cuadro infeccioso bacteriano y no viral; lo anterior, dado los dicientes índices que arrojó: *“recuento total de glóbulos blancos [leucocitos] 21.900 (...) neutrófilos 92.90 [20.345] (...) plaquetas 729.000”* (fol. 138 *ib*), elementos que, para los peritos, sumado al análisis clínico de la paciente, permitían para ese instante establecer que se estaba cursando por un cuadro de bacteriemia oculta que debía ser combatido rápidamente mediante el suministro de un antibiótico de mayor espectro que, en mejor medida, combatiera todas las posibles bacterias pues, para ese instante, no se tenía certeza de donde se concentraría el proceso infeccioso.

Lo importante, destacan ellos, es que las probabilidades que una dolencia de ese tipo ingrese al sistema nervioso central son muy altas y, por tanto, una meningitis era una consecuencia apenas predecible; de ahí, la relevancia de iniciar inmediatamente el tratamiento. Según el Dr. Isaza:

*“(...) Las bases diagnósticas son fundamentales para iniciar una acción terapéutica. Es decir, no es lo mismo que yo diga: esta niña tenía una fiebre de 3 o 4 días de evolución con cuadro hemático normal (...) eso es distinto [un cuadro así ¿qué podría sugerir?] puede corresponder a un cuadro hemático normal o una infección viral en curso que no tiene ese desenlace, pero cuando yo tengo una paciente con una fiebre alta, deshidratada, que vomita todo lo que recibe y que tiene un cuadro hemático con 20.000 y pico de leucocitos y más de 10.000 neutrófilos eso no se puede tratar igual. Ahí yo monto todo un aparato para tratar la infección y lo que hago es: 1. Tomo los cultivos que tenga que tomar, hago todos los exámenes que haga pero eso no me puede tomar más de media hora - una hora máximo y en ese momento, empiezo un tratamiento antibiótico **contundente** que me garantice con mucha aproximación porque no tengo los cultivos ni los resultados pero si tengo las estadísticas que me dice que probablemente es un neumococo y que debe ser sensible a ceftriaxona y que con eso voy a tratar la infección; que si me demoro en eso puede llevar a la niña a estado de choque séptico y puede difundir al cerebro y a los demás tejidos y matar a la paciente (...)”*

Por su parte, el Dr. De la Hoz señaló afirmativamente al ser cuestionado frente a si de cara al hemograma se tenían elementos suficientes para iniciar un tratamiento combativo de una bacteriemia oculta ya que, “ (...) en la niña sí, porque tenía leucocitos altos, creo que eran 21.000 y la cifra de neutrófilos era superior a los 10.000, entonces, con base en eso, se podía determinar que se estaba pasando por algo más que una fiebre o un cuadro viral (...) tener un paciente menor de 3 años, con fiebre de más de 39 grados, un cuadro hemático sugestivo de proceso infeccioso con cifras de leucocitos superiores a 15.000, más de 10.000 neutrófilos absolutos, me hace llevar a la sospecha de bacteriemia oculta (...)” arribando a la idéntica conclusión de inmediato suministro de antibiótico, pues al preguntarle qué acción debió haber sido tomada, respondió: “ (...) haber iniciado la ceftriaxona (...) en menos de una hora debe estarse aplicando el antibiótico (...)”

Siendo ello suficiente, a las 18:35 pm estuvo disponible el examen de Proteína C Reactiva (PCR) que indicó un total de 48 mg/l (fol. 139 y 143). Tal proteína, según el Dr. De la Hoz “(...) se produce en el hígado y, precisamente, se descubrió en infecciones por neumococo. El neumococo es una bacteria que hace que este tipo de proteína se sintetice, es lo que llamamos en medicina un reactante de fase aguda. Cuando el organismo entra en contacto con un microorganismo, desencadena una serie de eventos bioquímicos y entre esos está la producción de esta proteína que, en los casos de neumococo tal vez es de los casos en que más se eleva (...) de ahí el valor de la Proteína C Reactiva. Si uno tiene una Proteína C Reactiva con un niño con fiebre y con una anomalía en el cuadro hemático lo primero que debe pensar es que se trata de un proceso bacterémico, no de algo viral (05:39:32)

Ahora, un cuadro PCR es normal para un niño de 11 meses, cuando es menor 0.7 (según el Dr. De la Hoz) y 1 (para el Dr. Isaza), por tanto, es sugestivo de infección si su índice supera el 9; de ahí, que de acuerdo con ambos expertos un PCR equivalente a 48 mg/l fue otro paraclínico que confirmaba que Ana María “(...) esta[ba] gravísimamente infectada, está muy enferma (...) infección inflamatoria sistémica, grave” (03:36:50 Dr. Isaza) y, por tanto, debía darse inicio inmediato al tratamiento antibiótico.

Sin que fuera del caso esperar a descartar infecciones menos severas (urinarias o respiratorias) para poder manejar la de mayor entidad, pues el tratamiento debía atacar los focos más complejos dada la peligrosidad en su evolución y sus eventuales catastróficos resultados. Por tanto, el medicamento a suministrar debía ser “(...) el de mayor espectro (...) me le voy con toda (...) es lo recomendado (...) el estado del arte así lo define (...)” (06:38:00), razón por la que, a juicio de los peritos, el no haberse comportando de ese modo en aquel instante reflejó que “(...) no se aplicó la *lex artis* (...) desde el momento en que se hizo la impresión diagnóstica de bacteriemia oculta (...)” (07:01:20)

A pesar que tales conclusiones son manifiestas del comportamiento que debían asumir los médicos que trataron a Ana María y la oportunidad

para actuar, el Tribunal no puede dejar pasar que la también pediatra y demandada Dra. Yosiris del Carmen Florián Reales, compartió la posición de los peritos y, en su interrogatorio de parte al ser cuestionada sobre la clínica y paraclínica de la paciente en Cafam la Floresta, indicó que “ (...) si es menor de 18 meses le hago una punción lumbar (...) pues si tengo leucocitos altos con neutrófilos elevados, pues yo pienso en una bacteriemia oculta” (...) y asintió en el suministro inmediato de antibióticos, adicionando que: “ (...) después de hacer los cultivos (...) empíricamente suministro antibióticos y ahí sí, con los resultados, cambio el tratamiento (...). Si termina siendo una bacteriemia oculta o una infección, y yo no inicio los antibióticos pues puede haber un desenlace mal. Entonces, yo tengo que iniciarlo a ciegas con lo que yo sospecho, ya los exámenes posteriores me confirman si tuve o no la razón (...)”

Ahora, en el escenario de la causalidad, que en materia de responsabilidad civil es la que importa al derecho, se cuestiona el Tribunal si tuvo incidencia que se haya omitido el suministro de antibiótico en aquel instante o si, por el contrario, su tardía provisión no tuvo representación alguna en el resultado, respuesta que apunta a la primera hipótesis.

De acuerdo con el detallado e ilustrativo análisis que expusieron los peritos frente al caso concreto, mantuvieron una constante postura de cara a que la relevancia en la proporción oportuna del tratamiento farmacológico era de tal magnitud que su tardanza tendría, como lo fue en el presente asunto, un fatal resultado, comprometiendo importantemente la vida del paciente o su estado neurológico.

Afirmándose, incluso que, si así se hubieran comportado los galenos -pues tenían todas las herramientas diagnósticas para ello-, el desenlace de Ana María no hubiera sido la muerte, pues fallecida la víctima se conoció el hemocultivo que indicó dos situaciones importantes: (i) dio positivo para *streptococcus pneumoniae* y (ii) que dicha bacteria era sensible a la ceftriaxona (fol. 536 Cd. 1 Tomo 1), por tanto, de haberse proporcionado el antibiótico en modo oportuno, pudo enfrentar la bacteria.

Según el Dr. De la Hoz, si se hubiera iniciado el tratamiento una vez se tuvieron los resultados del hemograma y se sospechó la bacteriemia “(...)

hubiera sido más fácil control la infección (...); por su parte, el Dr. Isaza, contempló que Ana María hubiera tenido alta probabilidad de sobrevivir (04:11:25), pues frente a una paciente con una sintomatología clara de fiebre, vómito y deshidratación más un cuadro hemático elevado y una PCR en el nivel que presentó a las 18:39 pm del 22 de octubre de 2012 *“(...) no me espero a los resultados [del hemocultivo y otros paraclínicos] y doy antibiótico inmediatamente, ¿tomo todos los exámenes? Si, pero no me espero a los resultados. Esa es la diferencia entre la vida y la muerte, entre la vida y las complicaciones (...)”* y como quiera que la bacteria era sensible a la ceftriaxona, fármaco recomendado por ellos y, anunciado desde las 18:39 del 22 como un posible tratamiento ante sospecha de bacteriemia oculta (fol. 122 Cd. 1), por agresiva que hubiera sido la bacteria, habría cedido, *“(...) si, muy probablemente, es más del 95% de posibilidad (...)”* (06:23:40).

En ese orden, en modo claro se puede construir lógicamente que la conducta profesional que asumieron los médicos a partir de las 18:39 pm del 22 de octubre de 2012, desconoció la *lex artis* y puso en tal riesgo y en modo reiterativo la salud de la paciente que, por omisión en un servicio oportuno y adecuado, apagó su vida.

8.2.2- De la culpa de cada uno de los demandados

A excepción de Famisanar, los enjuiciados apelantes cuestionaron que no se realizó un adecuado ejercicio de imputación, pues no logró individualizarse en el fallo la conducta de cada uno de los médicos convocados (culpa), como tampoco su relación con el alegado daño (muerte de la paciente).

Lo anterior, resulta necesario pues a pesar del claro vínculo causal que ya se estudió, este no tiene alcance respecto de todos los profesionales, por ello, prosperará parcialmente el reparo.

Respecto del Dr. Andrés Leonardo Plata

Siendo el primer galeno que prestó atención en urgencias a Ana María, encuentra la Sala que, de acuerdo a la prueba técnica recaudada, su

actuar no anduvo por la senda de la culpa, pues no omitió ninguna pauta clínica; por el contrario, según los peritos, su comportamiento profesional apenas se acompasó con lo que, para el momento de su servicio, debía realizarse, cual fue la hidratación oral y la toma de exámenes paraclínicos con el propósito de establecer si la fiebre y el vómito atendían a un cuadro infeccioso.

Y es que si bien, como fue estudiado en el anterior acápite, para los peritos un cuadro de fiebre y vómito enciende las alarmas en un paciente menor a un año, no son suficientes para, por lo menos, a partir de ellos establecer un diagnóstico y un tratamiento antibiótico preventivo, de allí la necesidad de exámenes adicionales, situación que en el particular solo ocurrió una vez se tuvieron los resultados del cuadro hemático que en ningún momento fue apreciado por el Dr. Plata, pues para cuando estuvieron listos, la atención fue asumida por la pediatra de turno Dra. Molina.

Ahora, aun cuando en el consecutivo cronológico de la historia clínica se advierte una nota consignada a las 20:03 pm del 22 de octubre de 2012 por el Dr. Plata, refiere a una constancia en relación con una acusación realizada por la acompañante de la menor frente a los exámenes que ordenó; empero, en ningún momento fue una conducta clínica que lo comprometiera con los resultados de las muestras de laboratorio que, para esa hora, ya estaban disponibles.

Por lo anterior, no encuentra la Sala razón suficiente para hacerle extensible una condena solidaria, por cuanto no se demostró un comportamiento culposo, como tampoco, que su rol dentro de la cadena de valoraciones haya incidido fácticamente con el resultado final, siendo del caso revocar la decisión en su contra.

Respecto de la Pediatra Dra. Lorena Esther Molina Sanjuan

Son suficientes las aclaraciones iniciales para colegir la responsabilidad civil que le es imputable a la Dra Molina, pues su comportamiento,

alejado de la *lex artis* y el estado del arte, incidió directamente en el resultado al no prestar una atención oportuna y adecuada a la paciente.

En primer lugar, una vez conocido el cuadro hemático y su clara muestra de proceso infeccioso ante el mayúsculo incremento de leucocitos, neutrófilos y plaquetas (18:39 pm del 22/10/12) e incluso, sospechando desde ese instante un proceso de bacteriemia oculta en Ana María (fol. 122) omitió iniciar inmediatamente el tratamiento antibiótico de amplio espectro, debiendo haberlo hecho, aspecto que retardó y por contera, redujo las posibilidades de recuperación ante la evolución del proceso bacteriano. Tampoco hemocultivo a la paciente, dejando perder horas importantes para, bajo el criterio de inmediatez, establecer el tipo de germen que estaba invadiendo a la menor.

Además, siendo especialista en pediatría, conociendo de la necesidad de atención y monitoreo ininterrumpido a los menores, teniendo en sus manos el análisis de infección que arrojaron las pruebas de laboratorio y a sabiendas que durante toda la noche en el centro médico no había pediatra disponible, pues era un servicio que solo se prestaba de día, no la remitió a una IPS de mejor nivel que, bajo un mayor grado de disponibilidad y equipo profesional adecuado, pudiera atender a la paciente, dejándola por 12 horas (7 pm a 7 am) sin el cuidado del personal humano necesario.

Sin que sea suficiente que respalde su tesis defensiva, como así lo intentó proponer en su interrogatorio de parte, que el cuadro que presentaba la paciente era incierto y mal haría en medicarla sin haber descartado inicialmente si la infección tenía causa en las vías urinarias o en el sistema respiratorio, como ella misma anunció “*darle un nombre y un apellido*” por cuanto como expusieron los peritos, en pacientes como Ana María, la espera es inversamente proporcional a la esperanza de recuperación y, por tanto, el suministro del fármaco de mayor nivel posible era el comportamiento esperado a una situación igual a la que ella, inadecuadamente, trató.

Por tanto, su responsabilidad se encuentra plenamente acreditada y la condena en su contra ha de ser refrendada.

De otro lado, una vez asume turno nuevamente el 23 de octubre de 2012, a las 13:49 se ordena tardíamente la remisión a otro centro médico para manejo integral por pediatría; sin embargo, se omite hacerlo a una unidad clínica con Unidad de Cuidados Intensivos Pediátricos, pues Cafam de la Calle 51 carecía de tal especialidad.

Respecto del Dr. Víctor Nicolás Aquino

Siendo el médico general que estuvo disponible la noche del 22 y madrugada del 23 de octubre de 2012, también incurrió en yerros de conducta que lo hacen civilmente responsable.

En primer lugar, estando disponibles los resultados de la prueba PCR y el Rx de Tórax a las 10: 00 pm del 22, dejó a la paciente desde las 18:46 (última valoración) hasta la 01:18 am del 23 de octubre (casi 7 horas) sin revisión médica, pues solo a esa última hora y con infortunio en su interpretación, analizó los resultados.

Una vez más y ahora con la PCR, el diagnóstico de la paciente no daba espera para dar comienzo a un antibiótico que permitiera combatir con eficacia la bacteriemia oculta, lo que según el Dr. Isaza, requería un medicamento de amplio espectro con capacidad de permear el sistema nervioso central y preservar las meninges, cual, era la ceftriaxona; sin embargo, para el Dr. Aquino, la paciente tenía una infección urinaria, ordenó cefalotina y la dejó a la espera de una nueva revisión por pediatría una vez se asumiera el primer turno de pediatra que llegaba a las 7: 00 am.

Según los peritos, aquí hubo un claro error de diagnóstico, pues el uroanálisis en momento alguno arrojaba una infección en vías urinarias, inconsistencia que impidió, una vez más, que se iniciara el verdadero y necesario tratamiento. De acuerdo con el Dr. Isaza, “no” era una infección urinaria “*todo estaba normal*” (04:08:09), “*(...) yo no le doy*

vueltas, no hay que descartar nada, debían [para ese momento] iniciar un tratamiento contundente con el diagnóstico de bacteriemia oculta (...)”.

Y aun, cuando el Dr. Aquino quiso hacer ver que sí había elementos para concluir en ese instante que su análisis fue plausible a partir de la elevación de PCR, el Dr. De la Hoz explicó que: *“(...) para que la PCR se potencialice en una infección urinaria tiene que haber compromiso del riñón como tal (...) una infección urinaria o de vías urinarias no aumenta la PCR, por lo menos no a cifras significativas (...)”*. De otro lado, afirmó el Dr. Aquino que la presencia escasa de bacterias en la orina permitía pensar un cuadro infeccioso moderado; sin embargo, dicha lectura también fue puesta en entredicho por los expertos quienes afirmaron que el cuadro hemático tenía índices demasiado altos de infección para pensar lo que coligió el galeno, *“(...) No, con más de 20.000 leucocitos y más de 10.000 neutrófilos no, no es moderada (...)”*. Con todo, al otro día, es decir el 23 de octubre, la Pediatra María Consuelo Suescun, suspendió el antibiótico ordenado por el Dr. Aquino, pues en su concepto, una vez más, *“(...) el uroanálisis y el gram de orina son normales”* (fol. 124).

En ese estado, se volvió a iniciar el ciclo de irregularidades de diagnóstico y tratamiento, no se comenzó la ceftriaxona, tampoco se hemocultivó a la paciente y se dejó al garete hasta las 7: 22 am, pues entre las 12 horas de la noche solo tuvo la equivocada atención del Dr. Aquino; tampoco fue remitida a un hospital de mejor nivel dada su necesidad.

Respecto de la Pediatra Dra. María Consuelo Suescun Melo

Su papel se concentró en la atención dada en la mañana del 23 de octubre de 2012, pues tenía a su cargo la pediatría en la jornada de la mañana; sin embargo, desafortunada en su servicio y escasa en su continuidad. También le es extensible la condena por su falta de atención oportuna y adecuada.

Siendo las 7:22 am se registra su intervención y, pese a que con acierto ordenó suspender la cefalotina y hemocultivó a Ana María, en palabras de los peritos, fue inoportuna su atención pues, una vez más y ya con 19 horas de atención y 12 de diagnóstico claro de bacteriemia oculta, dejó de suministrar el antibiótico requerido para afrontar la evolución de la dolencia y omitió remitirla a un centro de atención de mayor complejidad que pudiera atender con mayor capacidad a la paciente.

De acuerdo al Dr. Isaza, no existía duda del comportamiento a seguir, el que no era otra cosa más que “(...) *empezarle los antibióticos si no los tenía y seguramente ya actuar, buscar otra serie de cosas y remitir inmediatamente a la paciente a un centro terciario (...) con Unidad de Cuidado Intensivo Pediátrico (...)*” y al calificar la conducta de la demandada indicó “(...) *no sé qué hizo, no sé qué le pasó. Con ese cuadro hemático era muy claro (...) ya llevaba 17 horas sin antibiótico (...)*”

De otro lado, en un turno de 7 horas solo visitó a la menor en esa oportunidad y durante un lapso de 6 horas Ana María, una menor de 11 meses de edad con un claro proceso bacteriano, no estuvo al cuidado del cuerpo médico necesario, tan así que según la propia Dra Suescun, al ser cuestionada frente a quién atendió a Ana María en el interregno entre las 7:22 am y la 13:00 pm, hora en la que entregaba turno a la Pediatra Dra. Lorena Esther Molina, indicó que “(...) *nadie (...)*” (04:36:22).

Respecto de la Pediatra Yosiris del Carmen Florián Reales.

Por su parte, fue quien dio la última atención a Ana María, una vez fue remitida a Cafam de la Calle 51.

No desconoce la Sala que, para ese instante, conforme así lo narraron los peritos y fue consignado en la historia clínica, ya había sido ordenada (13:49pm en Cafam Floresta) y suministrada la ceftriaxona (14:50 fol. 126 Cd. 1) -fármaco adecuado para atender bacteriemia- como también que, de acuerdo con la historia clínica, la atención brindada por la Dra. Florián, se concentró en atender el “código azul”

una vez la menor inició episodios convulsivos, paros cardiorespiratorios y finalizó con su deceso; sin embargo, el juicio de reproche que se le endilga a la galena, gravita sobre la oportunidad en su atención dadas las condiciones especiales de la paciente lo que, a juicio de los demandantes, desconoció las guías y protocolos para los tiempos en prestación efectiva del servicio de salud en una paciente menor a un año de edad con un cuadro clínico definido.

En ese orden, el inconformismo traído en sede de apelación por parte del representante de la Dra. Florián resulta insuficiente para desvirtuar el reproche que, acertadamente, encontró la juzgadora de primera instancia, razón por la que se confirmará.

En efecto, como se anotó, según el reporte del historial clínico y la propia declaración de la médico enjuiciada, su contacto y, por contera, atención otorgada, con Ana María, ocurrió una vez comenzó a presentar claros síntomas meníngeos como lo fue la convulsión, situación que, según su dicho se dio alrededor de las 5:40 pm; no obstante, la propia historia clínica refleja que la atención no se dio en aquel momento sino a las 18:38 pm (fol. 147 anverso), hora que coincide con la versión efectuada por la demandante, señora Lizeth Andrea Villamil, quien afirmó que: “ (...) *Me quedé con la niña (...) esperamos casi hora y media porque después del triage me dijeron: espere que ya viene la pediatra a revisar la niña (...) En esas pasó la pediatra, recuerdo que venía con el tapaboca, la veía pasar y pasar. Cuando me fijé que era ella la que atendía a los niños me le acerqué y le dije: ¡le suplico, por favor Dra, atienda a mi hija, se lo suplico! Me dijo: tengo una apendicitis y eso es prioridad antes de su hija, yo le dije: es que mi hija tiene 11 meses, tiene esto, viene por esto, lleva tanto. No, no tengo tiempo, ya ahorita la reviso. Tal vez pasó unos 45 minutos, yo estaba con la niña (...) estaba con sus ojitos cerrados, lo que hizo fue abrirlos, me miró y cerró los ojos y empezó a convulsionar. Ahí si la pediatra que estaba atendiendo lo de la apendicitis, dejó de atenderla (...)*”.

Entonces, si el ingreso y clasificación por triage en Clínica Cafam Calle 51 (de la que más adelante se hablará) fue a las 16:32 pm (fol. 114 Cd.

1) y la progenitora tuvo que esperar más de dos horas, la atención efectivamente ocurrió a las 18:38 pm como así lo describe el registro clínico de la menor.

Lo anterior es de relevante importancia porque como se viene diciendo, la negligencia no se enmarcó en que la atención prestada haya sido errada, sino inoportuna. Obsérvese que al margen que en la referencia que hizo Cafam de la Floresta no se haya priorizado a Ana María y que en el servicio de urgencia de Cafam de la Calle 51 se haya repetido una clasificación por triage a una menor que venía por remisión de otro centro médico, la pediatra demoró más de dos horas para brindar soporte a la menor y, en verdad, no lo hubiera hecho sino fuera porque entró en el episodio convulsivo y precisó de reanimación inmediata.

Sin que sea suficiente, como así lo pretende hacer ver la apelante para liberarse de responsabilidad, que la médico no conocía la historia clínica y que en la clasificación triage (único documento que le fue proporcionado) fue informada una fiebre sin foco aparente, razón por la que privilegió la atención en otra usuaria con apendicitis que también se marcó en nivel 2 de atención, pues basta observar dicha prueba (fol. 114 Cd.1) para verificar que se escaló a las 16:32 pm con las notas de: “remitida por Cafam Floresta, Sx emético, DHI GII [deshidratación grado 2], **bacteriemia oculta (...)**” síndrome que, como ya fue estudiado y asimismo lo indicó la misma Dra. Florián Reales en su interrogatorio, requería atención inmediata, suministro antibiótico, incluso a ciegas, hospitalización y seguimiento constante.

No puede obviarse que, al margen de las críticas que esta Corporación tenga al hecho de haberse vuelto a iniciar el proceso de clasificación triage en una paciente con un diagnóstico definido y de alta complejidad, remitida por otra IPS dada su gravedad, hecho que no puede imputarse a la profesional en la salud sino a la EPS e IPS, sí lo es que haya irrespetado abiertamente los tiempos esperados y razonables para brindar soporte clínico, pues incluso, según el propio triage 2, este no debía superar 30 minutos (fol. 114 Cd. 1) y en el presente caso ocurrió a las 18: 38 pm (dos horas después) y por cuenta

del episodio convulsivo e inicio del “código azul” para reanimación; ahora, es más grave la situación cuando dicho tiempo de espera variaba para pacientes pediátricos de acuerdo con el protocolo “*Triage Pediátrico 2012*”, contemplado por Cafam y visto a folios 195-221 del Cd. 1 suscrito en abril 10 de esa anualidad, documento que no fue refutado por la pasiva, en donde indica que, para una categorización nivel 2, la espera es de 15 minutos, en donde algunos de los factores de gravedad que “(...) *clasifican al paciente como una escala menos de la que tiene para su priorización (...)*” (fol. 197 Cd. 1) se encuentran los neonatos y, en general, menores de un año y con reingreso, por lo que Ana María, bajo un nivel 1, debía ser vista en modo inmediato.

Lo anterior, recobra mayor relevancia cuando dentro de ese término de dos horas se pudo realizar la punción lumbar que recomendó la Dra. Molina cuando remitió a la víctima a Cafam de la 51 (fol. 136) y que, según la Dra. Florián era lo que debía hacerse, “(...) *Si es menor de 18 meses le hago una punción lumbar (...) pues si tengo leucocitos altos, con neutrófilos elevados, pues yo pienso en una bacteriemia oculta (...)*”. Además, tampoco pudo ser enviada a un centro clínico de una mejor categoría pues era necesario dado que allí (Cafam calle 51) no tenían UCI pediátrica, sino neonatal y resultaba necesaria para tratar adecuadamente a la paciente, al punto que, una vez se intentó efectuar la referencia a la Clínica Roosevelt, esta no pudo realizarse pues, para cuando se dispuso, la paciente estaba demasiado inestable y falleció; lo anterior, de acuerdo el concepto de los peritos Dr. De la Hoz e Isaza.

Respecto de la EPS Famisanar S.A.S e IPS Caja de Compensación Familiar CAFAM.

Estudiando los reparos propuestos por ambas compañías, excusan su responsabilidad en que, bajo su opinión, se acreditó que ambas proporcionaron todos los servicios que de acuerdo al criterio clínico de los facultativos que trataron a Ana María, fueron ordenados; no obstante, dicha posición se aleja de la actual postura de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia que, en precedentes horizontales, esta Sala de Decisión ha refrendado.

Lo anterior, por cuanto a partir del extenso estudio a las conductas del personal que contrataron para atender a sus afiliados y las deficiencias administrativas y profesionales que se advirtieron, olvidan que en materia de responsabilidad médica, en especial por omisiones institucionales, la atribución de un daño trasciende al simple concepto de causalidad física y se inserta en un contexto de imputación en virtud de la identificación de los deberes de acción que el ordenamiento impone a las personas e instituciones.

De modo que -y como así fue asentado en sentencia SC13925-2016³-, dentro de los deberes que la Ley 100 de 1993 impone a las Empresas Promotoras de Salud, se encuentra la función básica de *«organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados»*; es decir, que la EPS tiene como misión principal la organización y atención de calidad de los servicios requeridos y otorgados a los usuarios, *« (...) por lo que los daños que éstos sufran con ocasión de la prestación de ese servicio le son imputables a aquellas como suyos (...) debiendo responder patrimonialmente si confluyen en su cuenta los demás elementos de la responsabilidad civil»*; de modo tal, que el agente principal es EPS Famisanar S.A, pues al ser guardián de la prestación efectiva, técnica, científica y oportuna que efectúe a sus afiliados las IPS que contrate, por virtud de ese mandato legal debe asumir la condena en modo solidario.

En lo que respecta a la IPS Caja de Compensación Familiar Cafam, establece el artículo 185 de la Ley 100 de 1993 que *«son funciones de las instituciones prestadoras de servicios de salud prestar los servicios en su nivel de atención correspondiente a los afiliados y beneficiarios dentro de los parámetros y principios señalados en la presente ley»*.

Teniendo entonces que, dada la función legal que la Ley le impone a las IPS se *«convierte[n] en guardianas de la atención que prestan a sus clientes, por lo que habrán de responder de manera solidaria si se demuestran en el*

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia sustitutiva del 30 de septiembre de 2016, Exp. 05001-31-03-003-2005-00174-01. M.P. Dr. Ariel Salazar Ramirez.

proceso los demás elementos de la responsabilidad a su cargo, toda vez que las normas del sistema de seguridad social les imponen ese deber de prestación del servicio.», razón por la que deberá asumir también y en modo solidario la condena impuesta.

8.2.3.-De la intervención causal del extremo demandante en el resultado

Los convocantes criticaron la reducción del monto indemnizable por cuenta de la estructuración de concausas que, para el estrado de instancia, fue demostrado. Según la juez *a quo*, el suministro de amoxicilina previo a la consulta de urgencias y la falta remisión pronta por parte de los progenitores de Ana María, una vez inició el cuadro febril (4 días antes del 22 de octubre de 2012), tuvo una incidente proporción en la consumación del resultado que se estimó en un 50%; de ahí, la atenuación de los perjuicios reconocidos.

Por su parte, algunos de los enjuiciados apelantes, consideraron que dicho comportamiento omisivo y deliberado de los padres, debía exonerar en su totalidad a los demandados, pues la presunta falta de atención pronta, respondió al comportamiento individual de los promotores que impidió a los galenos acertar con mayor velocidad en el diagnóstico ante un enmascaramiento claro de la sintomatología de la menor.

Ante tal panorama, advierte la Sala que le asiste razón únicamente a los convocantes, pues contrario al resultado del medio técnico y ante ausencia de probanza de la pasiva en relación con su instrumento exceptivo, carga que le correspondía de cara al precepto contenido en el artículo 167 del C.G.P, la conducta de los progenitores de Ana María no tuvo reflejo alguno en los síntomas de la paciente, como tampoco fue llevada tardíamente al centro médico; por tanto, se modificará este aspecto para que la condena sea asumida en un 100% por los enjuiciados responsables, como entra a explicarse:

Según consta en la historia clínica y como así fue confesado por la señora Lizeth Andrea Villamil en su interrogatorio, el día 15 de octubre de 2012, durante un paseo familiar, la niña presentó placas en la garganta y algo de fiebre, razón por la que voluntariamente decidió suministrarle

amoxicilina por tres días, tratamiento al que respondió bien porque, según ella, el cuadro cesó. Posteriormente, el fin de semana correspondiente al 20 y 21 de octubre, volvió a presentar algo de fiebre que fue controlada mediante acetaminofén; sin embargo, el lunes 22 tal episodio no se pudo regular y ante la presencia de vómito, se acudió a Cafam de la Floresta.

En primer lugar y en contra de la tesis médica que pretendieron hacer ver algunos de los facultativos enjuiciados, los dos peritos, uno de ellos subespecialista en infectología pediátrica, coincidieron en que el consumo previo del antibiótico amoxicilina ninguna relevancia tuvo en los síntomas clínicos, los resultados paraclínicos y la posibilidad de diagnóstico y tratamiento oportuno.

Ello es así, pues la bacteria que invadió a Ana María y desarrolló una meningitis, curiosamente, también era sensible a la amoxicilina según el antibiograma visto a folio 536 del Cd. 1 Tomo 1, por tanto, según los expertos, en dosis adecuadas, pudo haber eliminado la bacteria si es que se adquirió antes de terminar su tratamiento. No en tanto, lo cierto es que la subdosificación solo podía: (i) no atacar totalmente la bacteria y que permaneciera dentro del sistema de la menor o (ii) causar resistencia a ese antibiótico; sin embargo, esta última posibilidad se descartó, precisamente, porque el referido cultivo dio positivo para sensibilidad a la amoxicilina, es decir, no generó resistencia.

Lo destacable es que para el Dr. Isaza, la amoxicilina “(...) *tan no incidió, que la enfermedad siguió su curso. Primero estaba subdosificada (...) no le hizo nada y el neumococo siguió creciendo si es que estaba infectada [cuando se suministró] si no, pues se infectó, eso es irrelevante (...) a esas dosis no cambia ni enmascara nada. Si enmascarara, la niña estaría sin fiebre y con el proceso séptico ahí, a eso se llama enmascarar un cuadro, pero una niña que llega con fiebre, vomitando, deshidratada no está enmascarada (...)*” (04:43:53). De otro lado, el Dr. De la Hoz, indicó al ser cuestionado sobre esa presunta posibilidad de encubrimiento de síntomas y, en especial, respecto a si ello llegó a tener algún grado, así sea mínimo de participación en la muerte de Ana María, que: “(...) *No. Considero que no modificó la condición de ella (...)*” (07:42:44).

De otro lado, los resultados paraclínicos (exámenes de laboratorio) tampoco se modificaron, pues mostraron desde el 22 de octubre a las 18:49 pm, como anteriormente fue analizado, la evolución significativa del cuadro bacteriano que invadía a la paciente.

De otro lado, tampoco hubo negligencia en la oportunidad para que un médico tratara a Ana María. Según los expertos en pediatría, la conducta de los padres se ajustó en tiempo a lo esperado de acuerdo a la evolución que iba presentando su menor hija.

De conformidad con el concepto del Dr. Isaza, al ser indagado frente a cuál era el momento apropiado para acudir con un menor con fiebre ante un médico, afirmó que: *“(...) Depende de la edad. Uno espera entre 72 y 96 horas, cuatro días máximo, pero está en expectativa activa. No es solamente dolex (...) ¿si va bien? Excelente, pero si empeora hay que llevarla. En este caso la niña estaba vomitando y debía haber consultado como consultó a urgencias que fue lo que hicieron los papás (...)”* (04:47:00). Tan así, que concluyó: *“(...) la llevaron dentro de lo estipulado (...)”*. Postura que también fue refrendada por el Dr. De la Hoz, quien indicó positivamente a la oportunidad en el momento en que Ana María fue llevada a la Clínica (07:41:03)

Y es que tal comportamiento esperado fue el que, según la señora Lizeth Andrea, como fue indicado, llevó a cabo. Los días 20 y 21 controló los picos febriles que se presentaron; empero, el 22, una vez se presenta el vómito en horas de la mañana, fue llevada inmediatamente al centro de salud, versión que encaja con la declaración que realizó la señora Lidia Esperanza López Brochero y Héctor Villamil Reyes, abuelos maternos de Ana María, quienes en la mañana del 22 de octubre estaban cuidando a su nieta.

8.2.4.- De los perjuicios y su cuantificación

Criticaron los demandantes que no se hayan reconocido los perjuicios materiales solicitados a título de lucro cesante, como tampoco los derivados del daño a la vida en la salud. Por su parte, los convocados, consideraron que no se debió acceder a los morales que se concedieron en favor de los tíos de Ana María, por no pertenecer al círculo familiar próximo

y a la hermana María Paula, por cuanto para el momento de los hechos no había nacido.

De cara con el perjuicio patrimonial reclamado, la Sala estima necesaria la refrendación de su negativa. Es claro que, constatada la causación de un daño, es obligación del juzgador disponer la indemnización plena y ecuánime de los perjuicios que del acto antijurídico se deriven y fueren atribuibles a la conducta del demandado, siendo entonces su propósito esencial, retornar al damnificado a una posición plausiblemente igual a la que se encontraba o encontraría de no haberse cometido el hecho dañoso. Entonces, los términos de reparación integral y equidad de que tratan el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, en verdad, implican que la restitución indemnizatoria debe amparar cabalmente los daños causados a los bienes y a la persona reclamante; empero, también no rebasarlos, pues la acción indemnizatoria, en modo alguno puede mutar en fuente de enriquecimiento.

Lo relevante, en punto a la reparación del perjuicio material, es que su fin gravita en la reposición de las condiciones económicas que se trastornaron en la víctima con el hecho lesivo, sea por cuenta de que ésta sufre una disminución en su patrimonio, ora porque se frustran prestaciones legítimas y ciertas que habría percibido si la conducta reprochada no se hubiese efectuado. Con todo, no puede abandonarse que, en el ejercicio analítico de reconocimiento del perjuicio y su extensión, el juez debe estudiar cada caso en modo independiente y, no, bajo una estricta e inmodificable fórmula, pues las circunstancias particulares de cada uno varían y, no es lo mismo indemnizar a la víctima directa, a sus familiares (como el presente asunto) o a terceros que se vieron afectados.

En el particular, el lucro cesante futuro pretendido tiene sustento en los dineros que por salario percibiría Ana María, una vez cumpliera su mayoría de edad y que, en tesis de sus padres, les aportaría en su totalidad, previa deducción del 25% de los gastos propios de quien sufragaría el sueldo. Prestación económica que se extendería hasta la llegada de la muerte de cada uno de sus progenitores que proyectaron a partir de la estimación de vida probable para cada uno.

Bajo tal panorama, la decisión de primera instancia anduvo acertada, pues la prestación que se acusa por frustrada a sus progenitores no es cierta, o cuando menos, ello no se puede inferir lógicamente a partir de una presunción. Es cierto que se puede establecer que Ana María, en su etapa de adultez, devengaría como mínimo un salario mínimo si viviera; sin embargo, lo que entra en el escenario de la especulación y la dialéctica de parte, es que restituiría todo su salario a sus padres hasta la fecha de su fallecimiento, situación que sustenta la solicitud indemnizatoria.

Y si bien, en el precedente que invoca el apelante⁴ se fijó que en tratándose del reconocimiento de lucro cesante futuro a menores de edad no podía seguir indicándose su falta de probanza a partir del hecho de que la víctima no devengaba salario, precisamente, por su corta edad, ya que la reparación integral “(...) no busca poner a la víctima en la situación exacta en que se “hallaba antes” sino en la posición en que “habría estado” de no ser por la ocurrencia del hecho antijurídico” (...)” lo cierto es que resulta una disanalogía en el presente caso, al partir de una estructura fáctica disímil.

Lo anterior, pues en ese caso se indemnizó a la víctima directa, es decir, al menor que, pese a la falla médica, vivió, pero con ciertas complicaciones que le impedían, cumplida su mayoría de edad, ingresar al mercado laboral, por tanto, se accedió al pago de un salario mínimo hasta su esperanza de vida probable (presunciones jurisprudenciales) para reparar esa imposibilidad de obtener un auxilio económico para valerse por sí solo, situación que dista del *sub examine* pues la reparación que se pretende es en favor de los padres; empero, a título de la ayuda económica que recibirían de su hija.

Entonces, insiste la sala, la prestación frustrada es meramente especulativa, pues no existe ningún hecho indicativo que permitan concluir con grado de acierto que Ana María retribuiría económicamente a sus padres, que lo haría con la totalidad de su salario y que dicho pago se extendería hasta el último día de vida de cada uno de ellos, tornando inviable el pedimento.

⁴ SC9193-2017, Sentencia de junio 28 de 2017. M.P. Dr Ariel Salazar Ramirez

En lo que atiene a los perjuicios morales, los demandantes nada cuestionaron en torno a su cuantificación; el único reparo provino de la parte pasiva quien sólo reprochó el reconocimiento en favor de los tíos y la hermana de Ana María.

La jurisprudencia patria ha decantado en torno a la creación del perjuicio moral, que atiene al dolor causado o a las consecuencias en la esfera personal e interna de alguien ante la realización del daño, aspecto que sobresale, con mayor relevancia, ante el cercenamiento del normal desarrollo de la vida humana, de la frustración en el común devenir de la vida personal y en la limitación de los proyectos de familia y sociales que, dado el sentimiento meramente personal que ocasionan, torna difícil su compensación debido a que la vida y, en particular el dolor, no pueden ser cuantificadas con grado de certeza dada la complejidad y multiplicidad de emociones y sentimientos que cada persona lleva; la ambigüedad en la determinación del dolor y el incomprensible universo mental y emocional de cada ser humano hacen que para tal actividad el juzgador eche mano de, entre otros factores, el *arbitrio iuris*.

Y si bien, para facilitar dicho trabajo judicial se ha fijado una serie de presunciones por vía jurisprudencial que, en mayor medida, han apuntado a tasar unos topes máximos para parientes de acuerdo a su grado de consanguinidad (regularmente primero y segundo), ello no se traduce en que los perjuicios morales solo puedan ser reconocidos a ellos o lo que es igual, que familiares con grados más distantes o incluso terceros, estén excluidos de tal modalidad indemnizatoria.

Es por ello que no le asiste razón a los demandados pues dentro del recaudo probatorio, en especial de la valoración integral de todos los interrogatorios de parte, fue debidamente acreditado que los tíos de la menor sufrieron su pérdida, lo que se acrecentaba con las relaciones de proximidad física ya que, respecto de los paternos, vivían en la misma casa y, por tanto, cohabitaban y experimentaban diariamente vivencias cercanas; respecto de las tías maternas, su relación también era diaria, pues durante la jornada laboral de los padres de Ana María, era cuidada en casa de sus abuelos maternos, sin que sea reprochable que una de ellas vive en España para menguar la aflicción que generó la pérdida

traumática y repentina de su sobrina, pues incluso para esa época se encontraba en Colombia y, precisamente, su visita tuvo por motivo la celebración del cumpleaños de Ana María, hecho que solo permite verificar que las relaciones de familia, afecto y proximidad eran latentes, por lo que habrá de confirmarse su reconocimiento ajustando su monto a la revocatoria de la concausa.

De otro lado, se señaló que la hermana de Ana María, María Paula, no tenía derecho a que le fuera concedido el daño moral, habida cuenta que para el momento de la muerte de su hermana no había nacido⁵, por tanto, no sufrió por su muerte o, lo que es igual, no había daño indemnizable en su favor.

Para la Sala, tal postura será acogida y, por tal razón, la sentencia será modificada en tal aspecto, si en cuenta se tiene que, para considerar el derecho de daños a la persona por nacer, se debe partir insoslayablemente que, nuestra legislación reconoce la dignidad personal del ser humano desde la fecundación hasta su nacimiento, luego, si para el momento en que se causó el daño, la menor no había sido concebida, no es factible hacer el reconocimiento del daño moral, pues, la reparación no procura situar a quien reclama en la misma posición en que se hallaba, sino en la que hubiere estado de no ser por la consumación del daño y para el tópico bajo estudio, del registro civil se colige que María Paula no existía para el día de la muerte de su hermana, lo que impide determinar el daño moral, pues, no recibió de Ana María trato familiar ostensible.

Por último, se solicitó el reconocimiento del daño a la salud como tipología independiente de perjuicio y, por tanto, indemnizable en modo autónomo, el que se cimentó en el detrimento causado a partir de las aflicciones psicológicas que generó para algunos de los demandantes la pérdida de Ana María.

Empero, ello no resulta dable, debido a que ha sido la máxima corte de cierre en asuntos civiles (Sala de Casación Civil), quien no le ha

⁵ Nació en enero 02 de 2014 (fol. 23 Cd.1)

condescendido dicha entidad y, por tanto, toda aflicción en el escenario interno del ser ha de ser reparado por la vía de la compensación moratoria o del daño a la vida de relación, primera que arriba ya fue abordada; pensar en sentido contrario implicaría una doble prestación, aspecto que riñe con la naturaleza reparativa y no enriquecedora de la acción indemnizatoria. Además, las consecuencias en la órbita de la salud personal de los progenitores de Ana María, en verdad, quedaron en el escenario de la especulación, pues no hubo prueba médica en torno a dicho aspecto y, la versión de sus familiares apuntó a que recibieron un par de terapias psicológicas y se abandonaron, sin tener la Sala claridad si las mismas respondieron a un tratamiento para afrontar la muerte de su hija o si lo fue, como se pretende ver, como un indicativo médico para afrontar alguna dolencia generada como consecuencia del desaparecimiento de la víctima directa, por tanto, se confirmará su negativa.

Por último, Allianz Seguros cuestionó que haya sido condenada en costas cuando, según ella, no fue convocada directamente a juicio, por cuanto su comparecencia atendió a un llamado en garantía; sin embargo, lo cierto es que el ejercicio de su defensa no se supeditó a combatir el acierto de la pretensión revérsica que le fuere efectuada, sino también a las solicitudes de la demanda principal mediante excepciones que no fueron probadas, siendo del caso atender las costas por el fracaso de su postura procesal.

Lo hasta aquí expuesto resulta suficiente para concluir que el reparo impugnativo de ambas partes prosperará en modo parcial, razón por la que modificará la decisión de primer grado para liberar de responsabilidad al Dr. Leonardo Andrés Fonseca Plata y reajustar los montos indemnizables en un 100% a favor de los demandantes. Por lo anterior, no se condenará en costas ante esta instancia.

III.- DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – MODIFICAR los numerales tercero y cuarto de la sentencia proferida en junio 07 de 2019 por el Juzgado 29 Civil del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con las consideraciones expuestas en el presente fallo, los cuales quedarán así:

“TERCERO: Declarar que Famisanar EPS Ltda, Cafam, Lorena Esther Molina Sanjuan, Víctor Nicolás Aquilino Vanegas, María Consuelo Suescun Melo y Yosiris del Carmen Florián Reales, son civil y extracontractualmente responsables del 100% de los daños ocasionados con el fallecimiento de la menor Ana María Forero Villamil (q.e.p.d.).

CUARTO: Como consecuencias de la anterior declaración, condenar a los demandados descritos en el numeral anterior, a pagar a los demandantes las siguientes sumas de dinero dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria de la presente decisión judicial:

4.1.- A Lizeth Andrea Villamil López y Edgar Gerardo Forero Mondragón, en su calidad de madre y padre respectivamente de Ana María Forero Villamil, la suma de 60 s.m.l.m.v, a cada uno.

4.2.- Ana Lucila Mondragón, Jorge Hernando Forero, Lidia Esperanza López y Héctor Villamil Reyes, hermana y abuelos paternos y maternos respectivamente de Ana María Forero Villamil, la suma de 30 s.m.l.m.v, a cada uno.

Revocar la condena impuesta a favor de la menor María Paula Forero Villamil, por las razones expuestas en la parte motiva del fallo.

4.3- A Jorge Armando Forero Mondragón, Ángela Sonia Sánchez, Ana Maritza Forero Mondragón, Diana María Villamil López y Jenny Maritza Villamil López, tíos paternos y maternos de Ana María Forero Villamil, la suma de 20 s.m.l.m.v, a cada uno.”

SEGUNDO. - En lo restante confirmar la decisión de primera instancia.

TERCERO. - Sin condena en costas en esta instancia ante el fracaso parcial de los recursos de apelación.

CUARTO. - Devuélvase el expediente a la unidad judicial de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ADRIANA SAAVEDRA LOZADA
Magistrada



AÍDA VICTORIA LOZANO RICO
Magistrada



CLARA INÉS MARQUEZ BULLA
Magistrada

-con aclaración de voto-

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



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

ACLARACIÓN DE VOTO

Radicación 29-2015-00656-02 Verbal de Lizeth Andrea Villamil López y otros contra Famisanar Ltda. y otros.

Con el debido respeto que siempre he profesado a las señoras Magistradas integrantes de la Sala de Decisión, me permito consignar a continuación las razones por las cuales aclaro mi voto, respecto a la indebida aplicación del trámite del recurso de apelación regulado en el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, en el presente asunto.

Es indudable que la pandemia que nos afecta hizo imperativa la declaratoria de emergencia sanitaria; y, por ende, la expedición de la normativa declarativa de su desarrollo, como la que nos ocupa. Pese a ello, es claro que la situación del estado de excepción no permite el desconocimiento de la constitución, ni de la ley. En consecuencia, se incorpora en la Legislación Colombiana ya existente.

El Decreto Legislativo 806 de 2020, aunque indica que se adoptará “... *en los procesos en curso y los que se inicien luego de la expedición...*”, no creó un

régimen especial de transición. Lo que conlleva que para su aplicación deba ajustarse al Código General del Proceso.

En efecto, tal precepto modificó por un término de dos años el trámite del recurso de apelación en asuntos civiles regulado en el Estatuto en cita. Por ende, se trata de una norma procesal, que entró en vigor desde el 4 de junio de 2020⁶, por lo que predomina respecto de la disposición que disciplina el decurso de ese medio de impugnación, toda vez que el artículo 624 del Código General del Proceso indica:

“...Modifíquese el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, el cual quedará así:

“Artículo 40. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir...”.

En ese sentido, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido constante en sostener sobre la irretroactividad de los actos legislativos, como el que contempla la memorada regla que:

“...uno de los fundamentos esenciales del ordenamiento jurídico es el de considerar que las leyes y actos administrativos rigen hacia el futuro. En este sentido se encuentra el artículo 52 del Código de Régimen Político y Municipal que establece que «la Ley no obliga sino en virtud de su promulgación, ... Asimismo, se observan los artículos 17 y 19 de la Ley 153 de 1887, los cuales disponen como regla general el principio de irretroactividad con el fin de mantener la seguridad jurídica y la protección del orden social. Como bien lo ha precisado esta Corporación «el efecto retroactivo y la regla que lo prohíbe,

⁶Según el artículo 16 de la Decreto Ley 806 de 2020.

se contrapone del efecto general e inmediato de la ley, según el cual la ley sólo rige para el porvenir, esto es, sus disposiciones únicamente se aplican desde el momento en que comienza su vigencia y hacia el futuro...⁷.

Sin embargo, no debe pasarse por alto que la disposición en comento, esto es, el inciso final del artículo 624 del Código General del Proceso, regula que la nueva ley procesal no tiene aplicación inmediata, ya que en tratándose de **“...los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones...”** –resalta la Sala-

En estas condiciones, la inaplicación de dicha preceptiva se revela nítida en lo relativo a los recursos planteados en vigencia de la ley procesal anterior, pues, precisamente, al amparo de aquella norma, si el medio de impugnación se inició bajo el imperio de una determinada norma, debe continuar su decurso al tenor del procedimiento establecido por esta disposición hasta tanto culmine su trámite. Vale decir, no cambian las reglas procesales de actuaciones que ya estaban en curso. Desconocer estos principios desemboca en que las partes pueden verse afectadas al modificarles las reglas que observaron cuando formularon sus reparos. Sin temor a equivocación, es una vulneración al debido proceso estipulado en el artículo 29 de la Carta Magna.

Desde esa perspectiva, las prescripciones contenidas en el Decreto 806 de

⁷Consejo de Estado. Sentencia de 14 julio de 2011, expediente 85/2009-00032-02.

2020 sobre el trámite de la alzada no son de recibo para los recursos de esa naturaleza que tuvieron su génesis antes que entrara en vigencia la mencionada disposición, pues a voces del Alto Tribunal Civil, *“...cuando una norma posterior modifica los requerimientos relativos al nacimiento o finalización de una situación jurídicamente relevante, en línea de principio, no puede alterar las situaciones que están consolidadas en el pasado, ni violentar los derechos adquiridos, so pena de atentar contra la seguridad jurídica y someter a la sociedad a una situación permanente de incertidumbre...”*⁸.

Con tal criterio, también se acompasa lo consagrado en el inciso final del artículo 624 del Código General del Proceso, ya reseñado, es decir, los casos excepcionales en que se aplica una ley procesal derogada a determinados actos procesales en curso, los cuales son imposibles de seccionar porque no se han consumado cuando entra en vigor la nueva norma.

Memórese que, respecto de ese tópico, desde antaño, la honorable Corte Suprema de Justicia ha enseñado:

“...según la ley colombiana, las normas procesales tienen aplicación inmediata aun respecto de los procesos pendientes. Pero si bien es un principio de carácter general, tolera algunas concesiones, toda vez que la misma ley ha exceptuado, rindiendo con ello culto a la doctrina que distingue los actos procesales consumados de los no consumados, algunas situaciones, así: "Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la vigente al tiempo de su iniciación". Estas excepciones están significando, entonces, que la ley antigua tiene, respecto de ellas, ultractividad; de suerte tal que si una actuación, una diligencia o un término, ha empezado a tener operancia y no se

⁸ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 12 de febrero de 2018, expediente 11001311001820080033101.

han agotado cuando adviene la ley nueva, ellas y él terminarán regulados por la antigua. Salvedades que se muestran imperiosas y plenamente justificadas en aras del orden procesal...”⁹.

En pronunciamiento más reciente, la Alta Corporación insistió en que:

“...los términos que hubieren comenzado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación»¹⁰. Para los eventos antes mencionados, que representan actuaciones judiciales caracterizadas por su unidad, autonomía e independencia, no hay posibilidad de fraccionar el acto procesal con el fin de dar cabida a la nueva ley, porque éste constituye un todo inescindible que se rige, desde que se formula hasta que se decide, por la ley anterior, sin que pueda sacrificarse su integralidad para admitir que una es la normatividad que ampara su inicio y otra diferente la que debe atenderse para su resolución...”

¹¹.

Las directrices precedentes, conllevan a concluir que si la alzada que nos ocupa se planteó cuando no había entrado en vigencia el Decreto 806 de 2020, lo propio era tramitarla bajo los lineamientos del Estatuto Adjetivo Civil y no al amparo de la previsión contemplada en aquel acto legislativo, en virtud del fenómeno de ultractividad, “...[d]e donde emerge entonces que, si el acto procesal comenzó a desarrollarse en el tiempo previo a la entrada en vigencia de la ley modificatoria, la norma aplicable seguía siendo la anterior...”¹².

Puestas, así las cosas, en el *sub-lite* no era dable impartir a la opugnación el

⁹Corte Suprema de Justicia. Autos del 17 de mayo de 1991 y del 9 de mayo de 2002, expediente 2002-0066-01.

¹⁰ Debe advertirse que el sentido de esa misma regla se hace expreso en los artículos 699 del Código de Procedimiento Civil, 17 del Decreto 2272 de 1989 y 140 del Decreto 2303 de 1989.

¹¹ Auto de 20 de septiembre de 2010, expediente 11001-02-03-000-2010-01226-00.

¹²Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 20 de mayo de 2008, expediente 11001020300020070077600.

curso señalado en el aludido decreto legislativo, sino convocar a la audiencia prevista en el artículo 327 del Código General del Proceso, dado que, al haberse iniciado el memorado recurso bajo el imperio de este ordenamiento, es el llamado a seguir rigiéndolo, con sustento en el principio de la ultractividad de la vigencia de la ley en el tiempo.

De acuerdo con lo discurrido, estimo que las anteriores consideraciones debieron ser tenidas en cuenta para tramitar la apelación de la referencia.

En los términos esbozados en precedencia, dejo aclarado mi voto.

Fecha *ut supra*,



CLARA INÉS MARQUEZ BULLA
Magistrada

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

MAGISTRADO PONENTE: JESÚS EMILIO MÚNERA VILLEGAS

Bogotá D.C., doce (12) de noviembre de dos mil veintiuno

RAD. 110013103 029 2017 00334 03

Se acepta La renuncia al poder presentada por el apoderado de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., el abogado Simón Rodríguez Serna, conforme a lo reglado por el artículo 76 del Código General del Proceso. En todo caso, debe tenerse en cuenta que *“[l]a renuncia no pone término al poder sino cinco (5) días después de presentado el memorial de renuncia en el Juzgado, acompañado de la comunicación enviada al poderdante.”*

Por otro lado, se reconoce personería a la abogada Andrea Ximena López Laverde para obrar como apoderada de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., en los términos del poder conferido mediante escritura pública No. 1196 de la Notaría 65 del Círculo de Bogotá e inscrita en el Certificado de Existencia y Representación Legal de la mandante (fl. 13 de 45).

NOTIFÍQUESE

JESÚS EMILIO MÚNERA VILLEGAS

Magistrado

Firmado Por:

Jesus Emilio Munera Villegas
Magistrado
Sala Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **2bdb12843c8d5dd476a91045a8b2765835d48b7b4f4ea280b078fcfd42c5f2fb**

Documento generado en 12/11/2021 03:11:52 PM

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

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

Bogotá, doce (12) de noviembre de dos mil dos mil veintiuno.

(Proyecto discutido y aprobado en sesión de once (11) de noviembre de dos mil veintinuno)

Proceso : Ejecutivo-Incidente de liquidación de perjuicios.
Asunto : Apelación Sentencia
*Ponente : **JESÚS EMILIO MÚNERA VILLEGAS.***
Demandante : Scotiabank Colpatria S.A.
Demandada : E.T.B. S.A. E.S.P.
Radicado : 11 001 31 03 029 2017 00334 03.

ASUNTO A TRATAR.

Se procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Civil del Circuito de Bogotá, el 17 de septiembre de 2020, para resolver el incidente de liquidación de perjuicios promovido por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. dentro del proceso ejecutivo que adelantó Scotiabank Colpatria S.A. en contra de aquella.

LAS PRETENSIONES.

Literalmente se formularon así:

“PRIMERO: Liquide los perjuicios que fueron objeto de condena en abstracto, en contra de la parte demandante, en el numeral 4 de fallo de 20 de junio de 2018, confirmado mediante providencia de 12 de febrero de 2019, con base en el juramento estimatorio que se indica en el numeral subsiguiente.

SEGUNDO: En consecuencia, se le solicita que CONDENE al BANCO COLPATRIA MULTIBANCA COLPATRIA o a quien lo suceda procesalmente, al pago, a favor de la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. de la suma de CUATRO MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y CINCO MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y TRES MIL QUINIENTOS DICINUEVE PESOS (\$4.695.693.519), por concepto de los perjuicios causados por la medida cautelar aplicada, desde la fecha en que fueron debitadas las sumas de las cuentas de mi representada, hasta el 15 de marzo de 2019.

TERCERO: Que se condene al BANCO COLPATRIA, MULTIBANCA COLPATRIA o a quien lo suceda procesalmente, al pago, a favor de la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. de la suma correspondiente, desde el 15 de marzo de 2019,

hasta que mi representada tenga nuevamente la disponibilidad jurídica de los recursos embargados.

CUARTO: Que se CONDENE al BANCO COLPATRIA, MULTIBANCA COLPATRIA o a quien lo suceda procesalmente, al pago, a favor de la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., de intereses moratorios, a la máxima tasa permitida, desde el momento de la sentencia que resuelva el presente incidente, hasta el pago efectivo”¹.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS.

Se expusieron los siguientes:

1. El 13 de junio de 2017 el apoderado de la ejecutante presentó la demanda y a su vez solicitó el embargo de dinero que haya en las cuentas corrientes y de ahorro, y la retención de las sumas depositadas en certificados de depósito a término y/o cualquier otro título bancario o financiero que poseyera la ejecutada en las entidades bancarias allí mencionadas.

2. El 16 de junio de 2017, el Juzgado de conocimiento decretó la referida medida cautelar y la limitó a la suma de \$20.687.737.320.

3. En acatamiento de la orden judicial, se retuvieron de las cuentas de la ejecutada: \$20.687.737.320 el 23 de junio

¹ Archivo 01CuadernoprincipalC1, fl. 611 digitalizado.

de 2017 por el Banco Corpbanca Colombia S.A.; \$561.170.000 el 28 de junio de 2017 por Citybank; y \$3.702.142 el 30 de junio de 2017 por el Banco Agrario de Colombia; en total, \$21.252.609.462.

4. El 20 de junio de 2018 se dictó sentencia que desató la ejecución, y en el ordinal cuarto se dispuso: “*CONDENAR en costas y perjuicios al demandante. Líquidense, los primeros teniendo como agencias en derecho la suma de \$250.000. Los segundos tásense como dispone el artículo 283 de la ley 1564 de 2012*”.

5. El 31 de enero de 2019, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá decidió el recurso de apelación que formuló la ejecutante contra la decisión de primer grado y modificó el ordinal tercero para ordenar la cancelación y levantamiento de las medidas cautelares cuando se constatará por la *a quo* el trámite legal correspondiente a la comunicación que remitió la DIAN el 17 de julio de 2017, en atención a la medida de urgencia de suspensión de pagos decretada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

6. El 12 de febrero de 2019, la juzgadora de primer grado profirió auto de obediencia a lo resuelto por el superior.

7. Debido a la medida cautelar, la ejecutada fue privada de disponer de los recursos dinerarios en cuantía de veintiún mil doscientos cincuenta y dos millones seiscientos nueve mil cuatrocientos sesenta y dos pesos (\$21.252.609.462), “*mediante la realización de inversiones u operaciones propias*”

del giro ordinario de sus negocios. En la actualidad, la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. continúa privada de la facultad de invertir o disponer de las mencionadas sumas de dinero” (Archivo 01CuadernoprincipalC1, Folio 611).

8. Según lo informado por la vicepresidencia financiera de la E.T.B. S.A. E.S.P., *“con base en el Costo promedio Ponderado de la deuda de ETB (WACC), del año 2018, la rentabilidad mínima que se hubiera obtenido mediante la inversión del dinero embargado, en los proyectos propios del giro ordinario de la compañía; hubiera sido del orden de CUATRO MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y CINCO MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y TRES MIL QUINIENTOS DIECINUEVE PESOS (\$4.695.693.519), teniendo como fecha de corte el 15 de marzo de 2019, fecha de presentación de este documento.”*

TRÁMITE Y REPLICA.

1. El 22 de abril de 2019 se corrió traslado de la solicitud de trámite incidental por tres días a la ejecutante (fls. 621 y 622, cuaderno digital “01 Demanda cuaderno 1”). Ésta recurrió el proveído, pero el 10 de julio de 2019 se mantuvo lo decidido (fls. 631 a 633 *ídem*).

2. El Banco radicó escrito de oposición al incidente alegando que *“A. ETB no cumplió con la carga de evidenciar un daño cierto y directo – No se indica con certeza el daño, ni el*

nexo de causalidad existente entre el supuesto daño y la conducta del Banco”, “B. Carencia absoluta de medios de prueba que permitan acreditar la existencia de un daño y/o de su cuantificación”, “C. Inexistencia de una pérdida de oportunidad de la ETB – La demandada parte de supuestos e hipótesis inciertas e indeterminadas”, “D. La deuda de la ETB con la DIAN desecha la existencia de un perjuicio derivado de la ejecución de las medidas cautelares” (fls. 206 a 224 cuaderno “02 Demanda cuaderno 1 Tomo I”).

3. En el mismo memorial objetó el juramento estimatorio presentado por la incidentante planteando que hubo “A. Ausencia de soportes documentales para el cálculo del costo de oportunidad”, “B. Ausencia de proyectos de inversión en los estados financieros y notas de los estados financieros de la ETB S.A. E.S.P.”, “C. Falta de evaluación de proyectos de inversión”, “D. Ausencia de la identificación de costos y beneficios” y “E. Falta de elementos indispensables para establecer las tasas de oportunidad WACC” (Fls. 220 a 223 *ibidem*). Para apoyar sus manifestaciones aportó dictamen pericial (fls. 5 a 205 *idem*).

4. Se corrió traslado de la objeción formulada; luego se decretaron, aportaron y practicaron pruebas. Agotada esa etapa se cumplió con la fase de alegatos de conclusión y se profirió la decisión de fondo.

LA SENTENCIA DE PRIMER GRADO.

La primera instancia terminó con sentencia emitida el 17 de septiembre de 2020, en la cual se decidió literalmente así:

“1. **CONDENAR** al Banco Colpatria Red Multibanca Colpatria S.A. al pago de \$4.695.693.519 como perjuicios derivados de la consumación de las medidas cautelares de embargo y retención consumados en curso del proceso ejecutivo, de la siguiente manera:

BANCO	CUANTIA	FECHA
BANCO CORPBANCA COLOMBIA	\$20.687.737.320	23/06/2017
CITYBANK	\$561.170.000	28/06/2017
BANCO AGRARIO DE COLOMBIA	\$3.302.142	30/06/2017
TOTAL	\$21.252.209.462	

2. **CONDENAR** en costas del presente incidente al Banco Colpatria Red Multibanca Colpatria S.A. Liquidense, por secretaría, teniendo como agencias en derecho la suma de \$6.500.000.

3. La presente decisión se notifica en estrados (...)

Los argumentos expuestos por la señora *iudex a quo* para decidir así, en esencia, fueron los siguientes:

(i) Que la causa del incidente se originó “en la materialización de una condena en abstracto que impuso esta judicatura al denegar las pretensiones de la demanda ejecutiva promovida por Colpatria contra ETB. Ello en consonancia con las medidas cautelares materializadas del curso del cobro coercido cuyos eventuales perjuicios han de regularse en pro del principio de reparación integral

consagrado en el artículo 16 de la ley 446 de 1998". Invocó la sentencia T-114 de 2002 proferida por la Corte Constitucional, y la emitida por la Corte Suprema de Justicia el 12 de julio de 1993, como precedentes en materia de indemnización de perjuicios en este tipo de asuntos, advirtiendo que se trata de un tipo de responsabilidad civil extracontractual en el que resulta necesario la demostración plena de los elementos requeridos para declarar la responsabilidad e imponer la consiguiente condena.

(ii) Tras recordar los montos de dinero y las fechas en que fueron retenidos de las cuentas bancarias de E.T.B. S.A. E.S.P., señaló que *"el daño como modo de mengua patrimonial o de derechos inmateriales, se encuentra acreditado en tanto la privación de sumas de dinero, de suyo, implica la prohibición de ejercicio económico y a su vez la imposibilidad de hacer uso de su poder liberatorio ilimitado para el intercambio; aspecto que, en puridad, requiere acudir a la presunción legal, según la cual, el dinero produce más dinero cuando está en manos de comerciantes, esa es la alusión cardinal del principio de onerosidad que campea en el derecho comercial y, dado que ambas partes lo son, se sigue de allí la posibilidad de aplicar tal presunción que no se ha desvirtuado. Y es que sobre el dinero, la CSJ se ha ocupado para definir sus alcances accesorios; es decir, en concreción la causación de réditos, intereses, como el precio del dinero, la prestación accionaria de una accesoria a una principal, la contraprestación por el uso o disfrute, retribución o ganancias, indemnización por el incumplimiento moratorio"*. Citó como precedentes en relación con el tema de los intereses, las

sentencias de 25 de febrero de 1937, 24 de febrero de 1975 y 27 de agosto de 2008, proferidas por la Corte Suprema de Justicia; hizo larga exposición sobre las clases de intereses y las materias en que se aplican.

(iii) Memoró la forma en que se motivó la solicitud de liquidación de perjuicios, esencialmente sobre el Costo Promedio Ponderado de la deuda de la ETB (WACC) del año 2018, que alude a la rentabilidad mínima que se hubiera obtenido con la inversión del dinero embargado y la estimación económica que se realizó, para lo cual resaltó lo afirmado en el hecho 8 de la demanda².

Destacó que esa liquidación fue objetada por el Banco Colpatria, con respaldo en dictamen pericial que aportó, el cual expuso las razones para negar mérito al juramento de la incidentante y la imposibilidad de aplicar el WACC para establecer el perjuicio en este caso. Enseguida se refirió al dictamen pericial presentado por la ETB S.A. E.S.P. manifestando que *“extrañamente dejó muy claro que no puede referirse como un coste de oportunidad WACC, sino que debía darse desde aristas teóricas diversas en cuanto al cálculo de las tasas aplicables a la deuda de ETB.”* Y con respecto a lo afirmado por el perito, resaltó que *“indicó la necesidad de indexar el valor cautelado y aplicarle una tasa de rentabilidad a dicho valor a modo de sostenimiento de su productividad como activo tangible.”*

² Archivo 01CuadernoprincipalC1. Fl. 611)

Enseguida expuso: “*verificadas ambas visiones de la indemnización del daño, para esta sede judicial, la aproximación a la tasa de interés por la probabilidad de explotación o generación de utilidad de las sumas de dinero cauteladas resulta insuficiente en lo que demostró ETB; porque ni sus dictámenes o testigos fueron capaces de articular razonadamente las fuentes de implementación de tasas de interés, como que siquiera aportó un estudio de las utilidades operacionales (...) de cada línea del negocio y su aplicación a la masa monetaria equivalente a \$21.252'609.462, que fue el valor retenido; y menos aún demostraron la incidencia del débito bancario en las fechas señaladas. Luego, como dijo el perito de ETB en su dictamen, comprobar la pérdida de oportunidad o WACC en este caso, es asunto que resulta improbadado, aunque no imposible. No obstante, como se dijo desde el inicio de estas consideraciones, los artículos 6° y 8° de la ley 31 de 1992 y la naturaleza jurídica del dinero, aparejada a la integración de sus frutos legales, puede traer una solución al caso que permita cumplir con el postulado de reparación integral, vertido en el artículo 16 de la ley 446 de 1998*”.

(iv) Aseveró que “*con la simple aplicación del interés bancario corriente sobre la suma retenida, no solo existe la presunción de indemnizar el coste total del empleo del dinero, sino que se concierne su indexación y de suyo permite una clara aplicación de las presunciones legales, sobre la generación de riqueza del dinero, en tanto sea éste el bien sobre el cual recae una forma cautelar que lo limite o lo restrinja con ocasión de cautelas judiciales solicitadas por una*

de las partes. Por tanto, es dable asegurar que ETB debe recibir intereses corrientes sobre los valores monetarios cautelados, de la siguiente manera:

A la tasa de interés bancario corriente efectivo anual para créditos ordinarios sobre la suma de \$20.687'737.320, desde el 23 de junio de 2017 al 12 de febrero de 2019; a la tasa del interés bancario corriente efectivo anual para créditos ordinarios, sobre la suma de \$561'170.000, desde el 28 de junio de 2017 al 12 de febrero de 2019; a la tasa de intereses bancario corriente efectivo anual para créditos ordinarios, sobre la suma de \$3'702.142, desde el 30 de junio de 2017 al 12 de febrero de 2019.

Al efecto desde la ley 45 de 1990, el artículo 884 del C. Cio. y los artículos 11.2.5.1.2 y 11.2.5.1.3. del decreto 2555 de 2010, será la Superintendencia Financiera de Colombia la que certificará la tasa de interés bancario corriente efectivo anual para créditos ordinarios durante los periodos respectivos a los años 2017 a 2019, en sus respectivas fracciones o trimestres y, tratándose de un indicador económico, no se requerirá su prueba según artículo 167 del CGP. Es decir, se condenará a Banco Colpatria Red Multibanca Colpatria SA al pago de los antedichos perjuicios”.

(v) Planteó que, para no incurrir en incongruencia, “sin perjuicio que la tasa de interés bancario corriente sea superior a lo que estimó la incidentada, deberá ajustarse la condena a lo expresado en el escrito incidental; no porque sea esa la tasa

o manera aplicable a la concreción de los perjuicios que in generi se hizo en la sentencia que puso fin a la contienda ejecutiva, sino porque no puede condenarse a más a la incidentada y por lo mismo se accederá al valor pretendido únicamente”.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión proferida por la *señora iudex a quo*, las partes interpusieron recurso de apelación, cuyos reparos concretos plantearon así:

1. La Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P.

(i) No comparte la valoración probatoria realizada en el fallo. Según dijo, no se le dio el valor que ameritó el dictamen pericial aportado, ni al interrogatorio que absolvió el perito, quien explicó que, al congelarse los recursos de una empresa, se le impide poner a producir a ese capital en los proyectos, inversiones o productos del giro ordinario del negocio, por lo que no obtiene la rentabilidad que resultaría sin la medida cautelar. De modo que sí demostró la tasa de interés con base en la cual pretendía certificar la cuantía del daño sufrido.

(ii) Destacó que el perito señaló que el lucro cesante no puede buscarse en la contabilidad de la afectada porque allí se registran hechos económicos y el ingreso dejado de percibir no corresponde a ese concepto. Agregó que, el mismo experto

manifestó que la forma de obtener el perjuicio es hacer una estimación económica que incluya el reconocimiento de la pérdida de valor adquisitivo por el paso del tiempo y una prima de riesgo que contenga la rentabilidad mínima que potencialmente pudo haber obtenido al invertir en sus negocios habituales.

(iii) El juzgado restó mérito a la experticia y al testimonio de Juan Pablo Rojas Villarreal, pero sí se lo dio a la pericia que aportó el Banco Colpatria, para concluir que la ETB no probó la tasa de interés solicitada para calcular el perjuicio sufrido.

(iv) Resaltó que se probó el daño causado con el dictamen rendido por el señor Julio Villarreal, quien presentó dos escenarios con lapsos diferentes: uno ajustado al momento en que se ordenó el levantamiento de la medida cautelar y otro hasta cuando se presentó el trabajo; este último es el que se ajusta al perjuicio sufrido por ETB y asciende a siete mil cien millones quinientos sesenta y dos mil ciento sesenta y cuatro pesos (\$7.100.562.164).

(v) Alegó que nada se dijo en la sentencia respecto al periodo comprendido entre el auto de obediencia a lo resuelto por el superior y la fecha en la que “*se retornó el dinero embargado a la ETB*”³, pese a que fue objeto de petición de parte en el escrito introductor y en los alegatos de conclusión. Y en los de sustentación presentados en esta instancia, insistió en el mismo argumento, pero expresamente manifestó:

³ 01CuadernoprincipalC1.Archivo 15Reparoscontrasentenciaincidentante20200922. fl.15

“se le pone de presente a los señores Magistrados que a la fecha la ETB S.A. E.S.P. no cuenta con los recursos que le fueron embargados por solicitud de Colpatria.”⁴

2. Scotiabank Colpatria S.A.

(i) Desconocimiento de lo previsto en el artículo 128 del C.G.P. El tenor literal de la norma en cita indica que la solicitud de apertura del incidente fija el marco de decisión del juez. En este caso, la ETB S.A. E.S.P. fundó su reclamo de perjuicios en la supuesta rentabilidad mínima que hubiese obtenido mediante la inversión de los dineros embargados, en los proyectos propios del giro ordinario de sus negocios; pero no manifestó que el daño estuviese basado en el simple uso del dinero como activo productivo, ni exigió que se reconocieran intereses civiles, comerciales o se indexara el dinero embargado.

(ii) El fallo de primera instancia desconoce el principio de congruencia, por ser *extra-petita*. La juez no acató lo impuesto por el artículo 281 del Código General del Proceso, toda vez que adoptó la decisión por fuera de lo pedido por la incidentante; pues, concedió perjuicios no reclamados ni demostrados, y concedió tasa de interés que tampoco se indicó en el escrito genitor.

(iii) El fallo de primera instancia también es *ultra-petita* porque reconoció el pago de intereses por encima del costo de

⁴ 01CuadernoprincipalC1. Segunda Instancia. Archivo 007 029 2017 00334 03
Anexo Recurso de Apelación ETB. Fls.10 y 11.

oportunidad (11.34% para 2017 y 12.37% para 2018) que demandó la ETB S.A. E.S.P.; luego, aunque se recortó el cálculo del perjuicio para hacerlo coincidir con lo alegado por la incidentante, es claro que la aplicación de interés bancario corriente constituye una decisión *ultra petita*.

(iv) Desconocimiento del derecho de defensa del Banco. El incidentado se vio sorprendido por la sentencia *extra y ultra petita* soportada en motivos que no tuvo la oportunidad de replicar, debido a que no se consignaron en el escrito de apertura del incidente; por ejemplo, la aplicación de intereses o la presunción del perjuicio.

(v) El fallo de primera instancia presume la existencia del daño. Allí se supuso un daño no solicitado; y el reclamado por la ETB S.A. E.S.P. no fue demostrado.

(vi) La sentencia de primer grado parte del supuesto de que la parte derrotada en el proceso está obligada a resarcir los perjuicios por esa sola condición. La señora *iudex a quo* se apartó de los hechos probados y decidió sobre un nexo de causalidad meramente natural, sin atender los postulados de la responsabilidad civil y los límites que demarcó la promotora.

(vii) No se puede presumir que un embargo de dinero, por sí solo, ocasiona un daño. La jurisprudencia enseña que el ejecutado victorioso que reclama la causación de perjuicios por la imposición de medidas cautelares, debe probarlos.

(viii) No se probó que el dinero embargado fuera a tener uso determinado. Pese a la falta de pruebas al respecto, el juzgado tuvo por cierto que la incidentante utilizaría el dinero para sus operaciones o negocios mercantiles.

(ix) Atendiendo a lo planteado en el incidente, la ETB no tuvo un daño cierto y directo. La reclamación de perjuicios está fincada en la rentabilidad mínima que se hubiese obtenido con la inversión en proyectos; y en el plenario no hay prueba de éstos ni de la eventual rentabilidad a obtener.

(x) Inexistencia del daño reclamado en la forma de lucro cesante consolidado. La ETB S.A. E.S.P. afirmó que su perjuicio surgió de la imposibilidad de invertir el dinero retenido por la medida cautelar, lo cual equivale a lucro cesante consolidado, pero no demostró los requisitos que exige la jurisprudencia para su reconocimiento.

(xi) Lo reclamado por la ETB no deja de ser un “*sueño de ganancia*”, porque no probó cuáles fueron las oportunidades perdidas o proyectos que no se realizaron como consecuencia del embargo; luego, su petición era una mera expectativa.

(xii) El fallo partió de una presunción del perjuicio contraria a las reglas legales y jurisprudenciales.

(xiii) Indebida aplicación de la jurisprudencia en materia de condena preceptiva. En decisiones de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional y el Tribunal Superior de Bogotá se ha dejado establecido que el daño debe probarse en

este tipo de casos y no hay lugar a aplicar presunciones de su existencia; sin embargo, esto fue lo que hizo la *iudex a quo*.

(xiv) Carencia de fundamentación fáctica y probatoria del fallo para la determinación de la existencia del perjuicio.

(xv) El juez no puede suplir la carga probatoria de las partes. El artículo 167 del C.G.P. dispone que las partes deben probar el supuesto fáctico de las normas que consagran el efecto jurídico que persiguen, por lo que no es dable que la juez, ante la insatisfacción de tal carga por la ETB, pasara a suplirla de forma meramente argumentativa.

(xvi) No existe nexo de causalidad entre lo solicitado por la ETB y la condena que se le impuso al Banco; ni entre el embargo y el supuesto daño causado.

(xvii) Indebida aplicación de intereses comerciales.

(xviii) La responsabilidad civil no puede ser fuente de enriquecimiento sin causa para la ETB.

ASPECTOS JURÍDICOS PROCESALES, PROBATORIOS Y SUSTANCIALES.

1. Advertencia preliminar. Esta segunda instancia se tramitó y corresponde resolverla con cabal sujeción a lo imperativamente dispuesto por el canon 14 del Decreto 806 de 04 de junio de 2020. Por esa razón, en este trámite no hay

lugar para la realización de audiencia de sustentación verbal, como lo solicitó el apoderado de la incidentada en la sustentación escrita que presentó.

2. Nulidades. No se advierte ningún vicio que pueda invalidar lo actuado hasta el presente procesal.

3. La competencia del superior. Por mandato del artículo 328 del C. G. P., el *“juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos en la ley.”* No obstante, *“(…) cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.”* El caso sometido al conocimiento de la Sala se ajusta a este último supuesto, porque las dos partes apelaron.

4. La controversia. La parte actora reprochó que los perjuicios que se le causaron con la imposición de la medida cautelar que recayó sobre sus dineros, se haya tasado por la juez de primer grado en \$4.695.693.519. Según alega, la cuantía demostrada con el dictamen pericial allegado y el testimonio recaudado es de \$7.100.562.164. Por su lado, la incidentada protesta porque se presumió la existencia de un daño que no fue probado como exige la jurisprudencia y el régimen de responsabilidad civil; ni se acreditó el nexo causal, ni su responsabilidad. Además, plantea que se transgredió el principio de congruencia de la sentencia porque se reconoció un perjuicio que la incidentante no reclamó.

Planteada la impugnación en esos términos, la Sala examinará si están satisfechos los presupuestos axiológicos para el éxito de la pretensión resarcitoria; y, si la sentencia de primera instancia incurrió en el desafuero de incongruencia que le atribuye la incidentada recurrente. Así se despacharán en conjunto los reparos formulados.

5. Del incidente de reparación de perjuicios. El numeral 3 del artículo 443 del Código General del Proceso estatuye que en los procesos ejecutivos *“[l]a sentencia de excepciones totalmente favorable al demandado pone fin al proceso; en ella se ordenará el desembargo de los bienes perseguidos y se condenará al ejecutante a pagar las costas y los perjuicios que aquél haya sufrido con ocasión de las medidas cautelares y del proceso”*. Y el canon 283 *ejusdem* establece la forma y término en que debe ser incoado el incidente de liquidación de perjuicios así:

“En los procesos en que este código autoriza la condena en abstracto se liquidará por incidente que deberá promover el interesado mediante escrito que contenga la liquidación motivada y especificada de su cuantía, estimada bajo juramento, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la providencia respectiva o al de la fecha de la notificación del auto de obediencia al superior. Dicho incidente se resolverá mediante sentencia. Vendido el término señalado sin promoverse el incidente se extinguirá el derecho.”

Basta observar la norma para percatarse que al ejecutado le permite promover el incidente de liquidación, pero con unas exigencias y limitaciones de imperativa observancia. En su contenido no se hallan elementos para sostener que puede presumirse la existencia y *quantum del daño*. En este puntual aspecto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC 3930 de 2020 explicó:

*“Bien ha pregonado «la jurisprudencia y la doctrina [que] el ejercicio abusivo del derecho a litigar es un fenómeno que **puede configurar la responsabilidad civil extracontractual** de quien acude a la jurisdicción de manera negligente, temeraria o maliciosa para obtener una tutela jurídica inmerecida» (SC, 14 feb. 2005, exp. n.º 12073).*

En estos casos, para que proceda la reparación, el afectado tiene que probar «una conducta humana antijurídica, en este caso, el adelantamiento de un proceso o la realización de un acto procesal particular en forma desviada de su finalidad; un factor o criterio de atribución de la responsabilidad, que en la referida hipótesis, como viene de explicarse, solamente puede consistir en la temeridad o mala fe; un daño o perjuicio, es decir, un detrimento, menoscabo o deterioro, que afecte bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con su esfera espiritual o afectiva, o con los bienes de su personalidad; y, finalmente, una relación o nexo de causalidad entre el comportamiento de aquel a quien

se imputa la responsabilidad y el daño sufrido por el afectado (SC, 1° nov. 2013, rad. n.° 1994-26630-01).

Son ejemplos de uso abusivo de las vías legales, entre otros, (i) la interposición de una acción temeraria basada en el albur del proceso y sin consideración al derecho en discusión (SC, 28 sep. 1953); (ii) el desistimiento de un proceso inesperadamente para evitar un inminente fallo adverso que diere la victoria a la contraparte (ídem); o (iii) la promoción de un compulsivo sin fundamento ni respaldo (SC, 15 dic. 2009, rad. n.° 2006-00161-01).

(...)

De allí que se considere abusivo el embargo innecesario de bienes en un proceso ejecutivo (SC, 9 ab. 1942); la cautela sobre la totalidad de los bienes del deudor sin justificación (SC, 11 oct. 1973, G.J. CXLVII, n.° 2372 a 2377); la omisión en el destrabamiento de bienes que no prestan ninguna garantía para la efectividad de la obligación perseguida (ídem); o la ejecución de un deudor con cautelas excesivas respecto al crédito que se cobra (SC, 2 dic. 1993, exp. n.° 4159).

En estos casos, el afectado deberá reclamar la indemnización de perjuicios a través de alguna de las siguientes vías, según el orden de prelación establecido por la codificación procesal:

(i) Por medio de un incidente en el proceso ejecutivo, en los casos en que el juez del coactivo en el auto de desembargo imponga al acreedor el deber de pagar los perjuicios resultantes de las medidas cautelares practicadas, como lo permiten, de forma ejemplificativa, los cánones 510 y 687 del Código de Procedimiento Civil -actuales 443 y 597 del C.G.P.-

De esta forma en el compulsivo deberán resolverse todas las cuestiones relativas al mismo, en aplicación del principio de economía procesal, **para lo cual basta que el afectado presente la liquidación de los perjuicios, junto con las pruebas que permitan demostrar su causación.** Ha dicho este órgano de cierre:

[L]a Sala reitera su jurisprudencia en el sentido de que se trata de alternativas procesales de un tipo especial de responsabilidad civil extracontractual. En efecto, en sentencia del 12 de julio de 1993 (Cas. en proceso de Guillermo A. Salazar contra la Soc. Cial. Franco Hermanos Ltda. aún sin publicar) dijo esta Corporación: ‘Nada distinto de lo ya expuesto emerge de la condena preceptiva al pago de perjuicios contemplada en el artículo 510 del C. de P.C., pues si bien es verdad que su imposición otorga a la parte favorecida con la misma el privilegio de no tener que acudir a proceso diferente para obtener su indemnización, no por eso debe entenderse ella liberada de demostrar los requisitos comunes a esta

especie de responsabilidad, por cuanto no es admisible colegir que con la consagración legal de esa condena el legislador se propuso establecer una presunción del daño.’ (SC, 2 dic. 1993, exp. n.º 4159).”.

Es claro, entonces, que la actuación promovida reviste la reclamación por una responsabilidad civil extracontractual consagrada en el artículo 2341 del Código Civil. Así que constituye carga probatoria del promotor del incidente la concerniente a la existencia del daño padecido y el nexo causal entre éste y la conducta desplegada por el demandado, que se calificó como dañosa, nada más; pues, por fundarse la reclamación en una sentencia preceptiva, está relevado de acreditar el comportamiento aludido (que la jurisprudencia enlista como una “conducta humana antijurídica”) y el que también denomina “criterio de atribución de la responsabilidad”, el cual se patentiza en un acto calificado como “temeridad o mala fe”. En definitiva, para el incidentante opera el régimen de carga probatoria consagrado en el canon 167 del C. G. P., pero en lo tocante con los elementos de la responsabilidad que se acaban de indicar.

6. La congruencia del fallo. El canon 281 del C. G. P., en sus incisos 1 y 2 literalmente ordena:

“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.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en ésta.”

Esa es la consagración legal del denominado principio de congruencia de la sentencia, sin perjuicio de las excepciones que allí mismo se fijan, en las que no se ubica el presente caso. Ese fundamental postulado armoniza con el derecho-garantía del debido proceso, contenido en el artículo 29 de nuestra Carta Política de 1991. Como enseña el maestro Devis Echandía, *“se trata de una consecuencia lógica de la relación de jurisdicción como derecho y deber del Estado, (...). El derecho de acción y de contradicción no solo impone al Estado el deber de proveer mediante un proceso en una sentencia, sino que al complementarse con el ejercicio de la pretensión y la oposición de excepciones, delimita el alcance y contenido de ese proveimiento. La relación de la jurisdicción comprende tanto la acción y la contradicción, como la pretensión y la excepción que en ejercicio de estos derechos se formulan al juez para determinar los fines mediatos y concretos del proceso. Fija, por tanto, la materia sobre que debe versar la sentencia (...)”*⁵

De manera que, a pesar de las amplias facultades de interpretación de la demanda que se reconocen al juez al momento de proferir la sentencia que resuelva el conflicto

⁵ Devis Echandía, Hernando. *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*, 2ª edición, Editorial Temis, Bogotá, 2009, pág. 631

sometido a su conocimiento, no puede franquear esos límites que le han demarcado los contendientes al plantear su litigio. De otro modo, se tornaría desconcertantemente azarosa la suerte de un asunto sometido a juzgamiento, porque no sería posible prever o calcular de modo razonable la forma de resolverlo; pero, fundamentalmente, quedarían en el vacío absoluto las garantías constitucionales de los litigantes.

En cuanto al deber de interpretar la demanda, que se radica en el juez, así como sobre los límites en ese laborío, la Sala de Casación Civil ha explicado con reiteración:

“La demanda –puntualmente, los hechos relatados y las pretensiones elevadas– constituye un elemento de particular trascendencia para la estructuración del marco de la controversia. Por consiguiente, resulta posible que en la labor de interpretación que de ese escrito realice el tribunal al construir su decisión, incurra en un error de tal magnitud que termine tergiversando –en forma evidente– el contenido y alcance de esa pieza procesal, y por esa vía, alterando también la caracterización del conflicto y su subsunción en las normas sustanciales pertinentes.

Sobre esta problemática, la Sala tiene dicho:

«Cuando el juez advierta ambigüedad, vaguedad o anfibología de la demanda a punto de no expresar con exactitud su sentido prístino, sea por la complejidad del asunto, sea por cualesquiera falencia o defecto de

suficiencia técnica, terminológica o descriptiva, “para ‘no sacrificar el derecho material en aras de un culto vano al formalismo procesal’ (CCXXXIV, 234), está obligado a interpretarla en busca de su sentido genuino sin alterarlo ni sustituirlo, consultando la prevalencia del derecho sustancial, el acceso a la administración de justicia y la solución real de los conflictos.

A este respecto, la Sala de tiempo atrás, acentúa la labor del juez en la interpretación de la demanda ‘para que los derechos de las partes que se discuten en el proceso alcancen en la práctica la certeza que legalmente les corresponde. Más si ello es así, tampoco hay lugar a perder de vista que dicho poder encuéntrase de todos modos, supeditado a los términos y conceptos de los que el demandante se hubiere valido para exponer tanto la pretensión como la causa petendi de la misma. Por mejor decirlo, el juez, en la búsqueda del real sentido de la demanda, tiene que averiguar es por lo que su autor quería expresar por medio de ella y no por lo que él, el juez, desee ver en ese escrito. Por tanto, la búsqueda de la que se habla sólo tiene cabida cuando el lenguaje de la demanda, sin ser indescifrable por completo, no se ajusta a la claridad y precisión indispensables en tan delicada materia’ (CLXXXVIII, 139).

Por supuesto, el juzgador, no puede reemplazar ni cambiar la demanda, estándole vedado ‘moverse ad

libitum o en forma ilimitada hasta el punto de corregir desaciertos de fondo, o de resolver sobre pretensiones no propuestas, o decidir sobre hechos no invocados. Porque en tal labor de hermenéutica no le es permitido descender hasta recrear una causa petendi o un petitum, pues de lo contrario se cercenaría el derecho de defensa de la contraparte y, por demás, el fallo resultaría incongruente.’ (CCXVI, p. 520; sentencias de 26 de junio de 1986, 28 de febrero de 1992 y 23 de septiembre de 2004, S-114-2004 [7279], no publicadas oficialmente).

En idéntico sentido, la labor judicial interpretativa de la demanda, implica un análisis serio, fundado y razonable de todos sus segmentos, ‘siempre en conjunto, porque la intención del actor está muchas veces contenida no sólo en la parte petitoria, sino también en los fundamentos de hecho y de derecho’ y ‘[n]o existe en nuestra legislación procedimental un sistema rígido o sacramental que obligue al demandante a señalar en determinada parte de la demanda o con fórmulas especiales su intención, sino que basta que ella aparezca claramente en el libelo, ya de una manera directa o expresa, ya por una interpretación lógica basada en todo el conjunto de la demanda’ (XLIV, p. 527; XIV, 488 y 833; LXI, 460; CXXXII, 241; CLXXVI, 182 y CCXXV, 2ª parte, 185). Por lo anterior, el defecto de claridad del libelo genitor de un proceso, puede y debe disiparse mediante su interpretación racional, lógica, sistemática e integral

y sólo ‘cuando la demanda sea tan vaga que (...) no permita indagación de su real sentido, lo que corresponde es que se la desestime como inepta’ (CLXXXVIII, 169).” (Sent. Cas. Civ. No. 084 de 27 de agosto de 2008; subrayas de la Sala).

Ahora bien, cuando el resultado de tan significativa labor hermenéutica no refleja fielmente lo reclamado en la demanda, en particular si el fallo incorpora, antojadizamente, la percepción del juez sobre la dimensión y naturaleza de los hechos y pretensiones, “como ocurre cuando tergiversa de modo evidente su texto, o lo hace decir lo que no expresa o, también cuando cercena su real contenido (...)”, “el sentenciador incurre en yerro de facto, pues no se puede olvidar que la demanda, no solo constituye una pieza con la cual se inicia el proceso, sino que a la vez asume el carácter de elemento o medio de convicción’ (G. J. Tomo LXVII, 434; CXLII, pág. 200)” (Sent. Cas. Civ. de 22 de agosto de 1989; énfasis de la Corporación), (...)”⁶

7. La pretensión resarcitoria en el *sub iudice*. Al examinar el tenor literal del *petitum* incidental se observa que la promotora fijó el valor de los perjuicios cuya indemnización reclama, en la suma de \$4.695.693.519, hasta el 15 de marzo de 2019; y solicitó el reconocimiento de los que se causaran desde esa fecha hasta el momento en que recobrarla la

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. SC3631-2021, 25 de agosto de 2021.

disponibilidad de los recursos embargados. No está demás precisar que son los generados con la imposición de la medida cautelar sobre sus cuentas bancarias dentro del proceso ejecutivo incoado en su contra por el Banco Colpatria Red Multibanca Colpatria S.A., hoy Scotiabank Colpatria S.A. por la suma total de \$21.252.609.462.

Basta observar el contenido literal del *petitum* tercero de la demanda, para percatarse que lo reclamado no es apenas la cifra recién indicada, sino también el perjuicio causado “*desde el 15 de marzo de 2019, hasta que mi representada tenga nuevamente la disponibilidad jurídica de los recursos embargados.*”; luego, anticipadamente se puede sostener que sí erró la señora juez de primer grado al desconocer esa parte de lo pretendido y limitarse a resolver sobre la cuantía que había sido claramente delimitada en el tiempo hasta el momento de incoación de la demanda incidental. De manera que se impone volver a tratar este aspecto en posterior aparte.

7.1. El hecho dañoso. Ahora, en el libelo generador del presente incidente, con respecto al hecho dañoso constitutivo del perjuicio cuyo resarcimiento pretende, en el numeral 8 de los fundamentos fácticos afirmó:

“Como consecuencia de la aplicación de la medida cautelar solicitada por la parte demandante y ordenada por su despacho, la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., se ha visto privada de sus derechos a disponer de los recursos dinerarios propios, en cuantía de VEINTIUN

MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS NUEVE MIL CUATROCIENTOS SESENTE Y DOS PESOS (\$4.252.609.462), mediante la realización de inversiones u operaciones propias del giro ordinario de sus negocios. En la actualidad (...) continúa privada de la facultad de invertir o disponer de las mencionadas sumas de dinero.

*Según información proporcionada por la Vicepresidencia Financiera de la ETB, con base en el Costo Promedio Ponderado de la deuda de ETB (WACC), del año 2018, **la rentabilidad mínima que se hubiera obtenido mediante la inversión del dinero embargado, en los proyectos propios del giro ordinario de la compañía;** hubiera sido del orden de CUATRO MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y CINCO MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y TRES MIL QUINIENOS DIECINUEVE PESOS (\$4.695.693.519), **teniendo como fecha de corte el 15 de marzo de 2019, fecha de presentación de este documento (...)**⁷ (Negrilla fuera de texto).*

Para dar cumplimiento a lo mandado en el inciso 3° del canon 283 del C. G. P., en lo concerniente con la motivación, especificación y juramento estimatorio del monto pretendido, simplemente hizo la siguiente manifestación:

“Lo anterior con base en el Costo Promedio Ponderado de la Deuda de la EMPRESA DE

⁷ Archivo 01CuadernoprincipalC1, fl. 611 digitalizado.

TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. (WACC), del cual obtenemos el costo de no contar con la disposición de los recursos embargados, mediante la operación de las siguientes variables:

1. Monto: Valor embargado

<i>Entidad Financiera</i>	<i>Fecha del débito bancario</i>	<i>Valor</i>
<i>Banco Itaú Corpbanca S.A.</i>	<i>22/06/2017</i>	<i>\$20.687.737.320.00</i>
<i>Banco Citibank</i>	<i>22/06/2017</i>	<i>\$561.170.000.00</i>
<i>Banco Agrario</i>	<i>30/06/2017</i>	<i>\$3.702.142.99</i>
	<i>Total</i>	<i>\$21.252.609.462.99</i>

2. Plazo: Desde el día del embargo (débito bancario) hasta el 15 de febrero de 2019.

3. Liquidación: De mercado (Interés compuesto, base 360)

4. Intereses: Tasa de oportunidad WACC, reportada por la G Planeación financiera:

	<i>2017</i>	<i>2018</i>
<i>WACC</i>	<i>11.37%</i>	<i>12.34%</i>

Para el año 2019 se utilizó el WACC vigente del año anterior. Lo anterior en razón a que está en proceso de actualización la presente vigencia”⁸.

Y explicó que “El WACC de las siglas en inglés *Weighted Average Cost of Capital*, también denominado *coste promedio*

⁸ *Ibidem.*

*ponderado del capital (CPPC) es la tasa de descuento que se utiliza para descontar los flujos de caja futuros a la hora de valorar un proyecto de inversión*⁹. Esa fue toda la fundamentación presentada.

Como se puede observar sin esfuerzo hermenéutico, el daño alegado por la incidentante se concreta en haber sido “*privada de sus derechos a disponer*” de los dineros objeto de las cautelas, para “*la realización de inversiones u operaciones propias del giro ordinario de sus negocios*”; lo que le derivó como perjuicio no haber podido lograr u obtener unos rendimientos financieros que tasó en la suma de \$4.695.693.519 reclamada, con corte a 15 de marzo de 2019. Sólo explicó que la referida cifra resulta de aplicar la tasa del método WACC a la rata del 11,37 y 12,34, la primera para el año 2017, y la otra para los calendarios 2018 y 2019.

La entidad bancaria incidentada objetó ese juramento estimatorio; así que la convocante acudió a la utilización de dictamen pericial y prueba testimonial, para demostrar la entidad y cuantía del perjuicio cuestionado. Corresponde ahora examinar los planteamientos de las partes y el soporte probatorio logrado.

7.2. El fundamento fáctico de la pretensión formulada por la incidentista. Es innegable la precariedad que presenta el libelo generador del incidente *sub iudice*, conforme resulta de la reseña que se ha hecho aquí; sin embargo, no carece de los elementos esenciales mínimos para

⁹ Ver pie de página folio 4 del escrito incidental.

identificar la causa fáctica de la indemnización pretendida. Contrario a lo alegado con ahínco por la incidentada, sí se afirmó la existencia de un daño cierto y directo, así como el consiguiente perjuicio, del cual se presentó su cuantificación con una motivación que también fue lacónica, pero con elementos de juicio que permiten su análisis para decidir si puede o no ser acogida.

En efecto, como lo reconoció la misma opositora en su pronunciamiento, “[p]ara la ETB la conducta generadora del perjuicio, fueron los embargos a sus cuentas de ahorro, (...) Para la ETB el daño fue la imposibilidad de invertir los recursos embargados en proyectos, inversiones u operaciones propias del giro ordinario de sus negocios” (Subrayas extra texto). Intentó justificarse alegando que tales cautelas “fueron producto de una solicitud legítima de COLPATRIA dentro del proceso ejecutivo, por lo que no se evidencia culpa o dolo que permita imputarle el perjuicio al Banco, condición subjetiva de total relevancia que ni se enuncia en el incidente, pues a todas luces no existió tal elemento volitivo de causar daño a la ETB.”. También la protesta porque no precisó “**en ningún momento cuáles proyectos, inversiones u operaciones** eran a las que se iban a destinar esos COP \$21.252.609.462, por lo que dicho daño es totalmente incierto y no fue debidamente determinado por la Demandada.”¹⁰ (Negrillas y subrayas del original). Esos argumentos defensivos no tienen virtud alguna para desvirtuar su responsabilidad.

¹⁰ Archivo digital “02 Demanda cuaderno 1 Tomo I”, FL. 212.

En efecto, es un hecho cierto y con sólida prueba, el embargo de \$21.252.609.462 a la promotora incidental, a instancia de la convocada en este trámite; dineros que aquella tenía en las cuentas referidas en el libelo inaugural. Esa cautela fue decretada y se hizo efectiva en las fechas indicadas allí. El embargo en sí mismo es el hecho dañino que sirve de fundamento a la pretensión indemnizatoria en este caso. Y se agrava el mismo por actitudes injustificadas de la misma incidentada, todavía posteriores al decreto de levantamiento de las cautelas.

Es que, inexplicablemente, después de la comentada desafectación, esos dineros no han podido ser entregados a la incidentante porque el apoderado de la promotora del ejecutivo, a pesar de la forma como se resolvió allí, presentó memorial el 27 de septiembre de 2019 solicitando al juzgado que no entregara esos dineros a la ejecutada, sino que los enviara a la DIAN¹¹, a pesar de que esta entidad ni siquiera reportó jamás a ese juicio compulsivo que hubiese proferido alguna medida cautelar sobre bienes de la ejecutada; pero, además, cuando ya la ejecutante carecía de toda legitimación e interés para postular y reclamar acciones o actos que afectaran el patrimonio de la entidad ahora incidentante. Se memora que el fallo de primer grado fue dictado el 20 de junio de 2018 y el de segunda instancia, el 31 de enero de 2019.

Sin duda, esa es una conducta enteramente carente de sustento jurídico y, por lo mismo, contribuyó a incrementar el

¹¹ Cuaderno de primera instancia, 01CuadernoprincipalC1. Archivo 02Demandacuaderno1Tomol.pdf. Fl. 237.

daño; pues, a cuenta de la misma, los dineros no fueron entregados. En efecto, el juzgado emitió varios proveídos requiriendo a la DIAN que informara si aquellos eran objeto de “*concurrencia de cautelas*”, y cuál era el estado del proceso allí adelantado; pero esa entidad siempre informó la existencia de deudas, mas nunca dijo que allí se hubiese proferido alguna medida cautelar sobre tales dineros; al contrario, en la última respuesta dada en oficio fechado 18 de febrero de 2020, dijo que la ETB S.A. E.S.P. no tenía obligaciones pendientes con esa entidad¹².

7.3. La responsabilidad de la incidentada. Conforme lo advierte la jurisprudencia recién citada, es prerrogativa de los acreedores perseguir los bienes del deudor para obtener la satisfacción de sus derechos de crédito; pero, como todas las demás, ésta no puede ser ejercida de modo libérrimo y desmedido. El acreedor puede reclamar y obtener la práctica de cautelas para lograr el pago efectivo de lo que se le adeuda, pero sin afectar injustificada o ilegalmente los derechos de la parte deudora. Por eso, en el canon 599 del C. G. P. – antes el 513 del C. P. C. – se consagran limitaciones al *quantum* de las cautelas. Y por lo mismo es que, si el ejecutado logra tener éxito en las excepciones, probando que no está gravado con la obligación cobrada, tiene derecho a ser indemnizado por los perjuicios que le sean causados; pues, en esos eventos, el ejecutante ha obrado por fuera de lo que la ley le autoriza, evento en el cual su actuar deja de ser legítimo.

¹² *Ibidem.* Fl. 302.

Además del reconocimiento que hizo la incidentada, también se cuenta con el memorial en el que su apoderado solicitó el embargo y secuestro de *“las cuentas corrientes y de ahorro y la retención de las sumas de dinero depositadas y certificados de depósito a término y/o cualquier otro título bancario o financiero que posea EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ SA. E.S.P. ETB S.A. E.S.P.”*¹³, sin absolutamente ninguna limitación. Así que las aludidas cautelas no fueron decretadas y cumplidas por obra de alguien distinto a la entidad ejecutante y ahora incidentada. Pero, además, como se acabó de resaltar en el numeral anterior, la incidentada persistió en solicitar que se mantengan esos dineros por fuera del poder de disposición de aquella, reclamando que sean entregados a la DIAN, sin fundamento ni legitimación para ello, lo que impidió que fueron entregados. De manera que sí está sólidamente probado el nexo causal entre la conducta dañina y el perjuicio cuya indemnización aquí se pretende.

En definitiva, existe cabal certeza jurídica de que sí se causó el daño afirmado por la incidentante, cuyo perjuicio se ha precisado; pero el problema que surge al llegar a este punto es la determinación del monto de este último.

Es apropiado advertir, aunque luzca reiterativo, que los referidos dineros embargados a la incidentante, a pesar del tiempo transcurrido luego de levantada la cautela, siguen sin ser entregados a ella. Por lo menos, hasta el momento de proferir esta sentencia, en el expediente de la presente causa

¹³ 02Cuadernomedidascautelares. Fl.1

no se halla constancia ni acto alguno que dé cuenta, o siguiera permita inferir, que ya fueron entregados.

7.4. La cuantificación del perjuicio. En lo concerniente con este particular aspecto de la controversia es necesario hacer las consideraciones que siguen:

(i) Con el propósito de probar el *quantum* del daño cuya indemnización pretende, la incidentista presentó un dictamen pericial producido a instancia suya por el señor Julio Ernesto Villarreal Navarro, el cual fue sometido a la necesaria publicidad y contradicción. Una vez examinado se concluye que no tiene mérito para lograr su objetivo por las razones que se pasan a explicar:

(a) En el cuestionario formulado no se inquirió por los fundamentos técnicos y científicos de las respuestas buscadas para la demostración del valor del perjuicio, sino por *su opinión experta*”, que llevó al perito a divagar en torno a varios conceptos de distinta naturaleza. Por ejemplo, habló de lucro cesante, de pérdida de oportunidad, “*beneficio económico*”, de “*daño asociado con la rentabilidad*”, e involucrando el concepto de intereses” *como práctica comúnmente aceptada en las finanzas*”; pero no dio ningún soporte fundado y preciso que permitiera establecer lo averiguado. (Folio 274 del archivo 02DemandaCuaderno1Tomol).

(b) Aun sin conocimientos especiales en economía y finanzas, es evidente que no hace distinción alguna entre “*rendimiento financiero*” y “*costo de oportunidad*”, entre las que

ciertamente hay relación indiscutible, pero no sinonimia. No puede ser igual aquel cuando resulta de la simple obtención de intereses de mutuo – que también varían si son comerciales o civiles – de los que se pueden lograr en el “*giro ordinario de los negocios*”, cuyo resultado está sujeto a la naturaleza, tipo de actividad, época y condiciones de mercado – entre muchos otros factores – donde se obtendrá un cálculo porcentual, pero distinto de lo que son tasas de interés, como sugiere aquí el perito. Por otro lado, no explicó en qué se concretó la “*pérdida de oportunidad*” de la incidentante, atendiendo al “*giro ordinario de los negocios*”.

(c) Tampoco hay una explicación razonable para que mezcle los conceptos de pérdida de costo de oportunidad con un cálculo de interés como rendimiento financiero como lucro cesante, y menos la relación entre tales intereses frustrados y el “*costo promedio ponderado de la deuda*” de la empresa. Si se considera este último factor, entonces la tal afectación se concretaría en lo que haya debido pagar la entidad por no haber podido solventar esas obligaciones, pero no por ver frustrado un rendimiento por pérdida de oportunidad.

(d) Una de las preguntas formuladas fue: “2.2.3. Señale cuáles son las metodologías comúnmente utilizadas en la práctica profesional, en la práctica de banca de inversión y en la regulación del sector de telecomunicaciones de Colombia para el cálculo del costo de oportunidad o la tasa de descuento.”; a la cual respondió:

(...) el punto de partida de toda estimación del costo de oportunidad pertinente para valorar un activo/proyecto o para calcular el lucro cesante es entender que no existe una verdad absoluta a la hora de estimarlo, puesto que existen discusiones sobre la pertinencia de las fuentes de información disponibles y la idoneidad metodológica de cómo incorporar variables que no se contemplaron inicialmente en los modelos de cálculo del costo de oportunidad. Por todo lo anterior, el propósito de este documento es presentar el estado del arte en cuanto a la metodología de estimación del costo de oportunidad, incorporando todo el rigor de la academia, el soporte de fuentes públicas y verificables y la práctica más comúnmente utilizada en la economía financiera moderna¹⁴.

(...) El modelo C.A.P.M. fue desarrollado para implementarse en mercados eficientes, profundos y con alta capacidad de diversificación. No obstante, dichos supuestos no necesariamente se cumplen en mercados imperfectos y poco profundos, genéricamente denominados en la banca de inversión como economía emergente que no necesariamente cumple con las condiciones de un mercado eficiente, donde los activos financieros no poseen un mínimo de liquidez y cuya profundidad no ofrece posibilidades de diversificación, es común en la práctica hacer un ajuste al modelo con el fin de incorporar dimensiones de riesgo propias de los mercados emergentes que no

¹⁴ Ver página 25 del dictamen pericial.

incorpora el modelo original. Dicho ajuste común se conoce en la literatura como la prima por Riesgo país.

Es importante mencionar que no existe un consenso práctico ni teórico sobre cómo se mide y cómo se incorpora dicho riesgo país en el cálculo del C.A.P.M.
Hay literatura académica, como bien se ve en las investigaciones del profesor Damodaran (2003), que estipulan las diversas ventajas y desventajas de las diferentes metodologías propuestas tanto para medir como para incorporar el riesgo país en la estimación del Costo de oportunidad. En la literatura académica disponible se habla de al menos cuatro métodos diferentes para medir el riesgo país y de igual manera de al menos tres formas de incorporar el riesgo país en las ecuaciones del C.A.P.M. y del W.A.C.C.

(...) Aunque no es el objeto de este documento, es importante mencionar que cada una de las anteriores opciones implica ciertas suposiciones.

(...) Estimación del costo de Oportunidad.

La sección anterior presenta una explicación de por qué en la práctica no existe tal cosa como un ‘único costo de oportunidad’ para evaluar un proyecto/activo/Inversión. Esto se debe a que existen discusiones empíricas sobre el uso de fuentes de información y respecto a la metodología de cálculo del costo de oportunidad cuando se implementa en un país

emergente. Por consiguiente, sin dar a entender que el siguiente cálculo es el único posible, sí se manifiesta que la estimación del costo de oportunidad que se presenta a continuación se soporta, en su totalidad, en la metodología estándar y más comúnmente implementada en banca de inversión y, además, en fuentes públicas verificables de información.”

Enseguida se ocupa de aplicar el denominado método WACC, sin explicar por qué asumió éste y descartó los otros, a pesar de lo que viene de advertir. Pero, además, le aplicó unas tasas que tampoco tienen explicación fundada y clara; pues, habló de “*tasa de descuento*” sin plantear alguna razón para justificar por qué tienen cabida en este escenario, cuando más adelante vuelve a plantear el asunto como una cuestión de cálculo de lucro cesante. Y tampoco dio justificación alguna para entender por qué consideró una tasa de cambio a dólares, cuando el problema se refiere a un dinero que se hallaba depositado en entidades bancarias en plata colombiana.

(e) Y como si esas inconsistencias no bastaran, enseguida se ocupó de plantear lo que denominó “*Aproximación 1: WACC calculado teniendo en cuenta las Tasas Impositivas Vigentes en Colombia para el periodo en cuestión*” con dos variables que rotuló “*Escenario 1 (desde fecha de embargo hasta 15 de febrero de 2019)*” Y “*Escenario 2 (Desde fecha de embargo hasta 24 de febrero de 2020)*”; y luego hizo lo mismo con otra que llamó “*Aproximación 2*” con el mismo par de variables. Ahí no se halla ningún examen concreto, serio y fundado sobre lo que aquí se necesita establecer, sino apenas unas hipótesis

genéricas y teóricas; pero carentes de soportes y criterios específicos, precisos, fundados en la realidad particular de la entidad afectada con la cautela, para establecer puntualmente la cuantía del perjuicio experimentado. Y en la exposición que hizo en el interrogatorio formulado en la audiencia de pruebas, la situación se mantuvo igual. Simplemente se nota un esfuerzo por fundar como razón del trabajo, su experiencia y crédito profesional.

(f) También se destaca la mención que hizo del cálculo del “*riesgo país*”, uno de los ítems para obtener el costo de la pérdida de oportunidad, sin presentar la fundamentación concreta para el caso, para descartar lo que se ve planteado como simple suposición o hipótesis teórica.

(g) Se destaca que la situación particular y especial de la ETB S.A. E.S.P. no fue tomada en cuenta para establecer la pérdida de oportunidad (rentabilidad mínima esperada) aducida; pues, para tasarla consideró solamente que su actividad es telecomunicaciones, pero no en relación con la empresa en específico, y sin soportes estadísticos, históricos individuales para establecer la rentabilidad reclamada.

(ii) También se recibió el testimonio de Juan Pablo Rojas¹⁵, quien se desempeña en el cargo de Profesional Especializado II de la Dirección de Finanzas Corporativas de la Vicepresidencia Financiera de la ETB. Éste declaró que se enteró del perjuicio porque el área jurídica de la empresa le informó el estimado económico; se refirió a la forma en que se

¹⁵ Ver “*Audiencia 2020 09 17 parte 1. Testimonio*”.

aplica en la empresa el WACC o Coste Ponderado Promedio del Capital. Mencionó que supo que la medida cautelar generó traumatismos para pagar nóminas y obligaciones, también dificultades operacionales, pero ignora si ello generó alguna nota en los estados financieros de la empresa.

(iii) Como se viene de analizar, la incidentante no logró probar el *quantum* del perjuicio que sufrió con la medida cautelar cuestionada; pero, se insiste, hay cabal certeza jurídica de su causación; toda la dificultad está centrada es en la cuantificación. Cuando esa situación acontece no se puede negar la pretensión indemnizatoria, sino que se impone acudir a diferentes criterios para establecer el monto; pues, negar el derecho a quien ciertamente lo tiene, sólo por la dificultad para determinar su aspecto cuantitativo, resulta incompatible con el cardinal valor de la justicia, constituido en imperativo que justifica la existencia misma del Estado y de la Administración de Justicia, según surge del preámbulo y de los artículo 2º, 228 y 230 de nuestra Constitución Política de 1991.

En desarrollo de tal valor, positivizado como derecho fundamental, el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 establece que “[d]entro de cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia, la valoración de daños irrogados a las personas ya las cosas, atenderá a los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.”. Y también el canon 283 del Código General del Proceso, en su inciso final, reiteró ese mandato así: “[e]n todo proceso jurisdiccional la valoración de daños atenderá los

principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.”

(iv) Enfrentando esta situación, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SC15996-2016, de 29 de noviembre de 2016, Rdo. 11001-31-03-018-2005-00488-01, reiteró lo que había planteado en la SC 6 ago. 2009, Rad. 1994-01268-01, donde dijo:

“Evidentemente, en aquellos casos en los que, a raíz de las peculiaridades propias que este ofrece, se carece de la prueba directa que permita establecer, sin mayores tropiezos, la respectiva remuneración pecuniaria -por ejemplo, cuando se tiene certeza de que la víctima ejercía actividades lícitas lucrativas, no en desarrollo de una relación laboral o de una contratación semejante sino de una gestión independiente-, como lo ha dicho la Corte, se tornaría inviable sostener, a rajatabla, que la víctima ‘no las hubiera realizado, o que no se causó o percibió la respectiva contraprestación’; es claro ‘que resultaría abiertamente contrario a la equidad que -por las resaltadas dificultades de tipo probatorio- se negara a los afectados la indemnización a que ciertamente tienen derecho de conformidad con las normas que regulan el tema, contenidas, principalmente, en los artículos 1613, 2341, 2343 y 2356 del Código Civil’; desde luego que ‘hay casos en que sería injusto no concretar el valor de la indemnización so pretexto de que a pesar de estar demostrada la existencia del

daño, su cuantificación no ha sido posible, pues, ante esta circunstancia, el juez... ha de acceder a criterios de equidad que le impiden soslayar los derechos de las víctimas' (...).”.

Y con relación a los criterios que deben ser utilizados en estos eventos, esa Corporación ha explicado:

“(...) los perjuicios que puedan ocasionarse con este tipo de medidas cautelares y que, desde luego, deben ser objeto de indemnización, son aquellos que de manera real, directa y cierta constituyen el daño emergente, como cuando en virtud o con ocasión de tales medidas parece total o parcialmente el derecho o bien que fuera objeto de la correspondiente medida de embargo y secuestro contraria a derecho por haber prosperado la excepción de mérito arriba mencionada; y el lucro cesante, como cuando por causa o por ocasión de la citada medida cautelar que, después hubo de levantarse por ese motivo (Art. 510, numeral 2º, literal d), C.P.C.), se dejaren de percibir o reportar ganancias o provechos económicos (Art. 1614, C.C.). Este lucro cesante puede, según el caso, encontrarse representado en la pérdida de beneficios efectiva y realmente dejados de obtener por habersele impedido con dicha medida una determinada y especial explotación o rentabilidad del bien objeto de la misma, que, de acuerdo con la actividad ordinaria y la destinación del bien, se hubiese injustificadamente frustrado; o bien puede estimarse representado en la rentabilidad que deja de percibirse por incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la

*obligación dineraria debida, que, tratándose de responsabilidad civil extracontractual, **dicha rentabilidad frustrada es, de acuerdo a la regla general (Art. 1617, C.C.) y por no tratarse de un negocio mercantil, del 6% anual (Sentencia 042 del 15 de febrero de 1991).***¹⁶
(Negrillas ajenas al original).

En posterior oportunidad, tratando el mismo tema, con respecto al tipo de interés que se debe utilizar, explicó:

“(..) ha reconocido la jurisprudencia de tiempo atrás, v. gr., en fallo S-021 de 16 de febrero de 1995 exp. 4460, en el que expuso: ‘(..) es completamente distinto de las indemnizaciones en caso de ‘responsabilidad extracontractual (...) de una responsabilidad fundada en el incumplimiento de una obligación derivad[a] de ‘negocios mercantiles’. Porque la ganancia frustrada que se produce por aquella responsabilidad extracontractual no es la regulada ‘en el artículo 884 del C. de Co., exclusiva ‘en los negocios’ e ‘intereses’ estrictamente ‘moratorios’ y ‘mercantiles’; sino que aquella es la contemplada en las ‘reglas generales civiles’; esto es, las del ‘artículo 2341 del Código Civil, en armonía con el artículo 1649 del Código Civil’, lo que indica que la ganancia frustrada causada por el daño ocasionado en responsabilidad aquiliana, debido a falta de norma especial, está representada ‘en los intereses civiles anuales del 6% dejados de percibir

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia 042 del 15 de febrero de 1991, Magistrado Ponente, Pedro Lafont Pianetta.

(art.1617 C.C.)' (sent. n° 042 de 15 de febrero de 1991)."¹⁷

Así también lo ha reconocido esta Sala Civil en asunto de similar entidad¹⁸. Así que abundan razones para que ahora también se resuelva el presente litigio son sujeción a esos mismos criterios de justicia material e igualdad. En efecto, ante la falta de prueba de una pérdida de oportunidad específica, de un preciso proyecto de negocios que ofreciera una determinada rentabilidad, y visto que aquí no se trata de una responsabilidad contractual o de asunto relacionado con un determinado negocio jurídico de naturaleza mercantil, se impone aplicar la tasa de interés civil del seis por ciento anual, y proporcional por fracción de año y de mes. Y se reconocerá desde que se hicieron efectivas cada una de las cautelas hasta que se produzca el efectivo reintegro de aquellos dineros a la incidentista. Es que, de acuerdo con lo que obra en el *dossier*, todavía no le han sido devueltos, como ya se dejó advertido con reiteración.

Es pertinente resaltar que el Juzgado 29 Civil del Circuito de Bogotá, en providencia emitida el 20 de junio de 2018, tras acoger las excepciones de la entidad ejecutada, decretó el levantamiento del embargo y secuestro de los dineros afectados con esas cautelas; y la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en providencia dictada el 22 de junio de 2020 decretó el

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC. 5 de julio de 2011, exp. 19001-3103-003-2000-00183-01

¹⁸ Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil. M. P. Dr. Oscar Fernando Yaya Peña, exp. 11001 3103 019 2016 00342 02

levantamiento de la cautela ordenada en auto de 18 de octubre de 2017; decisión que comunicó al primer despacho mencionado, en oficio de 6 de octubre de 2020¹⁹. Sin embargo, debe insistirse, actualmente se mantienen retenidos esos dineros; pues, nada sugiere siquiera que hayan sido entregados. Al contrario, como se dejó reseñado, al sustentar el recurso de alzada, el apoderado de la incidentante reiteró que sigue privada de la disposición de ese peculio; y se repite que a la fecha de la presente sentencia, no se halla en el proceso prueba o constancia de que ya hubieran sido entregados esos dineros a la incidentante.

Puestas las cosas así, la liquidación hasta la fecha de la presente sentencia es la siguiente:

(a) De acuerdo con oficio enviado por el Banco Itaú²⁰, la cautela se hizo efectiva el 22 de junio de 2017, por valor de \$20.687.737.320, que se hallaban en cuenta de ahorro, y que fueron consignados en el Banco Agrario. Dada la cifra que fue afectada con el embargo, el Juzgado 29 Civil del Circuito de Bogotá emitió providencia el 28 de junio de 2017 cancelando el decreto de embargo de las demás cuentas que había solicitado la ejecutante y ahora incidentada²¹.

Desde indicada fecha del embargo hasta el 12 de noviembre de 2021 (fecha de esta sentencia), porque los dineros todavía siguen sin ser entregados a la incidentante

¹⁹ Archivo 05Solicitudlevantamiento20201120

²⁰ Archivo 02CuadernomedidascautelaresC2. Archivo 01SolicitudMedidasCautelares02. Fl. 17.

²¹ *Ibidem*, fl. 31.

debido a las peticiones que formuló injustificadamente la incidentada, conforme se dejó visto, los intereses civiles causados valen \$5.447.770.827,60.

(b) El Citibank informó el 22 de junio de 2017 al juzgado que decretó la cautela, el embargo de los montos que tenía la entidad ahora incidentante allí guardados en dos cuentas de ahorro y tres corrientes, por valor total de \$561.170.000²². Esos dineros fueron consignados en el Banco Agrario el día 28 de los mismos mes y año; pero, la inmovilización de esos dineros tuvo lugar en la primera fecha indicada.

Por este monto se calculan intereses civiles desde el mismo 22 de junio de 2017 hasta el 12 de noviembre de 2021 (fecha de este fallo) y arroja un total de \$147.774.766,60.

(c) El Banco Agrario de Colombia, el 30 de junio de 2017, ejecutó el embargo de \$3.702.142,99 que tenía en esa entidad la promotora del presente incidente²³. Realizado el cálculo de esa data hasta hoy, el resultado es \$969.961.16.

(d) Atendiendo requerimiento que hizo el Juzgado 29 Civil del Circuito de Bogotá, la Secretaría de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 6 de octubre de 2020, le relató el decreto de la cautela y la decisión última tomada; y le manifestó: *“Sírvasse por tanto realizar el levantamiento de la medida de urgencia que fue comunicada*

²² *Ibidem*, fl. 36.

²³ *Ibidem*, Fl. 62.

mediante Oficio No. 2017-HABM-0971 del 19 de octubre de 2017.”²⁴

(e) La suma de los valores que se vienen de liquidar asciende a \$5.596.515.555,36. Ese ha de ser el monto que se acoja, considerando lo pretendido en los ordinales segundo y tercero del pliego petitorio, conforme se dejó explicado en otro acápite, al tratar la congruencia del fallo.

Ahora, los intereses civiles únicamente comportan el componente de rendimiento financiero, pero no compensan su envilecimiento que fatalmente se produce con el paso del tiempo en una economía frágil en la cual el dinero soporta una rampante pérdida de poder adquisitivo. En cambio, en los intereses comerciales está incluido este factor. Por esa razón, cuando se aplican aquellos, como aquí sucede, hay lugar al reconocimiento de la indexación; pues, resulta imperativo que así sea para poder cumplir con el mandato de obligatorio acatamiento consagrado en los cánones 16 de la Ley 446 de 1998 y 283, inciso último del Código General del Proceso, ya citados, de la “*reparación integral*”, la “*equidad*” y la aplicación de “*los criterios técnicos actuariales*”. Así que se impone aplicar la indexación con el IPC, como instrumento legal técnico para traer a valor presente aquellos montos que fueron embargados a la incidentante. Así lo ha dispuesto este mismo Tribunal en asuntos de similar entidad²⁵. Para ello, se habrá de aplicar la fórmula de actualización de capital atendiendo

²⁴ *Ibidem*. Archivo 08Oficiliolevantamientomedida.

²⁵ Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, Sala de decisión presidida por el Magistrado Dr. Juan Pablo Suárez Orozco, providencia de 31 de mayo de 2017, exp. 11001-31-03-020-2012-00018-02.

al IPC, con los factores que corresponden a junio de 2017 y octubre del presente año.

Atendiendo a la tabla publicada por el DANE, que denomina “*Total, Índice de Precios al Consumidor (IPC)*”- “*Índices Serie de empalme 2003-2021*”, el índice de junio de 2017 es 96,23 y el de 31 de octubre del presente año es 110,06. Así que al aplicar la fórmula Valor histórico por índice final sobre índice inicial:

$$\begin{aligned} \text{VR} &= \text{VH} \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}} \\ \text{VR} &= \$21.252.609.462 \times \frac{110,06}{96,23} \\ \text{VR} &= 21.252.609.462 \times 1.14 = 24.227.974.786,68 \end{aligned}$$

La suma de \$ 24.227.974.786,68 corresponde al valor actual. De este monto se descuenta el valor que fue indexado, \$21.252.609.462, resultando que el monto de la indexación es de \$2.975.365.324,68, que será lo que se reconocerá en este fallo a la incidentante como indexación.

Finalmente, atendiendo a lo dispuesto en la pretensión cuarta de la demanda, pero conforme a las consideraciones ya expuestas en torno a la naturaleza de la obligación que aquí se reconoce, habrá de condenarse a la incidentada a pagar a la incidentante intereses civiles moratorios a la tasa del cero punto cinco por ciento (0.5%) mensual desde la ejecutoria de este fallo hasta que le pague la suma que aquí se ha fijado como indemnización.

8. Conclusión. Por lo expuesto con detalle y amplitud, los reparos formulados por la incidentada no tienen vocación de prosperidad. En cambio, sí le asiste razón a la incidentante al reclamar por no haberse reconocido una cifra superior a la dispuesta en la sentencia de primer grado. En consecuencia, se confirmará ese fallo, pero se modificará lo resuelto en el ordinal primero resolutive en el que decidió “*CONDENAR al Banco Colpatria Red Multibanca Colpatria S.A., al pago de \$4.695.693.519 como perjuicios derivados de la consumación de las medidas cautelares de embargo y retención consumados en curso del proceso ejecutivo*”; en lugar de tal cifra, la condena será por la suma de \$8.571.880.880.04 resultante de la liquidación que se viene de hacer, y de sumar el valor de intereses e indexación causados hasta la fecha de este fallo. En lo demás habrá de confirmarse la sentencia objeto de apelación.

9. Las costas. Por las resultas del recurso, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 392, numerales 1, 4 y 9, del Código de Procedimiento Civil, aplicable a este caso, se habrá de condenar en costas de ambas instancias a la parte demandante. Como agencias en derecho en esta instancia, se fija la suma de tres millones quinientos mil pesos m. l. (\$3.500.000).

LA DECISIÓN

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

administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A :

PRIMERO: se confirma la sentencia de fecha, contenido y procedencia, de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva de este fallo; pero se modifica la condena que se impuso al Banco Colpatria Red Multibanca Colpatria S.A., hoy Scotiabank Colpatria S.A., por la suma de \$4.695.693.519, para fijarla en la cantidad de *ocho mil quinientos setenta y un millones ochocientos ochenta mil ochocientos ochenta pesos con cuatro centavos M. L* (\$8.571.880.880.04) que comprende los intereses civiles y la indexación, en la forma que se dejó explicada en la motivación; y se agrega con la condena a la incidentada a pagar a la incidentante intereses civiles moratorios a la tasa del cero punto cinco por ciento (0.5%) mensual desde la ejecutoria de este fallo hasta que le pague la suma que aquí se ha fijado como indemnización. En todo lo demás allí dispuesto se confirma el fallo de primer grado.

SEGUNDO: se condena en costas de ambas instancias al incidentado Banco Colpatria Red Multibanca Colpatria S.A., hoy Scotiabank Colpatria S.A.. Como agencias en derecho en esta instancia, se fija la suma de tres millones quinientos mil pesos m. 1. (\$3.500.000). La liquidación de costas habrá de realizarse por la secretaria de la primera instancia, conforme lo dispuesto por el artículo 625, numeral

1, literal c) del Código General del Proceso, en armonía con el precepto 366 *ejusdem*.

TERCERO: En firme esta sentencia, devuélvase el proceso a su lugar de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE

JESÚS EMILIO MÚNERA VILLEGAS

Magistrado

MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA

Magistrado

OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA

Magistrado

Firmado Por:

Jesus Emilio Munera Villegas

Magistrado

Sala Civil

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Manuel Alfonso Zamudio Mora
Magistrado
Sala 005 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Oscar Fernando Yaya Peña
Magistrado
Sala 011 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación:

484425ec58520d2c80189cb1fcdfa70bc732766e0c0897
203965f3dc64a32b38

Documento generado en 12/11/2021 09:25:41 AM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Bogotá, D. C., doce (12) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: RICARDO ACOSTA BUITRAGO

PROCESO : Divisorio
DEMANDANTE : Manuel Adriano Sánchez Araque y otros
DEMANDADO : Alfonso Sánchez Barrera y otros
RECURSO : Apelación auto

ASUNTO.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la providencia de 13 de abril de 2021, proferida por el Juzgado 30 Civil del Circuito de esta ciudad, mediante el cual decretó la terminación del proceso por desistimiento tácito.

ANTECEDENTES.

María Victoria, Luis Fernando y Manuel Adriano Sánchez Araque iniciaron demandada, en contra de Alfonso, María Gladys, Martha Lucia y Francisco Luis Sánchez Barrera con el fin de obtener la división material de los inmuebles identificados con los folios de matrícula inmobiliaria No. 50C-0013051 y 50C-0875962050. El 30 de julio de 2010, el Juzgado 5º Civil del Circuito de Bogotá admitió la demanda (Carpeta “CuadernoNo.1Principal”, Archivo “01DemandaFisicayAnexos fls. 1-5). Los demandados se notificaron por intermedio de apoderado judicial el 31 de agosto de 2012, y contestaron en término (fls. 100-105 id.), el 5 de marzo de 2013, se decretaron las pruebas solicitadas (fl.115-117 id.), y el 15 de agosto de 2013, se declaró precluido el debate probatorio (fl.188

id.). El 4 de marzo de 2014, se tomó medida de saneamiento a fin de integrar el contradictorio con el señor Benjamín Sánchez Sopó como litisconsorte necesario por pasiva, los demás comuneros y/o herederos (fl.202-204 id.). Con auto de agosto de 2014, se ordenó a la parte demandante que procediera a vincular a Miguel, Antonio, Inés y Gladys Sánchez Velandia, herederos del señor mencionado y que informara en dónde cursa o cursó la sucesión (fl. 219 y 220 id.). El juzgado también dispuso el emplazamiento de los herederos del señor Sánchez Sopó en auto de 2 de septiembre de 2014 (fl.247 id.), se les designó curador ad litem, quien contestó la demanda y no presentó excepciones (fls. 265-268 id.). El 28 de abril de 2017, se autorizó al demandante para allegar dictamen pericial a fin de determinar el valor de los bienes y el tipo de división (fl.299 id.). El 24 de febrero de 2020, se requirió a la parte actora para que, en el término de 30 días, so pena de dar aplicación a lo previsto en el art. 317 del C.G.P., aportara: (i) registro de defunción del señor Benjamín Sánchez Sopó (q.e.p.d.), (ii) registros civiles de nacimiento de los señores Miguel, Antonio, Inés y Gladys Sánchez Velandia, entre otros (fl. 393 id.), el 13 de abril de 2021, se decretó la terminación del proceso por desistimiento tácito (fl.402 id.).

Inconforme con tal decisión la parte demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación.

LOS RECURSOS.

La abogada censora alegó¹ que: (i) el auto es ilegal por defecto procedimental por exceso ritual manifiesto ya que utiliza los procedimientos como un obstáculo para la eficacia del derecho sustancial, (ii) hizo un recuento de las actuaciones y señaló que presentó la escritura pública No. 2935 de 24 de octubre de 2008, en donde consta la venta de los derechos herenciales de estos últimos a los señores

¹ Cfr. Carpeta “CuadernoNo.1Principal”, Archivo “02Reposicion”

Alfonso, María Gladys, Martha Lucia y Francisco Luis Sánchez Barrera, y se manifestó bajo la gravedad de juramento que se desconocía el lugar donde se adelanta o adelantó el proceso de sucesión y se puso de presente qué personas pueden obtener copias certificadas de las actas de nacimiento o defunción, (iii) que surtido el emplazamiento de herederos y designado el curador quien no excepcionó, de manera arbitraria, irracional y caprichosa el juzgado profiere el auto censurado ante la falta de cumplimiento de una hipotética carga procesal no ejecutada, sin tener en cuenta que ya se encuentran debidamente representados en el proceso, pasando por alto que el proceso lleva 12 años en trámite, (iv) la calidad de heredero debe ser acreditada con la exhibición del respectivo documento por el mismo, y (v) no se daban los presupuestos de la norma para aplicar la sanción, pues no tenía la obligación de aportar los documentos requeridos, ni tampoco conocer el proceso sucesorio del comunero, lo cual no es óbice para dar continuidad al trámite de división.

La parte demandada solicitó que se mantuviera la decisión.

El *a quo* confirmó su proveído el 13 de agosto de 2021 y concedió la alzada en efecto suspensivo.

El expediente se radicó en el Tribunal el 6 de octubre de 2021.

CONSIDERACIONES

Para que opere la sanción de terminación por desistimiento tácito, en el caso del numeral 1º del art. 317 del C.G.P., se requiere el cumplimiento de una carga procesal o de un acto de parte para continuar con el trámite de la demanda el cual, según la orden judicial, se deberá agotar en el término de 30 días, so pena de finalizar la actuación, es decir, no se trata de cualquier imposición en los términos de la precitada norma en tanto, debe ser una indispensable para proseguir la actuación, sin que el juez,

en ejercicio de sus poderes ordinarios, pueda garantizar la prosecución del trámite².

La decisión del juez en el auto de 24 de febrero de 2020, de pedir que se allegara el registro civil de defunción de Benjamín Sánchez Sopo (q.e.p.d), y los registros civiles de nacimiento de Miguel Antonio Sánchez Velandia, Inés Sánchez Velandia y Gladys Sánchez Velandia tuvo como fundamento “que los mismos no reposan dentro del expediente y, por tal, la legitimación en la causa por pasiva es incierta, en tanto no se comprobó la muerte del señor Sánchez Sopó Benjamín, ni la calidad que se les endilgó a sus presuntos herederos determinados”, y que “era necesario demostrar que estaba integrado en debida forma el contradictorio con los documentos dejados de aportar por la parte demandante”, según lo dijo al resolver el recurso de reposición el 13 de agosto de 2021.

No obstante, pese a que el aquí recurrente no realizó reparo alguno frente a la providencia mediante la que se le solicitó que se aportara la documental reseñada, y tampoco le informó donde podía obtenerla conforme el numeral 1 del art. 85 del C.G.P., antes arts. 78 y 79 del C.P.C., como erradamente lo aduce en su sustentación, pues no expuso observación en tal sentido en el memorial de 25 de agosto de 2014, se advierte que los herederos determinados del señor Sánchez Sopó (q.e.p.d.) se encuentran debidamente representados al interior de las diligencias por intermedio de curador ad litem, aunado al hecho de que ocasión del requerimiento efectuado en auto de 1º de agosto de 2014, con el que se ordenó integrar el contradictorio con los herederos, cónyuge, albacea, o curador del causante mencionado y allegar copia de la escritura pública No. 2935 del 24 de octubre de 2008 señalada en la anotación No. 10 del certificado de tradición y libertad del inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 50C-13052, se

² Sentencia C-553 de 2016

evidencia que los señores Sánchez Velandia, herederos del fallecido vendieron sus derechos sucesorales a los aquí demandados Sánchez Barrera, y en la cláusula segunda de la mentada escritura se plasmó que “... los vendedores adquirieron los derechos y acciones vinculados al inmueble aquí determinados por ministerio de la ley en su calidad de legítimos herederos del señor Benjamín Sánchez Sopó, como se demuestra con los certificados de registro civil de nacimiento de los vendedores y el certificado de defunción del causante, que se protocolizan en esta escritura”, sin embargo, en la copia allegada no se encuentran adjuntos.

En ese orden de ideas, existiendo dudas sobre la legitimación pasiva que adujo el funcionario, la determinación de verificar si estaba integrado debidamente el contradictorio y que la legitimación en la causa por pasiva “resulta incierta”, es un aspecto que debía estar dilucidado desde el momento de la admisión de la demanda, dada la naturaleza de la acción, la que precisamente requiere propiedad común de las partes y que se encuentren convocados a juicio la totalidad de los titulares de derecho real, máxime si se tiene en cuenta que al momento de admitir la demanda se omitió incluir como demandado al señor Benjamín Sánchez Sopó y se pasó por alto la venta de derechos sucesorales que realizaron sus herederos respecto del predio identificado con el folio de matrícula No. 50C-13051, la cual, cabe resaltar, fue anterior a la presentación del libelo; empero, si llegada esta etapa procesal al juez se le presentan dudas, no es que se censure su intención de esclarecer la situación, sino que lo haya hecho imponiéndole a la parte actora la carga de acreditarlo, cuando el artículo 61 del C.G.P. la delega al juez, incluso previendo la suspensión del proceso durante el término que tienen para comparecer (inc. 2).

Si lo avistado en el auto fue considerado como necesario para proseguir el proceso, debió tener en cuenta que, tal como lo dijo el recurrente en los fundamentos del presente recurso, que no le era posible obtener las

copias de los registros conforme la ley, por lo que era el *a quo*, en uso de sus poderes para decretar las pruebas de oficio que considere necesarias para verificar los hechos -art. 42 C.G.P.-, quien debía asumir la carga para obtenerlas de la Notaría 55 donde se encuentran “protocolizadas”, según lo menciona el texto de la escritura 2935 -parte final de la cláusula 2-, presentada por la parte sin dichos anexos³, y de los cuales, según dijo el recurrente, no puede allegarlos, razón por la cual no había lugar a requerir el cumplimiento de esa carga en los términos del art. 317 del C.G.P., ni dar aplicación a la sanción que prevé la norma.

Es que no puede olvidarse que, en general, las cargas procesales “son aquellas situaciones instituidas por la ley que comportan o demandan una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés propio del sujeto y cuya omisión trae aparejadas consecuencias desfavorables, como la preclusión de una oportunidad o un derecho procesal e inclusive hasta la pérdida del derecho pretendido”⁴, pero no todo incumplimiento de estas cargas puede acarrear sanción de terminación del proceso por desistimiento, puesto que solo puede aplicarse respecto de aquellas que no puede el juez cumplir oficiosamente.

En ese orden de ideas, se revocará la decisión censurada para que, en su lugar, el *a quo* tome las medidas pertinentes y continúe con la actuación correspondiente, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 409 del C.G.P., y siguientes.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá-Sala Civil,

³ Pág. 315, Archivo 01DemandaFisicayAnexos

⁴ STC- 4339-2018

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la providencia de 13 de abril de 2021, proferida por el Juzgado 30 Civil del Circuito de esta ciudad, por las razones esbozadas.

SEGUNDO: Sin condena en costas ante la prosperidad del recurso.

TERCERO: Oportunamente, devuélvanse las diligencias al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE


RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C. Sala Civil

**Magistrado Ponente:
MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ**

Bogotá D.C., doce (12) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Ref: Proceso ordinario No. 110013103031201600132 01

Se decide el recurso de apelación interpuesto por los demandantes contra la sentencia de 11 de junio de 2021, proferida por el Juzgado 31 Civil del Circuito de la ciudad en el proceso que promovieron contra el Politécnico Grancolombiano.

RESEÑA DEL LITIGIO Y DEL PROCESO

1. Los señores Ricardo Ospina García, Francisco Jesús Pacheco Alba, José Alirio Rojas Romero, Gabriel Vidal Martín León, Hely Yesid Suárez Ramírez, Edgar Orlando Suárez y Alquiver López Castro demandaron al Politécnico Grancolombiano para que se declare que cada uno adquirió, por prescripción extraordinaria, el dominio de los inmuebles ubicados en la Transversal 113 # 64 D 70 MJ 7, 82 MJ, 78 MJ, 76 MJ, 64 MJ y 56 MJ de la ciudad, que hacen parte de un lote de mayor extensión identificado con la matrícula inmobiliaria No. 50C-1352403.

2. Para sustentar sus pretensiones, manifestaron poseer quieta y pacíficamente los inmuebles, sobre los cuales han realizado actos de señorío “hace más de 10 años y 6 meses” (p. 189, cdno. principal), explotándolos económicamente, construyendo viviendas, dotándolos de servicios públicos domiciliarios, montando su microempresa familiar o arrendándolos.

Adujeron que para junio de 2005 Ricardo Ospina jugaba futbol en el terreno con sus compañeros de trabajo en la empresa JAS, habiendo entrado en posesión en marzo de 2006, sin que nadie le reclamara derechos; que en abril de ese año, Francisco Jesús Pacheco Alba, José Alirio Rojas Romero y Edgar Orlando Suárez le compraron la posesión a un señor llamado Carlos Alberto (p. 189, ib.), quien era un reciclador que vivía en el lugar; y que Gabriel Vidal Martín, Hely Yesid Suárez Ramírez y Alquiver López Castro recibieron la posesión de Edgar Orlando Suárez, “como pago de una deuda adquirida por negocios con cada uno de ellos, finalizando abril de 2006” (p. 189).

3. El Politécnico Grancolombiano se opuso a las pretensiones y formuló las defensas que denominó (i) “el Politécnico Grancolombiano ha ejercido la posesión sobre el inmueble cuya pertenencia es pretendida a través de la subdivisión hecha por los demandantes”; (ii) “actos del tenedor como causahabiente del Politécnico Grancolombiano”; (iii) “ejercicio de los derechos de posesión al estar en curso solicitud de resolución del contrato de promesa de compraventa”; (iv) “reconocimiento de posesión por parte de terceros y ejercicio de la misma por parte del Politécnico Grancolombiano”; y (v) “mala fe de los demandantes” (p. 963 a 974, cdno. principal).

El curador *ad litem* de las personas indeterminadas también planteó oposición, alegando la “falta de planteamiento y pruebas suficientes del requisito de publicidad de todas y c/u de las posesiones por todos y c/u de los poseedores” (pp. 2199 a 2201, cdno. principal).

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Para negar las pretensiones, el juez consideró que los demandantes no acreditaron posesión desde junio de 2006, teniendo en cuenta la fecha en la que se presentó la demanda (29 de junio de 2016).

Señaló que el análisis de los testimonios traídos por ambas partes requería una valoración crítica para determinar qué versiones fueron corroboradas con otros medios probatorios, puesto que, de un lado, los testigos de los

demandantes coincidieron al afirmar que, en general, entraron en posesión desde marzo o abril de 2006, época desde la cual ejercieron diferentes actos de señorío, y del otro, los testigos del demandado concordaron en que el inmueble no tenía construcciones, ni estaba habitado en el año 2007. En este laborío, coligió que la declaración de los últimos declarantes tiene respaldo en otras pruebas, a saber:

a. El avalúo elaborado en enero de 2007, en el que se observan fotografías del inmueble sin evidencia de ocupación. Aunque los demandantes manifestaron que esas fotos no corresponden a ese año, no hay otra prueba de su afirmación distinta a su propio dicho.

b. Las declaraciones de parte que rindieron Ricardo Ospina y Francisco Pacheco, en las que admitieron haber firmado los contratos de arrendamiento celebrados con Orlando Antonio Zuluaga, a pesar de no reconocer su contenido, desvirtuándose así su posesión.

c. El trabajo pericial elaborado en octubre de 2009, obrante en el proceso adelantado ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el que el experto describió el predio y manifestó que era usado para actividades industriales y sin construcciones, contradiciendo el dicho de los demandantes, quienes afirmaron que desde un comienzo hicieron obras, sin que exista explicación sobre por qué, casi después de tres años de haber iniciado la posesión, no se levantó ninguna construcción.

Finalmente, precisó que la inactividad del demandado no genera, por sí sola, posesión en los demandantes, máxime si se tiene en cuenta que el Politécnico creía que el bien estaba habitado por arrendatarios, por lo cual es aplicable lo previsto en el artículo 2520 del Código Civil.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Los demandantes pidieron revocar la sentencia, para lo cual reiteraron que los testimonios y las demás pruebas daban certeza de la posesión ejercida desde marzo y abril de 2006.

Repararon en la falta de confrontación de los elementos de convicción en los que se fundamentó el fallo, que “no hacen parte del proceso de pertenencia, como los contratos de arrendamiento de la demanda excluyente que fue rechazada por el mismo juez” (p. 3, archivo 17, cdno. principal)

Sobre la valoración del testimonio rendido por Pablo Sergio Ramírez, señalaron que el juzgador omitió que el avalúo contradijo lo afirmado por el testigo, pues el documento refiere que se ingresó al predio para la inspección visual, pero en su versión manifestó que no fue necesario hacerlo para tomar las fotografías por tratarse de un lote. Además, la sentencia desconoció otras inconsistencias, pues dijo haberse percatado del subarriendo en las visitas que hizo en 2006 y 2007, pese a que el contrato fue suscrito en febrero de este último año; más aún, reconoció haber visto que en el lote estaban almacenando casetones de guadua, por lo que no podría estar deshabitado, como “se ve en las fotografías de [Secretaría de] hábitat” (p. 5, ib.) y se deduce de los testimonios. Por esta razón también cuestionaron el testimonio de Luis Carlos Cortés.

Insistieron en que las fotografías anexas al avalúo que elaboró Marco Quimbay “no coinciden con el predio al momento de la visita” (p. 6, ib.). Por eso se aportaron “dos aerografías del año 2007 y 2009 que demuestran, en primer lugar (sic), el lote en posesión”, observándose “claramente la existencia y posesión (...) y la división dentro del predio que desvirtúa totalmente las demás pruebas documentales y testimoniales” (p. 10, ib.), así como “un cd que contiene la valla de dicha urbanización y fotografía del año 2005 tomada por uno de los demandantes” (p. 11, ib.). De igual manera, el conjunto residencial que se observa en una de las fotografías del avalúo refleja su estado antes de la entrega del proyecto, que se adelantó desde julio de 2006, por lo que, para el año 2007, el referido conjunto ya se encontraba habitado.

Agregaron que en la respuesta a las excepciones manifestaron que el avalúo no tendría validez mientras no fuera ratificado (p. 8, ib.), por lo que era aplicable el artículo 262 del CGP. Pero, además, nada permitía afirmar que

el avalúo fue elaborado en el año 2007, máxime si contiene documentos públicos que no coinciden con esa fecha (p. 8, ib), concretamente la matricula inmobiliaria impresa en noviembre de 2005, el certificado de nomenclatura expedido en 2006 y el pago del impuesto predial de esa anualidad.

En relación con el dictamen pericial que obró en el proceso contencioso, aseveraron que existían pruebas que lo contradecían, como las aerofotografías que evidencian la ocupación del predio, las actas de la Secretaría de Hábitat de 15 de marzo de 2009, 21 de octubre de 2010, 14 de agosto de 2013 y 15 de julio de 2014, de las que podía extraerse el avance de las mejoras y las construcciones realizadas.

Cuestionaron la aplicación del artículo 2520 del Código Civil, pues la consideración según la cual la “demandada no tenía conocimiento de la existencia de la posesión de mis mandantes porque ellos tenían la creencia que los poseedores eran arrendatarios o subarrendatarios no tiene fundamento alguno” (p. 14, ib.). Por el contrario, el Politécnico Grancolombiano tuvo conocimiento de la Resolución 147 de 2008 y del concepto técnico de marzo de 2010, por lo que, desde el año 2010, sabía de la existencia de los poseedores.

Finalmente, en cuanto a los contratos de arrendamiento suscritos por Francisco Pacheco y Ricardo Ospina, expresaron que hacían parte de la demanda excluyente que fue rechazada, por lo que no podían ser apreciados sin violar el debido proceso de los demandantes. Incluso, el juez omitió que los testigos desconocían al presunto arrendador, y quienes adujeron conocerlo señalaron que nunca fue poseedor ni arrendador. Más aún, los contratos no están autenticados y tienen “sellos del año 2014” (p. 15, ib.).

CONSIDERACIONES

1. La Sala no reprocha los presupuestos procesales. El procedimiento tampoco presenta mácula que impida la decisión final del conflicto, sin que a ello se oponga – por los perfiles de este caso - el hecho de haberse configurado la inclusión del juicio en el registro nacional de personas

emplazadas como un asunto “privado” (p. 2188, cdno. 1), no sólo porque sí hubo registro, aunque con ciertas restricciones de acceso que ya se superaron – como se comprueba al hacer el ingreso, según constancia que obra en el expediente -, sino también porque es tan ostensible la falta de fundamento de la pretensión, que repetir ese específico acto y lo que a ello le sigue constituiría un típico exceso ritual manifiesto, e incluso una gestión procesal inútil con la que se pasaría por alto que, por mandato de la Constitución Política, en las actuaciones judiciales prevalecerá el derecho sustancial, como también lo reitera el artículo 11 del CGP.

Pero, además, nadie ha alegado esa vicisitud; ninguna de las partes se ha quejado de ella; más aún, en rigor, ninguna tiene interés en hacerlo, dada la limitación prevista en el inciso 3º del artículo 135 del CGP. Y, lo que es más importante, así el registro hubiese quedado “abierto”, lo cierto es que el derecho sustancial dispone que se le niegue a los demandantes la prescripción adquisitiva, como se explicará a continuación. ¿Para qué perder más tiempo en un asunto cuyo resultado ya se sabe? Demandantes y demandado tienen derecho a que la justicia resuelva su litigio; ya lo hizo el juez y ahora le corresponde al Tribunal Superior cumplir con su deber, sin más dilaciones.

2. Son dos los requisitos que debe acreditar la persona que pretenda obtener la declaración de pertenencia de un bien por prescripción extraordinaria: posesión material y ejercicio público e ininterrumpido de la misma por el tiempo establecido en la ley (C.C., arts. 2512, 2518, 2522, 2527 y 2531).

La primera, a voces del artículo 762 del Código Civil, es la tenencia de una cosa con ánimo de señor y dueño, por lo que resulta claro que para poseer no es suficiente detentar, en la medida en que se hace necesario, además, ejercer actos públicos de verdadero señorío a partir de los cuales sea posible afirmar que la persona que los ejecuta es la propietaria. De allí la presunción de dominio contenida en el inciso 2º de la referida disposición. Por eso la Corte Suprema de Justicia, de tiempo atrás, ha señalado que “la posesión no se configura jurídicamente con los simples actos materiales o mera tenencia

que percibieron los declarantes como hecho externo o *corpus* aprehensible por los sentidos, sino que requiere esencialmente la intención de ser dueño, *animus domini* –o de hacerse dueño, *animus res sibi habendi*–, elemento intrínseco que escapa a la percepción de los sentidos. Claro está que ese elemento interno o volitivo, intencional, se puede presumir ante la existencia de los hechos externos, mientras no aparezcan otros que demuestren lo contrario”¹.

La segunda exigencia, esto es, el tiempo, se erige en un factor que consolida la condición de poseedor material en el prescribiente, puesto que descarta toda hipótesis de transitoriedad en el ejercicio de la posesión y, al propio tiempo, devela la inactividad por parte del titular del derecho real; al fin y al cabo, en la prescripción "hay un fondo de justicia en reconocer derecho, por el transcurso del tiempo, a quien ha explotado el bien para utilidad común, y en desconocer toda pretensión al propietario que no cumplió la obligación de ejercer su derecho para servir a la sociedad”².

Por su importancia se debe destacar que el poseedor prescribiente tiene la carga de probar, como lo dispone el artículo 167 del CGP, que ejerció posesión durante todo el tiempo exigido por la ley. No le basta, entonces, aportar pruebas de unos actos de señorío en determinada época, sino que es necesario evidenciar que los materializó durante la decena de años que debe transcurrir para que se abra paso la prescripción adquisitiva extraordinaria. El punto no es la uniformidad u homogeneidad, pues que pueden ser de diferente naturaleza; la cuestión es de continuidad, de manera que no quede duda de que lo suyo es una posesión permanente e ininterrumpida.

2. En el caso que ocupa la atención de la Sala, fue probado que los demandantes ocupan los inmuebles respecto de los cuales pretenden la declaración de pertenencia; sin embargo, no demostraron que hubieren ejercido posesión material por un tiempo igual o superior a 10 años (Ley 791 de 2002, art. 6º).

¹ G.J. LXXXIII, p. 770. Sentencia de 9 de noviembre de 1956

² Cas Civ. Sentencia de constitucionalidad de 4 de mayo de 1989. Exp. 1880

En efecto, los testimonios recaudados en audiencia de 2 y 3 de diciembre de 2020 no son útiles para ese propósito, pues aunque refirieron, en términos generales, que los demandantes ingresaron a los predios entre marzo y abril de 2006, lo mismo que la existencia de ciertas construcciones, no pudieron precisar el momento en el que fueron realizadas y su naturaleza, entre otros aspectos. Veamos:

a. Oriol Arias Rojas señaló que conocía el inmueble desde hacía 18 o 20 años y reconoció a los demandantes como dueños, “porque siempre los he distinguido ahí” (audiencia min. 8:41), lo que, desde luego, es insuficiente para generar esa conclusión; aseveró que Francisco Pacheco cercó el predio e instaló servicios públicos, al igual que José Alirio Rojas y Ricardo Ospina, sin precisar la razón de la ciencia de su dicho, pues escuetamente afirmó que el primero de ellos le permitió estacionar su vehículo en el predio en el año “2006, 2007, marzo” – y durante 3 o 4 años más – (min. 6:27), hecho que por sí solo no dice nada de la posesión material, puesto que no es acto exclusivo de un dueño, sino también de un administrador o un tenedor (tal vez por eso el testigo dijo que “no se si era comprado”; min. 6:55), amén de que no existe un principio de prueba por escrito que corrobore esa afirmación, lo que da lugar al indicio grave de inexistencia previsto en el artículo 225 del CGP. Cosas de la limitación a la eficacia del testimonio. En todo caso, la relación de fechas no autoriza afirmar actos posesorios durante todo el término que exige la ley, menos si el propio testigo aceptó que desconocía cómo fue que los demandantes ingresaron a los predios, que no sabía en qué momento llegaron y que sólo conoce a “Francisco, Alirio, Alquiver y Gabriel”, no así a los otros.

b. Carlos Julio Hernández comenzó su relato indicando que no conocía a Hely Yesid Suárez ni a Edgar Orlando Suárez; a Gabriel Vidal dijo haberlo visto pero no tener afinidad. Se refirió, especialmente a la situación del señor Francisco Pacheco, su “compadre”, por tener una cercana relación, de quien aseguró que ingresó al predio en marzo de 2006, aunque dijo desconocer las condiciones bajo las cuales lo adquirió. De su versión no es

posible colegir que a partir de ese puntual año el señor Pacheco materializó acto específicos de señorío. En general, su relato es muy impreciso.

c. Jesús Elías Aya Montero adujo que conocía a los demandantes desde hacía 14 años, y a Alirio Rojas hace 25 años porque es su cuñado y trabaja con él; agregó que el señor Rojas construyó una cerca en el predio desde que ingresó en marzo de 2006, pero no dio cuenta de las razones por las cuales lo hizo, o a qué título. En general, mucho de lo que dijo saber tiene como fuente al propio señor Rojas, toda vez que fue él quien le comentó sobre el negocio de compra. Respecto de los demás, adujo considerarlos dueños porque “siempre los he visto ahí” haciendo mejoras (min. 51:13), sin precisar cuáles. Su versión, entonces, adolece de suficiencia y precisión.

d. Vitelvina Cárdenas Pérez manifestó que reconocía a los demandantes como dueños porque siempre los había visto ahí, más no dio la razón de su dicho. Añadió que el señor Alquiver López era su yerno, que le constaba que después de recibir el inmueble en abril de 2006 cercó con tejas y que, posteriormente, construyó una bodega, una habitación y baños (audiencia min. 1:13:03), pero no precisó de dónde provenía su conocimiento de esos específicos hechos (el sólo parentesco es insuficiente), como tampoco la época en que tales actos se verificaron. Y sobre los demás demandantes adujo que no sabía mucho, ni siquiera de la época en que ingresaron; que no conocía detalles.

e. Jesús Armando López Murcia expresó que conocía a los demandantes desde febrero de 2007, fecha para la cual advirtió que ya se encontraban en el inmueble (audiencia, min. 11:41); por tanto, su declaración es insuficiente para probar el plazo de diez años requerido para este caso. Señaló que construyeron e instalaron servicios, pero lo justificó en que “trabajaba por ahí” (min. 11:15), sin conocer cómo fue que entraron en posesión. En todo caso, reconoció que no sabía cómo ingresaron, y sólo hizo referencia a la instalación de un portón.

f. Luis Alberto Avendaño Parra refirió que solamente conocía a los señores Edgar Orlando Suárez y Alquiver López. Además, que al visitar al

primero en el año 2007, se dio cuenta de que el predio estaba cercado y con una bodega (audiencia min. 32:04), y que Alquiver le comentó que hizo el negocio para adquirir en 2007 (audiencia min. 29:08). La época de su conocimiento apenas daría cuenta de nueve (9) años para el momento de la demanda (junio de 2016), amén de que, respecto del último, es testigo de oídas en lo relativo al contrato, sin que, en adición, hubiere informado quién o por cuenta de quién se levantaron la cerca y la edificación.

g. Las declaraciones de Miguel Ángel Díaz Aya, quien dijo que José Alirio Rojas es esposo de su tía, que trabaja hace dos años en el predio, pero desconoce hace cuánto tiempo que funciona la fábrica en ese lugar, lo mismo que la de Jessica Liseth López Vargas, hija de Alquiver López, al que tiene como dueño desde hace unos 11 años (pruebas recaudadas en la inspección judicial que se verificó el 26 de septiembre de 2018), no son suficientes con sólo reparar en el tiempo.

Si se analizan estas versiones de manera conjunta, evidencian que la mayoría no tiene conocimiento directo de la forma como los demandantes ingresaron a los predios; deducen la propiedad en ellos por el hecho de ocupar los inmuebles, lo que sólo refiere tenencia; algunos, hay que reconocerlo, dan cuenta de ciertas mejoras pero con mucha imprecisión sobre su época y naturaleza; y varios declarantes circunscribieron su relato a uno o dos demandantes con quien tienen parentesco (cuñado, yerno) o cierta relación (compadre), quedando débil la prueba respecto de los demás prescribientes.

Ahora, si los testimonios se analizan conjuntamente con los demás medios probatorios, la plataforma probatoria no mejora. Obsérvese, por ejemplo, que las actas de visita adelantadas por la Secretaría Distrital de Hábitat los días 21 de octubre de 2010, 14 de agosto de 2013 y 18 de marzo de 2014 dan cuenta, la primera, de construcciones en el predio **“en proceso de consolidación”, “tipo enramada”, con “plástico, madera”**; la segunda, de **“viviendas construidas en material reciclado en malas condiciones”, “de origen informal y formal”**; y la tercera de **“viviendas y bodegas de reciclaje”, “temporales” y “en proceso de consolidación”** (se resalta; pp.

517, 548 y 565, cdno. principal). Luego esos documentos y declaraciones no permiten afirmar el ejercicio de actos de señorío desde el año 2006. Incluso, la mas antigua de ellas, de 15 de abril de 2009, refiere “**2 mejoras provisionales**. Cerramiento en bambú. Vías sin pavimentar. Sin andenes. **Sin inf (sic) de servicios públicos**. Destinado a la elaboración de casetones” (se resalta; pp. 694 a 698, ib.). Y como las aerografías tomadas por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi corresponden a los años 2007 y 2009, ambas del 10 de noviembre (pp. 2256 y 2261, cdno. principal), tampoco son prueba de actos posesorios en época anterior a esa primera anualidad.

En este orden de ideas, serias dudas quedan sobre la realización de esos actos entre marzo de 2006 y abril de 2009, lo que resulta relevante si se repara en que la demanda fue radicada el 29 de junio de 2016. Más aún, contrario a las aseveraciones de los referidos testigos, al expediente fue allegada prueba sobre la inexistencia de construcciones en el inmueble para el año 2006, específicamente el avalúo comercial elaborado en enero de 2007 por el ingeniero Marco Antonio Quimbay Castro (pp. 929 a 959, cdno. principal), en el que se observa un registro fotográfico del lote sin ninguna edificación o división; apenas una cerca de alambre. Desde luego que la inclusión en la experticia de documentos anteriores a ese mes y año no altera la conclusión, pues las fotografías que la acompañan dan cuenta del estado del terreno objeto de la demanda, sin que las desvirtúen las imágenes allegadas por los demandantes, relativas a un predio vecino (archivo 05, cdno. principal).

Por consiguiente, aunque se acepte que los demandantes han levantado construcciones y, en general, realizado ciertos actos de señorío, no se probó que, para la época de presentación de la demanda, tenían diez o más años de ejercicio continuo e ininterrumpido de posesión.

Es importante señalar que el avalúo en cuestión fue admitido como prueba, sin que los demandantes pidieran su contradicción en los términos del artículo 228 del CGP. El juez se equivocó al considerarlo como documento, para los efectos del artículo 262 de esa codificación, y los apelantes yerran al protestar por no haberse ratificado. Al fin y al cabo, una peritación tiene un régimen

especial que difiere de la prueba documental, esta sí sujeta a ratificación cuando su contenido es meramente declarativo. No es posible confundir el continente con el contenido.

Ahora bien. Por razón de su fecha, los siguientes documentos tampoco sirven para probar una posesión material por diez (10) años: (a) las resoluciones de 12 de abril de 2016 expedidas por la subgerencia de información física y jurídica de la Unidad Administrativa Especial de Catastro Distrital, por medio de las cuales se incorporaron mejoras al predio a nombre de Ricardo Ospina García (pp. 45 y 126, ib.), Francisco Jesús Pacheco Alba (p. 81, ib.), José Alirio Rojas Romero (p. 89, ib.), Gabriel Vidal Martín León (p. 97, ib.), Hely Yesid Suárez Ramírez (p. 104, ib.), Edgar Orlando Suárez (p. 112, ib.) y Alquiver López Castro (p. 120, ib.); (b) la factura por el servicio público de energía de mayo de 2016, con advertencia “apreciado cliente su cuenta se encuentra en mora” (pp. 130 y 131, ib.); (c) la información catastral del inmueble identificado con la cédula catastral 005637865200000000 para el año 2015 (p. 167, ib.), y (d) el reporte de posicionamiento GPS de 27 de enero de 2015, elaborado por Daniel Guerrero, que da cuenta de la localización e impronta del inmueble (p. 179, cdno. principal).

Dos cosas más: Es cierto que los contratos de arrendamiento suscritos por los señores Ricardo Ospina García y Francisco Jesús Pacheco Alba con Orlando Antonio Zuluaga Ramírez, allegados con la demanda de intervención excluyente que este último presentó, no pueden ser apreciados porque ese escrito fue rechazado (p. 64, cdno. 2). Sin embargo, que esos *documentos* no sean prueba del proceso no significa que deba descartarse la *declaración de parte y la confesión* de los señores Ospina y Pacheco, quienes admitieron haber firmado esos negocios jurídicos (audiencia, min. 42:55 y 1:22:29), así hubieren desconocido el contenido. Por tanto, en relación con esos demandantes, es necesario aceptar que ingresaron como arrendatarios, sin que se haya acreditado la interversión del título.

Con otras palabras, con fundamento en su versión y no en los documentos, el Tribunal debe concluir, como lo hizo el juzgador, que los señores Ospina y Pacheco accedieron al predio como meros tenedores, lo que excluye toda

posibilidad de abrirle paso a sus pretensiones, máxime si ninguno de ellos probó que en determinado momento mudó su calidad a la de poseedor material. No se olvide que “el simple lapso del tiempo no muda la mera tenencia en posesión” (C.C., art. 777). Por tanto, si los referidos demandantes entraron a los predios materia del proceso como tenedores, debe considerarse que en esa calidad los ocupan. Y no se diga que la mutación fue probada por haberse hecho mejoras, habida cuenta que estas pueden realizarla los arrendatarios, como se desprende con facilidad de las normas que regulan ese contrato (CC, arts. 1993 y ss.).

De otra parte, varias pruebas circunstanciales obran en contra de los demandantes: Rojas, Pacheco y Suárez adujeron haber ingresado al predio tras celebrar un contrato con un habitante de la calle, cuyo nombre completo ni siquiera pudieron precisar, pues tan sólo lo conocieron como “Carlos Alberto”; he aquí un indicio. De ese negocio jurídico no existe un principio de prueba por escrito, lo que da lugar a otro indicio grave de inexistencia, previsto en el artículo 225 del CGP. Esta misma norma aplica, para otro indicio, respecto de los contratos de mutuo que habrían celebrado Edgar Suárez con Gabriel Martín (\$6 000 000), Hely Yesid Suárez (\$3 000 000) y Alquiver López (\$4 000 000), pues ningún documento da cuenta de esos préstamos, como tampoco -este es otro indicio- de las daciones en pago “con el lote”. Esta prueba indiciaria, desde luego plural, concordante y convergente (CGP, art. 242), pues pone en tela de juicio las condiciones de ingreso al predio, se aúna a los demás medios probatorios valorados en párrafos anteriores para concluir que fue correcta la decisión desestimatoria de las pretensiones.

3. Puestas de este modo las cosas, se confirmará la sentencia apelada, sin que sea necesario detenerse en el testimonio de Pablo Sergio Ramírez y Luis Carlos Cortes, pues más allá de su contenido y eventuales contradicciones, lo cierto es que, en todo caso, los demandantes no probaron la posesión por el tiempo exigido en la ley. Al fin y al cabo, el éxito de la pertenencia requiere la acreditación de los presupuestos aludidos de forma concurrente, de suerte que la ausencia de uno impide el estudio de la usucapión reclamada. Bien ha precisado la Corte Suprema de Justicia, que:

[T]oda fluctuación o equivocidad, toda incertidumbre o vacilación en los medios de convicción para demostrar la prescripción, torna deleznable su declaración.

Por esto, con prudencia inalterable, la doctrina de esta Corporación, *mutatis mutandis*, en forma uniforme ha postulado que “(...) [n]o en vano, en esta materia la prueba debe ser categórica y no dejar la más mínima duda, pues si ella se asoma no puede triunfar la respectiva pretensión. De allí la importancia capital que ella reviste en este tipo de causas judiciales, más aun cuando militan razones o circunstancias que tornen equívoca o ambigua la posesión, la que debe ser immaculada, diáfana y exclusiva, rectamente entendida, de lo que se desprende que no debe arrojar la más mínima hesitación. En caso contrario, no podrá erigirse en perceptor de derechos.”³ (Se resalta)

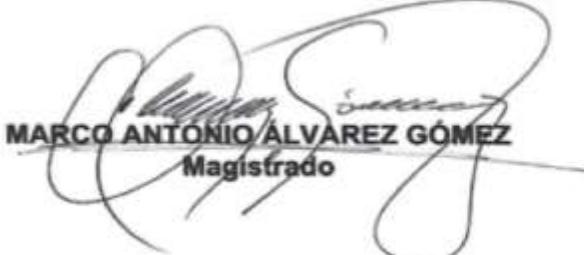
La parte recurrente pagará las costas de la segunda instancia.

DECISIÓN

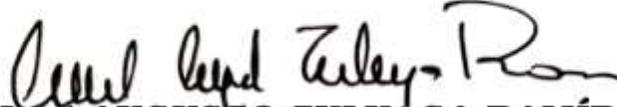
Por el mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá D.C., en Sala Primera Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la sentencia de 11 de junio de 2021, proferida por el Juzgado 31 Civil del Circuito, dentro de este proceso.

Se condena en costas del recurso a la parte demandante.

NOTIFIQUESE



MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ
Magistrado



CARLOS AUGUSTO ZULUAGA RAMÍREZ
Magistrado
(con aclaración de voto)

³ Cas. Civ. Sentencia de 9 de octubre de 2017. Exp. SC16250-2017


RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado

(con aclaración de voto)

Firmado Por:

Marco Antonio Alvarez Gomez

Magistrado

Sala 006 Civil

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación:

72c044fbb649f99ebe986a5788c6407db2edad399092aca5bc0de1c2d9c34b80

Documento generado en 12/11/2021 11:14:45 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C. Sala Civil

Bogotá D.C., doce (12) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Ref: Proceso ordinario No. 110013103031201600132 01

En la liquidación de costas inclúyase la suma de \$2 000 000 como agencias en derecho causadas en la segunda instancia.

CÚMPLASE

Firmado Por:

Marco Antonio Alvarez Gomez

Magistrado

Sala 006 Civil

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación:

a399b303e8f23938379d46a6e2a65208cfc6c4d1f8296d0e10fdda14b2c7fbe8

Documento generado en 12/11/2021 11:18:24 AM

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